



Trabajo Fin de Grado

PROBLEMAS JURIDICOS Y CONFLICTO DE INTERESES EN LA GESTACION SUBROGADA

Legal Problems and Conflict of Interest in the surrogate
pregnancy

Autor

Julia Cajal Gutiérrez

Director/es

Fernando Galindo Ayuda

Facultad de Derecho
2020

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	4
I.- INTRODUCCIÓN	5
II.- CONCEPTO Y MODALIDADES.....	6
1.- Concepto.	6
2.- Modalidades.	7
2.1- Desde el punto de vista médico y biológico.....	7
2.2-.Desde el punto de vista social:	10
III.- MARCO NORMATIVO EN ESPAÑA.....	12
3.1.- Ley de Técnicas de Reproducción asistida	12
3.2.- La regulación de la maternidad subrogada se contiene en el artículo 10 de la LTRHAE	14
3.3.- Código Penal, Artículo 221	16
3.4. Constitución española.....	17
3.5- Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN.....	18
IV.- PROBLEMAS JURIDICOS DERIVADOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	21
4.1.- El contrato	22
4.2.- Determinación de la filiación, maternidad, paternidad.	24
V.- DERECHOS DE LOS MENORES NACIDOS POR GESTACIÓN SUBROGADA: El interés superior del menor.....	27
5.1.- Interés superior del menor.....	27
5.2.- Vulneración del interés superior del menor en la gestación subrogada.	28

VI.-ASPECTOS ÉTICOS, MORALES E IDEOLÓGICOS: argumentos a favor de legalizar la práctica y en contra en España.....	32
VII.- DERECHOS FUNDAMENTALES EN CONFLICTO Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES	37
VIII. CONCLUSIONES.....	47
IX BIBLIOGRAFIA Y REFERNCIAS DOCUMENTALES.....	49
1.BIBLIOGRAFÍA	49
2.JURISPRUDENCIA.....	51
3.LEGISLACIÓN.....	51

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

- BOE: Boletín Oficial del Estado
- Cc: Código Civil
- CE: Constitución Española
- CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- CIDN: Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
- CP: Código Penal.
- DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.
- FIV: Fecundación In Vitro.
- GS: Gestación Subrogada.
- LCJI: ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
- LTRHA: Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- OMC: Organización Médica Colegial.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TS: Tribunal Supremo

I.- INTRODUCCIÓN

La gestación subrogada es una práctica mediante la cual a través de una fecundación in vitro, generalmente con ovulo de donante y esperma del comitente, gesta un bebe para otra persona o para una pareja.

Es un tema controvertido puesto que lo que se plantea es la posibilidad de disociar entre gestación y maternidad, algo que conlleva muchos problemas tanto bioéticos, jurídicos y políticos.

Los problemas éticos y legales que se presentan en la maternidad subrogada giran alrededor de sus protagonistas:

En primer lugar y con carácter prioritario por la forzosa y superior defensa de su interés, el menor nacido como fruto de estas prácticas, con su derecho a crecer contando con la certeza de sus relaciones parentales. En segundo lugar, y debido al vínculo creado con el menor, la madre gestante, con las repercusiones físicas y psíquicas derivadas de su papel en el contrato de subrogación, así como los riesgos de explotación y cosificación conectados a su posición. Y por último los comitentes, aquí cabe tanto un hombre como una mujer, solos o conjuntamente, o incluso parejas de dos hombres o de dos mujeres, en todos los casos con aportación o no de material biológico para llevar a cabo la gestación y todo ello con su demanda de ver realizado el deseo de paternidad y maternidad y la solicitud de disponer del cuerpo de otra mujer para que se puedan cumplir sus aspiraciones.

En España no está permitida, pero la realidad es que muchos españoles consiguen ser padres en otros países donde es legal, puede parecer que los que tienen dinero pueden burlar la Ley.

Por otro lado, existe una nueva vida humana por cuyo interés el Derecho tiene que velar, de donde surgen multitud de problemas, por ejemplo, a quien debe reconocerse la filiación legal, o que pasa cuando la salud del futuro bebé está en juego.

También es claro el fraude o abuso económico que en muchos casos se da, y los conflictos e intereses que surgen entre los donantes y los padres de intención.

Los conflictos de intereses en la gestación subrogada devienen por la situación de «alegalidad» en que se encuentra en la mayoría de los países europeos, entre ellos

España, que no prohíben expresamente la maternidad subrogada sino que declaran la «nulidad» del contrato a posteriori y siempre condicionado al «interés superior del menor» en cada caso.

Desde este punto de vista, la gestación por sustitución es un asunto de derechos fundamentales en el que se ven implicados el derecho a la vida, la integridad física y moral, la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la madre gestante o el interés del menor.

El debate sobre si debería permitirse o no la maternidad subrogada y en qué condiciones está abierto, incluso lo vemos en las posiciones de los partidos políticos.

Este trabajo no pretende un posicionamiento sobre una postura u otra, sino mostrar una visión de los diferentes intereses en juego y la respuesta de la jurisprudencia al respecto.

II.- CONCEPTO Y MODALIDADES

1.- Concepto.

La gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida por la que una mujer accede a gestar el hijo de otra persona o pareja a través de alguna de las técnicas de reproducción asistida, comprometiéndose a entregar el bebé una vez producido el alumbramiento, renunciando a cualquier vínculo de filiación sobre el nacido, determinándose la filiación a favor de los primeros, haya mediado o no prestación económica entre los sujetos intervenientes.

Se emplean diferentes términos, aparte de gestación subrogada; maternidad subrogada, gestación por sustitución, vientres de alquiler, cada uno de ellos responde a una diferente valoración ética. Así el término «gestación subrogada», «gestación por sustitución» o «maternidad subrogada» es utilizado de manera más técnica, tanto en el ámbito jurídico como en el médico y son expresiones utilizadas por quienes defienden esta técnica; y en cambio el término «vientre de alquiler» lleva implícita cierta crítica que nos remite a la relación mercantil de compraventa que tiene lugar entre los padres de intención y la madre gestante, y suele ser un término utilizado en general por las corrientes contrarias a la regulación de esta práctica. Pero independientemente del término que se utilice, todos ellos responden al mismo fenómeno, una mujer que se

presta a gestar un niño y cuando nace se lo entrega a la persona o personas que se lo han encargado y que serán los que asuman su paternidad/maternidad.

A la mujer que dona su capacidad de gestar se le llama gestante o *gestante subrogada*, y según el término por el que nos inclinemos, *madre sustituta*, *madre subrogada*, *madre de alquiler* o *madre suplente*. A los futuros padres por su parte, se les denomina *padres comitentes* o *padres de intención*. Estos padres de intención o comitentes pueden ser, parejas heterosexuales, parejas homosexuales, mujeres solteras u hombres solteros

2.- Modalidades.

La gestación subrogada tiene dos vertientes fundamentales, una médica, que guarda relación con lo biológico y otra legal que guarda relación con lo social.

2.1- Desde el punto de vista médico y biológico.

Tenemos que referirnos a las técnicas de reproducción asistida y tener en cuenta la procedencia de los óvulos, y así podemos clasificar la gestación subrogada en tradicional o gestacional:

-Gestación subrogada tradicional: en este caso la gestante es la madre biológica o genética del embrión, es decir, la mujer gestante aporta su útero y sus óvulos, está relacionado con las técnicas de «inseminación artificial», ya sea con material genético masculino del futuro padre o de donante, en cuyo caso los padres comitentes o de intención no aportarán material reproductivo alguno.

Combinaciones posibles de la gestación subrogada tradicional:

