

Trabajo Fin de Grado

Maternidad subrogada y argumentación jurídica

Alumna: Miriam Clemente Pérez

Director del TFG: Daniel Oliver Lalana

Departamento Derecho Penal. Filosofía del derecho.

Facultad de derecho.

Curso: 2016/2017



Universidad Zaragoza

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	3
I. INTRODUCCIÓN	4
II. DELIMITACIÓN: ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO DISCUTIMOS DE MATERNIDAD SUBROGADA?	5
1. Maternidad subrogada	5
2. Concepto: una noción controvertida	5
2.1 Tipos de maternidad subrogada	6
2.2 Proceso y actores	7
3. Diferencias regulativas y legislación internacional	8
3.1 La regulación en España	8
3.2 Países con regulación	10
4. Relevancia sociológica	12
5. La cuestión ética	13
III. PROBLEMAS ENCONTRADOS EN LA PRÁCTICA JURÍDICA	16
1. Instrucción de 5 de Octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado	16
1.1 Justificación	16
1.2 Reglas generales	17
2. Sentencia 835/2013 del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014	18
2.1 Historia del caso	18
2.2 Posición mayoritaria	19
2.3 Voto particular	21
3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos	22
IV. CONCLUSIONES.....	25
V.BIBLIOGRAFÍA	26

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art: Artículo

CBE: Comité Bioético de España

CC: Código Civil

CP: Código Penal

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado

EE.UU.: Estados Unidos

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial

LRC: Ley Registro Civil

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

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este estudio es explicar el problema de la maternidad subrogada, en concreto en lo relativo a la filiación de los menores nacidos en el extranjero por gestación por sustitución. Se trata de un tema polémico y de gran relevancia. Aunque todavía puede considerarse relativamente novedoso, la cuestión de la maternidad subrogada tiene cada vez más trascendencia social, ya que sólo en España hay 800 familias al año que acuden al extranjero para poder optar por esta vía. Aunque, desde el punto de vista jurídico, la maternidad subrogada plantea numerosos problemas, en el presente trabajo nos centraremos en la filiación, ya que muchas parejas o personas solteras cuando deciden optar por la gestación por sustitución pueden encontrar dificultades a la hora de inscribir a sus hijos nacidos en el extranjero en el Registro Civil español.

La memoria está dividida en dos partes. La primera parte ofrece una introducción al problema de la maternidad subrogada. Se verá, en especial, la situación en la que se encuentra España y su regulación legal actual, así como la regulación de otros países, para terminar apuntando la cuestión ética que suscita este tema. En la segunda parte, se estudiarán los problemas hallados en la práctica registral y jurisprudencial, en concreto los problemas que nos podemos encontrar cuando tratamos la filiación ya que se trata de un tema complejo donde los casos concretos son analizados de manera diferente.

He subdividido esta segunda parte en tres epígrafes. El primero versará sobre la Instrucción de 5 de Octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN). Mediante esta Instrucción no solo se establece, sino que también se justifica una norma general que fija los requisitos que se deben dar para que una pareja pueda inscribir al menor nacido en el extranjero en el Registro Civil español. El segundo epígrafe tratará de la sentencia 835/2013 del 6 de febrero de 2014, puesto que ésta no se ajusta a los criterios establecidos en la mencionada Instrucción (no obstante, se emitió un voto particular el cual se analizará ya que éste sí se ajusta a los criterios de la DGRN). Y en tercer lugar, a raíz de esto, se estudiarán tres sentencias relevantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las dos primeras son las del 26 de junio de 2014 que se verán conjuntamente puesto que ambas tratan de una pareja que finalmente sí pudieron inscribir a sus hijos en el Registro Civil y la última será dictada unos meses después y será resuelta de forma diferente a la anterior debido a que el TEDH optó por dar en adopción al menor ya que se consideró que se trataba de un supuesto de tráfico de menores.

II. DELIMITACIÓN: ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO DISCUTIMOS DE MATERNIDAD SUBROGADA?

1. Maternidad subrogada

2. Concepto: una noción controvertida

La maternidad subrogada tiene una variedad de denominaciones, como por ejemplo, vientre de alquiler, gestación subrogada, madre portadora, madre de alquiler, gestación por encargo, gestación por sustitución... Se trata de una forma de reproducción asistida en la que, además de los futuros padres, participa una mujer que gesta el embrión. Este embrión puede ser el resultado de una inseminación artificial o de una fecundación “in vitro” y los gametos pueden proceder de uno o de los dos progenitores o de una donación.¹

Por tanto, la maternidad subrogada es definida como la práctica por la que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja con el compromiso de, una vez llevado a cabo el embarazo, entregar el recién nacido al comitente o comitentes, sean sus padres biológicos o no, renunciando a la filiación que pudiera corresponderle por el niño así gestado.

Además, es importante hacer al menos una breve mención de las razones por las cuales las parejas acuden a este tipo de prácticas. Y es que según el Comité Bioético Español², Subrogalia³ y determinados artículos periodísticos⁴ entre un 70% y un 80% de las personas que recurren a esta maternidad, son parejas heterosexuales que no pueden gestar a un hijo de manera natural por problemas físicos o de salud ya sea debido a que la mujer no tiene útero o que tiene algún problema en el mismo, como lesiones o malformaciones que impide el embarazo, además, también atienden a razones profesionales, sociales o personales, como por ejemplo, cuando la mujer no quiere gestar por los inconvenientes que tendría para su vida profesional o por el miedo a pasar por el embarazo. El resto son

¹ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2012 p. 107.

² Comité Bioético Español: Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.

³ Subrogalia: Despacho de abogados de asesoramiento integral en gestación subrogada <https://subrogalia.com/nosotros/> última consulta 25/05/2017

Agencias de reproducción asistida: Surro conexión. Neogenia

⁴ Periódico “El Mundo” <http://www.elmundo.es/espana/2014/05/01/5362240a268e3e8d1b8b456f.html> última consulta 2/06/2017

“El Español: una clara mayoría a favor de que se autorice la gestación subrogada”

http://www.lespanol.com/espana/sociedad/20170225/196480632_0.html última consulta 07/07/2017

parejas de hombres homosexuales u hombres solteros, y en menor medida, mujeres solteras.

2.1 Tipos de maternidad subrogada.

Para entender mejor la gestación subrogada tenemos que saber que existe una doble clasificación: la primera se divide en dos de partes, según la relación que tenga el niño con la gestante y la segunda tipificación también se fracciona en dos, dependiendo de si existe contraprestación económica o no.⁵

Por un lado, existe la *gestación tradicional* la cual consiste en realizar una inseminación artificial a la gestante, por lo que esta mujer, además de gestar al niño también aporta el óvulo, pues ambos comparten carga genética, es decir, que la gestante es la madre biológica del bebé. Aunque este método es cada vez menos utilizado, porque existe vínculo entre la gestante y el niño, ya que ocasiona más problemas desde el punto de vista ético y legal. En este mismo punto, se divide también en *subrogación gestacional* y significa que tanto el óvulo como el espermatozoide son aportados por la pareja que solicita la subrogación. En este caso la mujer embarazada no tiene ninguna relación genética con el bebé y se le conoce como madre gestacional o madre portadora. Normalmente aquí el embarazo se produce mediante fecundación in vitro. Esta técnica poco a poco resulta la más solicitada ya que acarrea menos problemas y genéticamente la madre portadora no tiene relación con el bebé.⁶

Y por otro lado, se hace la diferenciación dependiendo de si existe cuantía monetaria, aquí hablamos de *gestación subrogada altruista o lucrativa*, en la primera se habla del caso en la cual la mujer se va a quedar embarazada y lo hace sin ánimo de lucro (no obtiene contraprestación económica). No obstante, los propios padres biológicos se responsabilizan de los gastos tanto médicos como legales. Y en el segundo caso, se trata de aquella madre que acepta quedarse embarazada a cambio de una suma de dinero.

Junto a la clasificación que acabamos de ver también podemos tener en cuenta otros aspectos de la maternidad subrogada para establecer diferenciaciones adicionales. Por ejemplo, se podrá acordar la entrega del niño o que la causa de la gestación esté basada en una razón médica como la incapacidad de la madre para gestar, o cuando es una pareja de varones. Además de esto, se suele dar por supuesto que la gestante es una mujer que

⁵ <https://www.babygest.es> revista líder en gestión subrogada. Última consulta 25/05/2017

⁶ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. *La reproducción asistida...cit.*

consiente libremente y con conocimiento al realizar este servicio pero esto siempre no es así. En relación con los contratos también son muy diversos, ya que existen unos que son más genéricos y otros que son mucho más minuciosos, y también habrá que tenerse en cuenta los diferentes lugares en los que se puede acudir para llevar a cabo la subrogación, puesto que existen países que no han regulado esta materia, otros en los que sí pero que no son capaces de garantizar su cumplimiento y países en los que existe regulación de forma clara y que se cumple sin problemas.⁷

2.2 Proceso y actores

El proceso que se sigue en la maternidad subrogada puede variar dependiendo del país al que se acude o incluso dependiendo de la agencia, clínica o doctores que participen,⁸ así que en este caso vamos a analizar el proceso que lleva a cabo la persona o personas que optan por la maternidad subrogada y deciden acudir a Estados Unidos para llevar a término el embarazo, por lo tanto se hablará de un caso típico. Asimismo, se analizará las partes que nos podemos encontrar en el contrato y en la gestación.

El primer paso que hay que dar cuando ya se tiene claro que se quiere acceder a la maternidad subrogada es acudir a una Agencia para obtener la información necesaria, dicha agencia facilitará el teléfono del centro médico para concretar una cita con el doctor, en el caso de que se trate de infertilidad se le deberá facilitar a dicho doctor todas las pruebas pertinentes. Además de esto, desde la agencia se concierta citas con el psicólogo, y a partir de aquí la agencia enviará el contrato a los futuros padres, donde se especificará entre varias cosas, las obligaciones y derechos de ambas partes. Firmado el contrato, la agencia empieza a buscar a la madre subrogante y envía a los progenitores un cuestionario con una serie de preguntas en las que se deja claro todos los aspectos relacionados con, por ejemplo, malformaciones en el feto, posibilidad de embarazo múltiple... este formulario es muy importante por si ocurre un conflicto de intereses entre los futuros padres y la madre subrogante. Asimismo, dicha Agencia facilitará a la parte contratante un bufete de abogados que los representen y que lleve a cabo toda la parte legal del proceso. Para eso se firmará un contrato con el despacho y serán ellos quienes redacten otro contrato entre los padres y la madre subrogante, además serán los

⁷ CBE: Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada

⁸ VELA SÁNCHEZ, A.J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012

encargados de presentar al juez los documentos para que en el momento del nacimiento del niño aparezca como hijo propio. Hecho todo esto, empieza el tratamiento médico para la madre gestante.⁹

En cuanto al contrato, las *partes del acuerdo* de la gestación subrogada serán por un lado los padres y por otro, la madre gestante. En el caso de que existiera una pareja por parte de la madre subrogante no se le menciona en dicho contrato pues se considera que los intereses de la pareja no están involucrados, ya que nadie, sea marido o mujer puede limitar los derechos reproductivos de una persona. Las estipulaciones tienen que constar por escrito y ante notario para garantizar los derechos legales y las responsabilidades de las partes y del niño. Además, el notario debe estar seguro de que todos los implicados hayan tenido una cuidadosa consideración y asesoramiento con respecto a todos los aspectos de cada cuestión y que se llegue a un pacto voluntario y en ausencia de coacción de ninguna naturaleza.¹⁰ Además de todo esto, las partes implicadas que encontramos en el embarazo son más numerosas, aparte de las mencionadas anteriormente, se encuentra el equipo médico pues este es el encargado de efectuar la implementación del embrión, también se haya la Agencia a la cual se ha acudido, asimismo está el bufete de abogados ya que éste ha sido quien ha llevado a cabo todos los aspectos legales, incluso se tiene en consideración a los jueces, puesto que por ejemplo en EE.UU. ellos serán los que certifiquen que el niño nacido es hijo de los padres intencionales.

3. Diferencias regulativas y legislación internacional

3.1 La regulación en España

De la ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción asistida,¹¹ sólo tendremos en cuenta el art. 10 pues es el más relevante debido a que declara nulo los contratos por los que se conviene la gestación por sustitución.¹² Existen autores que afirman que aunque no se declarara nulo el contrato de gestación por sustitución dicha

⁹ <https://sites.google.com/site/maternidadsubrogada/Home/el-proceso> Última consulta 24/04/2017
Clínicas de reproducción asistida: California Center for Reproductive Medicine. Gestdream. Infertility. Northwest Surrogacy Center. Oregon reproductive Medicine...

¹⁰ AGAR: Primera asociación en España que brinda información sobre técnicas de reproducción asistida combinadas con gestación subrogada en diferentes países.
<https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/contrato/> Última consulta 24/05/2017

¹¹ La primera ley de reproducción asistida que se aprobó en España fue la Ley 35/1988, de 22 noviembre. Dicha Ley fue modificada por la Ley 45/2003 de 21 de noviembre para limitar a tres el máximo de ovocitos que se podían generar en cada ciclo reproductivo. Finalmente, se aprobó la Ley 14/2006, de 26 de mayo.

¹² Art. 10.1 LTRHA "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero"

nulidad vendría igualmente determinada puesto que el art. 1271 del Código Civil¹³ impide los contratos sobre cosas que están fuera del comercio de los hombres, como es el ser humano. Debido a esto, en España no se puede alquilar un vientre y esta es la razón por la cual las parejas o las personas que desean tener un hijo por este método tienen que acudir a aquellos países en los que legalmente sí está permitido.

A parte de lo mencionado, en España existe otro tipo de regulación que tenemos que tener en cuenta, se trata del Código Penal cuyo art. 221.1 castiga la contraprestación económica que existe cuando una mujer le entrega a otra un descendiente o menor, independientemente de la filiación o parentesco ya que se trata de un delito tipificado.

En materia de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado¹⁴ se establecen dos directrices, por un lado, consideran que la inscripción del menor nacido en el extranjero como consecuencia de estas metodologías, sólo podrá realizarse presentando junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. Y por otro lado, que en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del menor, 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.

También hay que tener en cuenta que en España se acaba de registrar en el Congreso una proposición de ley para regular la maternidad subrogada con el objetivo de legalizarla como una práctica totalmente altruista. Dicha proposición ha sido impulsada por el partido político de Ciudadanos, liderado por Albert Rivera, en ella existen requisitos como por ejemplo el límite de edad de 25 años para mujeres gestantes que ya hayan sido madres con anterioridad de al menos un hijo sano y que sean españolas o que sean residentes legales en dicho país, además se exige que tengan una situación socioeconómica estable. La propuesta también recoge que las madres sólo podrán ser gestantes como máximo en dos ocasiones e impone una serie de multas para las personas que se salten dichos límites. Pero a pesar de que se haya registrado esta proposición de ley, Rivera se enfrenta a diversas dificultades ya que ninguno de los partidos mayoritarios apoya de forma explícita esta práctica. El PP ha comunicado que mantiene una posición

¹³ Art. 1271 CC "Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras"

¹⁴ DGRN Instrucción de 5 de octubre de 2010

de prudencia, por su parte, Irene Montero, portavoz de Unidos Podemos califica la gestación como una mercantilización del cuerpo de la mujer, no obstante, también menciona que dentro de su partido existen diversos puntos de vista que serán objeto de debate interno. Y finalmente, el PSOE a mediados de junio ya se manifestó sobre este asunto con un rotundo no a regular dicha materia.¹⁵

Por último, el CBE ya ha declarado que está en contra de estas prácticas, y va mucho más lejos intentado promover una prohibición a nivel internacional alegando "garantizar la dignidad de la mujer y del menor". El CBE recuerda constantemente que la maternidad subrogada es contraria a la ley nacional y que "todo contrato de gestación por sustitución, lucrativo o altruista, entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superior del menor y que, por tanto no pueden aceptarse".¹⁶

3.2 Países con regulación

Como ya hemos mencionado, en España a diferencia de otros países la maternidad subrogada es ilegal puesto que el mencionado art. 10 LTRHA declara nulos los contratos por los que se convenga la gestación por sustitución. Así pues vamos a analizar la regulación de algunos países en los que sí existen leyes que lo permiten y otros en los que no, por lo tanto se analizarán algunos ejemplos.

Empiezo hablando de Estados Unidos ya que durante mucho tiempo ha sido la meca de la maternidad, aunque a día de hoy existen diferentes países como Ucrania que también tiene gran acogida por parte de las parejas que optan por esta maternidad. Asimismo, en EE.UU hay que diferenciar entre los estados que tienen leyes permisivas, los estados que tienen restricciones y los estados en los que son considerados un delito penal. En el primero de ellos, se encuentran Arkansas, California, Florida, Illinois y Nevada entre otros. Dentro del segundo caso están Texas, Virginia, Washington, Vermont, Utah y Tennessee. Y finalmente, los estados de Arizona, Nueva York y Michigan tienen unas leyes que castigan la maternidad subrogada con multas y penas de cárcel.¹⁷

¹⁵ Periódico "El País" https://politica.elpais.com/politica/2017/06/24/actualidad/1498297696_553920.html
Última consulta 05/07/2017

http://www.eldiario.es/politica/Ciudadanos-propone-regular-gestacion-subrogada_0_658634851.html
Última consulta 05/07/2017

¹⁶ Heraldo de Aragón. 20/05/2017

http://assets.comitedebioetica.es/files/noticias/CBE_noticia_prensa_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf Comité Bioético Español. Última consulta 05/07/2017

¹⁷ <https://www.babygest.es/estados-unidos/> Última consulta 24/05/2017

Continúo con Europa puesto que hay países en los que sí hay regulación vigente y otros los cuales carecen de ella, así que vamos a estudiar algunos ejemplos. En Reino Unido sólo está permitida la subrogación altruista, aunque la madre gestante tiene derecho a decidir tras el parto quedarse con el niño si así lo desea. Solamente se puede transferir la maternidad después de dar a luz, por lo tanto tiene hasta nueve meses para pensarlo. Y si en ese tiempo los padres que no pueden procrear se echan para atrás, es la gestante la que se hará cargo del bebé. En contraste, Alemania y Francia tienen una postura contraria a la gestación subrogada, ambos países consideran que la madre solo puede ser la que da a luz al bebé y que tener más madres/progenitores no redundaría en el beneficio del menor. Además, el Comité *Consultatif National d' Etique* considera que esta práctica puede ser considerada como una explotación del cuerpo de la mujer por intereses comerciales.¹⁸

En Israel, Grecia y Sudáfrica se admite siempre que sea altruista pero bajo unos requisitos y condiciones. Antes de proceder al tratamiento médico, las partes deben obtener una pre-aprobación de los acuerdos de un juez, tribunal o comité para que se verifique que cumplen las condiciones. Entre otros requisitos se establece que los óvulos no pertenezcan a la gestante o que la pareja esté formado por un hombre y una mujer.¹⁹

Otro caso que vamos a observar es el de China debido a que ni permite ni lo prohíbe expresamente. En este lugar existe un amplio mercado negro de gestación por sustitución que, de vez en cuando, causa pleitos judiciales. Recientemente, las autoridades habían decidido aprobar una ley específica que iba a prohibirla, pero han dado marcha atrás con el argumento de que no servirá para impedir a los chinos ricos acceder a esa práctica en otros países, como EE.UU., además si se prohibiera podría hacer engrandecer el mercado negro y los abusos.²⁰

También comentaremos el caso de México²¹ ya que hasta hace relativamente poco en los estados de Tabasco y Sinaloa era legal la gestación por sustitución comercial

“El País” 23/02/2017. Centrobioetica.org. Agencia: California Center for Reproductive Medicine Última consulta 02/06/2017

¹⁸ Art. 16-7 Código Civil francés “ Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”

<http://biotexcom.es/aspectos-legales-en-los-paises-europeos/> Última entrada el día 25/05/2017

¹⁹ www.babygest.es última entrada el 25/05/2017

²⁰ <http://www.planetasubrogacion.com/articulos/78-maternidad-subrogada-en-china.html>

http://spanish.xinhuanet.com/2015-12/27/c_134954635.htm

²¹ Periódico “El País” última entrada 25/05/2017

internacional. Aunque una reforma de la Ley General de Salud acaba de prohibir a nivel nacional la gestación subrogada con fines de lucro.

Y finalmente comentaremos que tanto en Rusia como en Ucrania la maternidad subrogada está permitida excepto para solteros y parejas homosexuales, ambos tienen unas leyes parecidas y poco a poco son más las parejas que deciden acudir a estos países debido a que sus precios no son tan desorbitados como en EEUU.²²

4. Relevancia sociológica

Más de 200.000 niños nacen cada año en todo el mundo gracias a la gestación subrogada. En el 98% de los casos, las mujeres que ceden su cuerpo cobran por ello, este método suscita un vivo debate ético y social, y enfrenta a colectivos antes aliados, como homosexuales y feministas. Frente a quienes esgrimen el derecho de la paternidad, se levantan quienes denuncian una industria de vientres de alquiler que se aprovecha de mujeres en estado de necesidad.²³

Cada año alrededor de 800 familias españolas contratan vientres de alquiler en el extranjero, a pesar de que existe varios países en los que están permitido la mayoría de españoles están acudiendo a día de hoy a Ucrania debido a sus baratos costes, puesto que el proceso cuesta unos 40.000 dólares frente a los 130.000 dólares que puede valer en EE.UU. No obstante, hasta hace 4 años la meca de la maternidad subrogada era EE.UU. ya que estaba considerada el primer destino y representaba un 80% de las parejas españolas frente al 15% que hay actualmente, tal y como afirma Diego Sánchez, director de Subrogalia. Asimismo, a pesar de que en España no esté permitida, en 2010 se aprobó la Instrucción del 5 de octubre de 2010 de la DGRN donde se admitían las sentencias judiciales de aquellos países en los que sí estaba reconocido -como Estados Unidos- y donde se mostraba de acuerdo la paternidad de los que pagaban el vientre de alquiler.²⁴

A parte de esto, una de las principales dificultades a la hora de seleccionar el país donde se quiere contratar el vientre es la restricción a personas homosexuales o solteras que,

²² Ucrania Ministerio de Justicia el acto “alteraciones en las regulaciones de registro civil en Ucrania” Nº 1154/5 del 22.11.2007. Código de Familia.

CASADO BLANCO B., IBAÑEZ BERNÁLDEZ M., “Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada” *Revista española de medicina legal*, Vol.40, 2014. P. 61

²³ Periódico “El País” 18/02/2017

²⁴ Clínica San Diego Fertility Center. <https://www.sdfertility.com/es/maternidad-subrogada/maternidad-subrogada-en-los-eeuu/> Última consulta 04/07/2017

según afirma Sánchez, ha ido en aumento cada vez en más países, a pesar de que la mayoría de parejas que buscan estos servicios son matrimonios heterosexuales. Por ejemplo, en el año 2012 nacieron más de 500 bebés de familias españolas en la India, debido a que en Ucrania las parejas homosexuales y solteros tienen vetado el poder acudir a ellos, sin embargo, nuevas normativas limitaron el acceso a la maternidad subrogada en el país hindú a parejas que no llevaran casadas más de dos años.²⁵

Existen algunos casos controvertidos que tienen gran relevancia social, así pues a continuación vamos a analizar dos casos que aunque presenten similitudes fueron tratados con gran diferencia. El primero de ellos fue analizado como un caso de auxilio desinteresado mientras que el segundo tuvo una gran repercusión social negativa ya que acusaban a la madre biológica de egoísta y de haber formado "una combinación familiar desagradable".

Por un lado en 2016, Tracey Thompson, de 54 años, dio a luz a la hija de su hija en Texas, convirtiéndose así en su abuela legal y madre gestante. Kelley, la madre de la niña, de 28 años, y el padre de 33, llevaban tres años intentando tener hijos por sus propios medios y se habían sometido a numerosos tratamientos de fertilidad dando todo esto a tres abortos involuntarios. Así pues, la madre se ofreció a gestar el hijo y los embriones que se implantaron en la Sra. Thompson eran fruto de la fecundación in vitro realizada con gametos del matrimonio.²⁶ Por otro lado, un año antes, en 2015, Anne-Marie Casson, de 46 años gestó y alumbró a Miles, un hijo para su hijo Kyle Casson, homosexual soltero de 27 años que llevaba queriendo ser padre desde hace tiempo. El niño fue concebido con un óvulo donado y el esperma de Kyle. Anne-Marie se convertía así en madre gestante y abuela legal de Miles.²⁷

5. La cuestión ética

Cuando se habla de la cuestión ética normalmente se hacen las mismas preguntas: ¿es egoísmo o es un derecho?, ¿Tiene la gestante derecho a dar cualquier uso a su cuerpo o, por el contrario, hay usos no permitidos puesto que convierten al ser humano en objeto? ¿La gestación subrogada resta dignidad a la mujer?.

²⁵ http://www.elespanol.com/reportajes/20160514/124737678_0.html Última consulta 24/05/2017

²⁶ Periódico "EL Mundo" <http://www.elmundo.es/salud/2016/01/08/568fe042268e3ed1488b4694.html> Última consulta 05/07/2017

²⁷ Periódico "La Gaceta" <https://gaceta.es/noticias/kyle-casson-gay-desesperado-padre-hermano-propio-hijo-11032015-1129/> Última consulta 05/07/2017

La maternidad subrogada es rechazada actualmente en diversos países del mundo por considerarse moralmente inaceptable, entre otras cuestiones por la fuerte carga utilitarista que conlleva, por el ánimo de lucro que puede motivarla y porque sería como una especie de compra-venta oculta de recién nacidos o una incitación a su tráfico comercial, lo cual se considera como algo totalmente inadmisibile. Así pues estos son algunos de los dilemas o conflictos éticos que existen en todo el mundo, ya que la maternidad subrogada hay que entenderla como un acto moral, pues se encuentra bajo el control humano y, por tanto, adquiere carga ética. Y como todo acto de este tipo, será calificado como bueno o malo, según las interpretaciones tanto individuales o colectivas que se den, lo que implica que frente a este asunto existen personas con argumentos tanto a favor como en contra.²⁸

También hay que tener en cuenta las variables para optar por un pensamiento u otro, las cuales están basadas en las circunstancias clínicas y valores de las personas, a las que hay que añadir otras como la edad de la madre subrogada, la identidad de género, la ayuda económica, la explotación de las mujeres, el derecho de las mujeres a utilizar su cuerpo libremente, e incluso el derecho de los recién nacidos.²⁹

Respecto a los argumentos en contra podemos encontrar algunos como la explotación de la mujer, la cosificación o instrumentalización del cuerpo femenino y del futuro bebé, los problemas psicológicos en la gestante por la entrega del niño, las consecuencias legales graves por incumplimiento del contrato de subrogación o incluso la lesión o atentado de la dignidad humana. En contraste a esto nos encontramos con el argumento principal que afirma que los vientres de alquiler son realizados entre adultos que dan su consentimiento. Además, explican que el niño no puede ser más deseado, y que está seguro de entrar en una familia que lo va a querer por encima de todo.

Y por último, se hace mención al Comité de Bioética³⁰ el cual tiene como misión la de emitir informes, propuestas y recomendaciones para los poderes públicos de ámbito estatal y autonómico sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud. Todo esto no trata un tema nuevo ya que hace

²⁸ A favor: David González, presidente de la Asociación de Padres por la Gestación Subrogada.

En contra: caso ocurrido el día 06/05/2017 en la Feria de gestación subrogada en Madrid. Una treintena de asociaciones como "No somos vasijas", "Femen"...denuncian la celebración del evento Surrofair (nombre del congreso) al considerar que se trata de una mafia y lo que se hace es mercantilizar el cuerpo de la mujer.

²⁹ CASADO BLANCO, M., IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, M., "Reflexiones legales..." p. 60-62

³⁰ Comité de bioética de España. <http://www.comitedebioetica.es/noticias/> Última entrada 27/07/2017

http://politica.elpais.com/politica/2017/05/19/actualidad/1495194037_957601.html

<http://www.elconfidencial.com> Última entrada 2/06/2017

cuarenta años tuvieron lugar los primeros casos, pero tuvieron un alcance limitado y no ha sido hasta hace 15 años cuando este asunto se ha extendido por todo el mundo. Por lo tanto ha generado gran repercusión y es por ello que éste comité se ha pronunciado y pide prohibir la maternidad subrogada, al considerar que todo contrato de gestación entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor. El organismo considera que "existen sólidas razones para rechazar la maternidad subrogada" y defiende una "prohibición universal de la maternidad subrogada internacional". Además considera que si bien el deseo de una persona de tener un hijo constituye una decisión noble, ello no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas.

Por lo tanto, como ya hemos visto en esta primera parte del trabajo, hemos analizado diversas cuestiones como los tipos de maternidad subrogada que podemos encontrar, así como las partes que hay en el contrato de gestación y las partes que hay en todo el procedimiento, asimismo hemos estudiado la regulación que existe en España, particularmente refiriéndonos a la proposición de ley que se acaba de registrar en el Congreso gracias a la iniciativa de Ciudadanos y también hemos examinado lo que opina el Comité Bioético Español respecto a este tema. Por ello, visto todo lo anterior, en esta segunda parte del trabajo vamos a desarrollar la argumentación jurídica, en concreto el problema de la filiación. Así pues, veremos primero una norma general, seguido de un caso concreto para acabar con tres sentencias emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

III. PROBLEMAS ENCONTRADOS EN LA PRÁCTICA JURÍDICA

En esta parte del trabajo vamos a analizar concretamente el problema de la filiación, es decir, los problemas que pueden encontrarse los padres a la hora de inscribir a sus hijos en el Registro Civil Español cuando los menores son nacidos mediante gestación por sustitución. En principio, no tiene por qué haber impedimento para registrar al menor si se cumplen todas las condiciones pertinentes. No obstante, como ya hemos mencionado anteriormente, en España la maternidad subrogada no está permitida y la Instrucción General de los Registros y del Notariado no es una ley ni es algo fijo, por lo que puede cambiar o revocarse.

Por lo tanto, en este apartado vamos a ver cómo la norma general que es la Instrucción de 5 de Octubre de 2010 de la DGRN, permite a los niños nacidos en el extranjero por subrogación inscribirse en el Registro Civil. Asimismo, veremos también la sentencia del 6 de febrero de 2014 del Tribunal Supremo, que en contradicción con la mencionada Instrucción de la DGRN, dicta una Sentencia que deja sin protección jurídica a aquellos niños que nacieran con posterioridad a la resolución, pues se da a entender que no pueden reconocerse registralmente los hijos de los padres contratantes. A pesar de ello, se emite un voto particular donde se adhieren un total de 3 magistrados. También, se estudiará la sentencia del 26 de junio de 2014 de Mennesson y Labasse, cuyo objeto es el mismo que el estudiado en la sentencia anterior. No obstante, aquí el TEDH actúa y hace de precedente para que no vuelva a ocurrir lo mismo que sucedió con la sentencia española, pudiendo así inscribir a los niños en el Registro Civil. Y finalmente, se analizará la sentencia del 24 de enero de 2017 cuyo objeto de análisis es la inexistencia del vínculo genético entre el menor y los padres intencionales.

1. Resolución del 5 de Octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado

1.1 Justificación

La DGRN ha dictado la Instrucción de fecha de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Dicha instrucción es más rigurosa que la resolución del 18 de febrero de 2009, puesto que ya no es suficiente para la inscripción en el Registro civil la certificación registral emitida por la autoridad competente 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. En la instrucción del año 2010, si bien cambia el criterio mantenido en la resolución de 18 de febrero de 2009, continúa admitiendo la posibilidad de inscribir en el Registro civil los nacimientos producidos en el extranjero como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, siempre que al menos uno de sus solicitantes sea español. La razón que justifica esta decisión de la DGRN vuelve a ser la protección del interés del menor.

Por lo tanto, esta Instrucción lo que persigue es proteger los intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, especialmente, se persigue la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres y también controlar el cumplimiento de los requisitos a la perfección y contenido del contrato de gestación por sustitución. Aunque dichos intereses son importantes, el interés superior del menor es el interés principal que se debe proteger y constituye el objetivo principal de esta DGRN por lo tanto se intenta por todos los medios que el menor no quede en un limbo jurídico ya que tienen el derecho a tener una identidad y una familia, por lo que a continuación veremos como la ley protege a los menores ya que si no cumplen los requisitos para acceder al Registro Civil tal y como recoge esta DGRN, el TEDH tiene la capacidad y la obligación de pronunciarse ante estos casos para observar si se ha vulnerado esta Instrucción o si hay otras vías para reconocer la inscripción al menor y que no quede desamparado.

1.2 Reglas generales

Son tres los argumentos que esgrime la DGRN para exigir la presentación de la resolución judicial. En primer lugar, la existencia de una resolución judicial en el país de origen permite el control judicial de los requisitos de perfección y contenido del contrato de maternidad subrogada y su adecuación a la ley del país en el que se ha formalizado y la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En segundo lugar, también permite un control de la capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, que su consentimiento contractual ha sido prestado libre y voluntariamente, así como la posibilidad de su revocación. Y finalmente, trata de evitar que el contrato de maternidad subrogada sirva de cobertura legal al tráfico internacional de menores.

Pues bien, si la resolución judicial extranjera que determina la filiación del menor ha sido dictada en un procedimiento contencioso será necesario instar por el particular el

exequátur³¹ ante los Juzgados de Primera Instancia. Pero si la resolución judicial ha sido dictada en un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, únicamente se exige que el encargado del Registro Civil realice un control incidental de la misma asegurándose que se cumplen los siguientes aspectos, la regularidad y autenticidad formal de la resolución, que la competencia del Tribunal extranjero que ha dictado la resolución se fundamenta en criterios equivalentes a los existentes en la ley española, que los derechos procesales de las partes interesadas se han garantizado debidamente, que se ha protegido debidamente el interés del menor y los derechos de la madre gestante y finalmente, que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables o sometidos a un plazo de revocación.

2. Sentencia 835/2013 del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014

2.1 Historia del caso

El litigio tiene su origen en la solicitud en el Registro Civil consular de Los Ángeles, por parte de dos varones casados entre sí, de la inscripción de nacimiento de dos hijos nacidos mediante gestación por sustitución, presentando certificados de nacimiento expedidos por la autoridad registral de California. El encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción solicitada con base en la prohibición de la gestación por sustitución establecida en el art. 10 LTRHA.

Los interesados interpusieron recurso ante la DGRN, en el que solicitaron la revocación de la decisión del encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles y la inscripción de los menores en el Registro Civil español con la filiación determinada en los asientos registrales californianos. La DGRN dictó resolución estimando el recurso y ordenando a que se procediera la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de los menores tal como constaba en las certificaciones registrales extranjeras presentadas, en las que ambos recurrentes figuraban como padres de los nacidos, entendiéndose que dicha solución no vulneraba el orden público internacional español, evitaba una discriminación por razón de sexo y protegía el interés superior del menor.

Pero, El Ministerio Fiscal presentó una demanda en la que impugnaba dicha resolución, puesto que infringía el art. 10 LTRHA, que establece la nulidad de pleno derecho del

³¹ Exequátur: Conjunto de normas extranjeras conforme a las cuales el ordenamiento jurídico de un Estado comprueba que una sentencia judicial emanada de un Tribunal de otro Estado reúne los requisitos que permiten su reconocimiento y homologación.

contrato de gestación por sustitución y que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto, siendo así aquella contraria al orden público español y que por tanto no procedía la inscripción de la filiación en ella acordada.

La demanda fue estimada en primera instancia, acordándose dejar sin efecto y cancelar la inscripción de nacimiento acordada en la resolución. Ante esto, los solicitantes recurrieron en apelación esta sentencia y la Audiencia Provincial desestimó el recurso. A continuación, contra esa sentencia interpusieron recurso de casación, por infracción del art. 14 CE,³² por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores, consagrado en la Convención de Derechos del Niño. Los recurrentes Sostenían que no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio, que privar de su filiación a los menores vulnera el interés del menor pues perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos, y los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores progenitores por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo, y que el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales, y que el reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español, pues éste impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución pero no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del contrato.

2.2 Posición mayoritaria

La mayoría de la Sala comparte argumentaciones que ya habían formulado en instancias judiciales anteriores, fundamentalmente las ideas fuerza en las que se sustenta son tres (las cuales vamos a ver a continuación). Estas argumentaciones tienen en cuenta el interés superior del menor, ya que consideran que no se vulnera el derecho a una identidad única ni existe vulneración del derecho al respeto de la vida y familiar, además, afirma que determinar la filiación a favor de quien realizó el encargo mediante gestación por

³² Art. 14 CE “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”

sustitución supone un atentado contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto de tráfico mercantil, por lo tanto la posición mayoritaria ha intentado según su criterio no dejar al menor desamparado aunque finalmente no dejara inscribirlos.³³

En primer lugar, consideran que no es posible que la certificación registral californiana acceda al Registro Civil español, pues ello vulnera el orden público internacional español. El TS considera que no basta para que una certificación extranjera pueda acceder al Registro Civil español que la certificación sea regular y auténtica, sino que además, conforme al art. 23 LRC³⁴ no debe haber duda sobre la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española. Además, los recurrentes reconocen la contrariedad al orden público español de dicho contrato de gestación por sustitución, que impediría considerar válido y ejecutar en España tal contrato. Pero afirman que la inscripción de la filiación que pretenden es solamente una consecuencia "periférica" de dicho contrato, por lo que no existe la incompatibilidad con el orden público que apreció la sentencia de la Audiencia. Pero a pesar de esto, la Sala considera que este argumento no puede estimarse, puesto que la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución, por lo tanto no puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes.

En segundo lugar, la posición mayoritaria afirma en este caso no existe un problema de discriminación por razón de sexo u orientación sexual. Aunque este fue uno de los argumentos fundamentales de los recurrentes, todas las instancias han descartado que esté en discusión este hecho. Lo que está prohibido es el contrato de gestación por sustitución, con independencia de quiénes hayan sido los comitentes y la relación que los una.

Y por último, respecto al interés superior del menor el TS insta al Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones pertinentes para determinar correctamente la filiación de los menores, atendiendo a la efectiva integración de los mismos en el núcleo familiar "de facto". Esto supone apelar a que quede acreditada la filiación natural respecto de aquel

³³http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf Última consulta 06/07/2017

³⁴ Art. 23 LRC " Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española"

que haya aportado el material genético y la adopción por parte del otro miembro de la pareja.

2.3 Voto particular

Cabe destacar que uno de los magistrados expone su voto particular al no estar de acuerdo con la decisión a la que han llegado el resto de sus compañeros, a dicho voto emitido se le adhieren tres ponentes más.

Respecto al asunto del reconocimiento del documento expedido por la autoridad administrativa californiana en el que determina la filiación a favor de los recurrentes, consideran que no es de aplicación lo establecido en el artículo 10 LTRHA al tener en cuenta que la filiación ya ha sido determinada por una autoridad extranjera. No puede confundirse la validez del contrato de gestación por sustitución, contrato que es contrario al derecho español, con el reconocimiento de una resolución administrativa extranjera que determina la filiación de dos menores, que es válida en el país en el que se expidió.

Este voto particular también considera que no se produce una mercantilización de la filiación por la utilización de la gestación por sustitución, ni se produce la vulneración de la dignidad de la mujer o del niño, al permitir que se genere una filiación en personas que, de otro modo, no podrían acceder a ella. Además, según el voto discrepante la sentencia coloca a los menores en un limbo jurídico incierto y sostienen que el interés se protege antes y después de la gestación y que aplicar la normativa interna como cuestión de orden público perjudicaría a los menores que podrían verse en una situación de desamparo.

Y finalmente, el voto particular destaca que este tipo de situaciones han tendido a flexibilizarse en otros Estados, por lo que no se produciría la vulneración del orden público internacional, por lo que estaríamos en presencia de un orden público internacional atenuado. No puede generalizarse la existencia de una vulneración del orden público internacional, sino que habría que estudiar caso por caso, el supuesto existente, y no de forma preventiva.

Debido a todo esto lo que ocurrió fue la paralización de las inscripciones que desde la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 se venían realizando por los Cónsules españoles, siempre que se hubieran observado los requisitos en ella señalados (mencionados anteriormente). Tras esta paralización, el 13 de junio de 2014 se aprobó en

el Consejo de Ministros una propuesta de reforma de la LRC, cuya entrada en vigor se propuso para julio del 2015.

Por último, es importante hacer mención a una cuestión y es el relativo al Auto del Tribunal Supremo de 2015, tras las sentencias de Mennesson y Labasse, las cuales analizaremos a continuación, la pareja española que acabamos de ver interpuso recurso de nulidad, y en febrero de 2015 el TS dictó un auto en el que afirmó que la negativa a la inscripción de la filiación a nombre de dos varones no vulnera el derecho a la vida privada de los menores, por lo tanto, los recurrentes acudieron al Tribunal Constitucional y presentaron recurso de amparo contra las mencionadas resoluciones del TS. A esto el TC inadmitió a trámite este recurso en julio de 2016.

3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Para concluir vamos a analizar tres sentencias, dos francesas y otra italiana, dichas sentencias siguen haciendo mención al problema de la filiación al no poder inscribir a los menores en el Registro Civil. Por lo que vamos a ver tres casos concretos en los que en un principio se ha rechazado poder inscribir a los menores, pero en estos asuntos concretos el TEDH se manifiesta, así pues vamos a ver a continuación si permite a los padres comitentes poder al fin inscribir a los menores o no.

El TEDH dictó Sentencia el 26 de Junio de 2014 y el 24 de enero de 2017 acerca de la inscripción de la relación entre padres y sus hijos biológicos nacidos vía gestación subrogada. La prohibición de la inscripción ha sido considerada por el TEDH contraria al Convenio Europeo de los Derechos Humanos de acuerdo con su artículo 8 relativo al respeto por la vida privada de los niños involucrados.³⁵ Primero vamos a analizar los casos franceses de Mennesson y Labasse y en segundo lugar, el caso italiano de Paradiso y Campanelli, estos casos son totalmente diferentes entre sí.

Este primer caso trata de dos matrimonios heterosexuales³⁶ de origen francés que ante la prohibición en Francia de la gestación por sustitución habían recurrido a dos estados de EE.UU. en que esta práctica es legal (California y Minnesota). En los dos casos el semen lo habían aportado los respectivos maridos y el óvulo procedía de la donante. Aunque en los estados de EE.UU. en que nacieron los niños los padres intencionales constaban a

³⁵ Art 8 CEDH: Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia"

³⁶ Asuntos 65192/11 (Mennesson c/Francia) y 65941/11 (Labasse c/Francia)

todos los efectos como sus padres legales, en Francia, se les denegó el acceso al Registro Civil por considerar que esto atentaba contra el orden público internacional francés. Aun así, habían podido vivir en Francia como verdaderas uniones familiares, aunque sin ser reconocidos los hijos como ciudadanos franceses.

Como ya mencioné el TEDH considera que denegar la inscripción en el Registro Civil francés de estos niños vulnera el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que reconoce el derecho que tienen los niños al respeto a su vida privada, que puede verse afectada por la indeterminación de su identidad filial. Indeterminación que, además, lleva a privarlos de la nacionalidad francesa y de todos los derechos que se derivan de la misma. Más cuando, como recalcan ambas sentencias, los niños en los dos casos eran hijos biológicos de los padres y las autoridades francesas se negaron a reconocer este hecho, vulnerando claramente un derecho básico del menor.

Hay que tener en cuenta que el TEDH reconoce el derecho que tienen todos los Estados a regular de la forma que consideren la gestación por sustitución (admitiéndola, prohibiéndola, ignorándola), pero también incide en que en este caso rechazar la filiación de los menores por el hecho de haber nacido a través de gestación por sustitución ignorando la paternidad biológica que en ambos casos existía es excederse en el proceder de valoración por parte de las autoridades francesas. Por lo tanto, el Ministerio de Justicia español a raíz de esta sentencia se ha comprometido a proceder a la adecuación inmediata para hacer efectivos los derechos de los ciudadanos a ser padres, y a que sus hijos tengan la filiación registrada adecuadamente en el Registro Civil tal y como recoge la Instrucción del 5 de octubre de 2010 de la DGRN.

Pocos meses después de las sentencias *Mennesson* y *Labasse*, en enero de 2015 el TEDH dictó la sentencia *Paradiso y Campanelli*,³⁷ por lo tanto este será el último caso que vamos a ver. Tiene su origen en un matrimonio italiano con problemas de infertilidad que contrató una gestación por sustitución en Rusia. Tras el nacimiento del menor se inscribió en dicho país como hijo de ambos progenitores sin mencionar el contrato de gestación. Una vez llegados a Italia se realizó las pruebas de paternidad y se constató que el señor *Campanelli* no era el padre. Por lo tanto, debido a la omisión del contrato y a la no vinculación genética con los progenitores dieron lugar a que Italia actuara en contra del matrimonio por alterar el estado civil y por aportar documentos falsos. Por ello, el niño

³⁷ Sentencia *Paradiso y Campanelli* c. Italia (asunto 25358/12)

fue dado en adopción, como consecuencia los padres de intención agotaron todas las vías jurisdiccionales hasta llegar al Tribunal de Estrasburgo. El TEDH consideró que durante los meses que convivieron con el niño se crearon lazos de carácter familiar que eran susceptibles de protección jurídica, además, concluye que ha existido violación del art. 8 CEDH y condena por ello a Italia al pago de una multa. Sin embargo, el niño sigue con su familia adoptiva y no vuelve con el matrimonio Campanelli, con quienes había dejado de convivir a los 5 meses de su nacimiento.

Debido a esto, Italia recurrió la sentencia y en 2017 se publicó el fallo en la que se daba la razón a Italia con los siguientes argumentos: como no existe vínculo biológico entre el niño y los comitentes, la corta duración de su relación no se puede considerar como que ha existido "vida familiar" tal y como recoge el art 8 CEDH. Además, se considera que la conducta llevada por el matrimonio viola la legislación sobre la adopción. Asimismo, los tribunales italianos actuaron para prevenir el desorden y proteger los derechos y libertades del menor, por lo tanto, corresponde a Italia la competencia exclusiva en el reconocimiento de las relaciones de filiación.

Es por todo ello que este último caso es contrario a la dignidad humana y al no haber vinculación genética es considerado como un caso de tráfico de seres humanos, así pues aunque sean sentencias dictadas por el TEDH son sentencias totalmente diferentes, en la primera se le da la razón al matrimonio pudiendo inscribir al menor en el Registro Civil francés, y en este segundo caso, pasa todo lo contrario, donde el TEDH da la razón a Italia condenando al matrimonio Campanelli.

IV. CONCLUSIONES

La maternidad subrogada es una cuestión que suscita muchas preguntas, como por ejemplo, si se está mercantilizando el cuerpo de la mujer, si se está sacando provecho comercial de las situaciones de necesidad de algunas mujeres, etc. En la primera parte del trabajo hemos repasado las conclusiones del reciente informe del CBE, que considera necesario que se prohíba a nivel internacional los contratos por los que se conviene la gestación por sustitución ya que opina que entraña "un daño a los intereses del menor". No obstante, se ha presentado ante el Congreso una proposición de ley en la que se pide regular la gestación por sustitución aunque con ciertos requisitos, por ejemplo, que la mujer gestante tenga al menos 25 años y ya haya sido madre y que sean españolas o residentes legales.

En la segunda parte, hemos abordado la Instrucción de 5 de Octubre de 2010 de la DGRN donde se establece los requisitos necesarios para que las parejas puedan inscribir a sus hijos en el Registro Civil español. También hemos analizado la sentencia del 6 de febrero de 2014, que, en contradicción con la mencionada instrucción, no dejaba inscribir a los menores en el Registro Civil puesto que consideraba que era contrario al orden público español debido a que el art 10 LTRHA establece que los contratos donde se convenga la gestación por sustitución son nulos de pleno derecho, aunque se emitió un voto particular dando la razón a la mencionada Instrucción. Finalmente se analizaron tres casos, las sentencias francesas y la italiana, la primera tiene por objeto la negación de inscripción de unos menores nacidos en el extranjero en virtud de un contrato, no obstante en este caso el TEDH actúa alegando que no existe violación del art 8 del CEDH tal y como afirmaba Francia, así pues esta sentencia ha servido como precedente para que el Ministerio Fiscal español siga aplicando la Instrucción del 5 de Octubre de 2010. En cambio, en la sentencia italiana analizada, el TEDH actúa de una manera diferente ya que en este caso no existe vinculación genética entre el menor y los comitentes y hay omisión del contrato de gestación por sustitución.

Para concluir he aprendido entre otras cosas, que en España la maternidad subrogada no está permitida aunque a pesar de ello se están llevando propuestas al Congreso debido a que se trata de un tema que tiene poco a poco más trascendencia social. Asimismo, en cuanto al problema de la filiación, hemos estudiado en qué situaciones se puede inscribir al menor y en qué situaciones el TEDH actúa, así como los argumentos que nos da para que dicho menor no quede en situación de desamparo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Literatura académica

-Libros

CAMBRÓN, A., *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Trotta, Madrid, 2001.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2012, p. 107.

ROMERO COMOLA, A.M., *La maternidad subrogada a la luz del derecho español*, Dilex S.L, Madrid, 2016.

VELA SÁNCHEZ, ANTONIO J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012.

-Revistas

ALOMIA H, MORENO A, RAMÍREZ, A. "Consideraciones bioéticas sobre la maternidad subrogada". *Bioética y Universo libre*, 2009, p. 1-19.

ÁLVAREX DE TOLEDO QUINTANA, L., "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, nº2, Madrid, p.5-49.

APARISI, A (edit.), "Persona y Género", Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2011.

CAMACHO, J. "Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores". *Bioethics*, 2009, p. 1-18.

CASADO BLANCO B., IBAÑEZ BERNÁLDEZ M., "Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada" *Revista española de medicina legal*, Vol.40, 2014, p. 61.

FRANCIA RUIZ, M., "Decisiones administrativas y judiciales sobre la maternidad subrogada: análisis de un caso", *Trabajo fin de grado*, 2015/2016, p. 6-22.

LÓPEZ GUZMÁN, J, APARISI MILLARES, A.,Miralles, "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada." *Cuadernos de Bioética XXIII*, no. 2, 2012. 253-267.

SELMA PENALVA, A.,"Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida", *Revista Bioderecho.es*, Vol. 1, nº1, 2014, p. 1-3.

TORRES ORTEGA, I., " La Protección de los derechos fundamentales desde el derecho internacional privado: el caso de la maternidad subrogada", *Trabajo fin de Máster*, p. 25-50.

- Legislación y jurisprudencia

Constitución Española de 1978 (BOE 29 de Diciembre de 1978).

Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE 10 de octubre 1979).

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

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE nº 282, de 24 de noviembre de 1988).

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

Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por el que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE 22 de noviembre de 2003).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24/11/1995).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 25/07/1889).

Resolución 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Sentencia nº 835/2013 del 6 de febrero de 2014 del Tribunal Supremo (CENDOJ).

Sentencia del 26 de junio del 2014 TEDH (noticias jurídicas).

Sentencia del 24 de enero de 2017 TEDH (CENDOJ).

- Periódicos y revistas no acreditadas

Periódico "La Tribuna del Derecho" edición mes julio 2009.

Revista "Yodona", Vientres de alquiler: ¿también en España?, 12/02/2017

Revista "El país semanal". Reportaje, Testimonio de mujeres mexicanas que han estado embarazadas para dar a luz a bebés de parejas extranjeras", domingo 18 de diciembre de 2016.

- Internet

<http://www.encyclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-vozes/210-maternidad-subrogada> Última consulta 22/04/2017.

<https://biotech09.wordpress.com/tag/procedimientos-para-maternidad-subrogada>

Última consulta 22/04/2017.

<https://www.sdfertility.com/es/maternidad-subrogada/maternidad-subrogada-en-los-eeuu/> Última consulta 23/04/2017.

<http://www.expansion.com/juridico/actualidadtendencias/2017/02/03/58947e8e268e3e290a8b4585.html>

Última consulta 24/04/2017.

<https://sites.google.com/site/maternidadsubrogada/Home/el-proceso>

Última consulta 24/04/2017.

<https://www.babygest.es/estados-unidos/> Última consulta 24/05/2017.

http://www.lespanol.com/reportajes/20160514/124737678_0.html

Última consulta 24/05/2017.

<https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/contrato/>

Última consulta 25/05/2017.

<http://biotexcom.es/aspectos-legales-en-los-paises-europeos/>

Última consulta 25/05/2017.

<https://www.babygest.es> Revista líder en gestión subrogada. Última consulta 25/05/2017.

<https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/contrato/>

Última consulta 25/05/2017.

<https://subrogalia.com/nosotros/> Última consulta 25/05/2017.

<http://www.elmundo.es/espana/2014/05/01/5362240a268e3e8d1b8b456f.html>. Última consulta 02/06/2017.

<http://centrodebioetica.org/> Última consulta 02/06/2017.

<http://biotexcom.es/aspectos-legales-en-los-paises-europeos/>

Última consulta 02/06/2017.

http://politica.elpais.com/politica/2017/05/19/actualidad/1495194037_957601.html

Última consulta 02/06/2017.

<http://www.elconfidencial.com> Última consulta 2/06/2017.

<http://www.planetasubrogacion.com/articulos/78-maternidad-subrogada-en-china.html>

Última consulta 03/06/2017.

http://spanish.xinhuanet.com/2015-12/27/c_134954635.htm

Última consulta 03/06/2017.

<https://www.sdfertility.com/es/maternidad-subrogada/maternidad-subrogada-en-los-eeuu> Última consulta 04/07/2017.

<http://www.comitedebioetica.es/> Última consulta 05/07/2017.

https://politica.elpais.com/politica/2017/06/24/actualidad/1498297696_553920.html

Última consulta 05/07/2017.

http://www.eldiario.es/politica/Ciudadanos-propone-regular-gestacion-subrogada_0_658634851.html Última consulta 05/07/2017.

http://assets.comitedebioetica.es/files/noticias/CBE_notia_prensa_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf Comité Bioético Español. Última consulta 05/07/2017.

<http://www.elmundo.es/salud/2016/01/08/568fe042268e3ed1488b4694.html>

Última consulta 05/07/2017.

<https://gaceta.es/noticias/kyle-casson-gay-desesperado-padre-hermano-propio-hijo-11032015-1129> Última consulta 05/07/2017.

“El Español” http://www.elespanol.com/espana/sociedad/20170225/196480632_0.html

Última consulta 07/07/2017.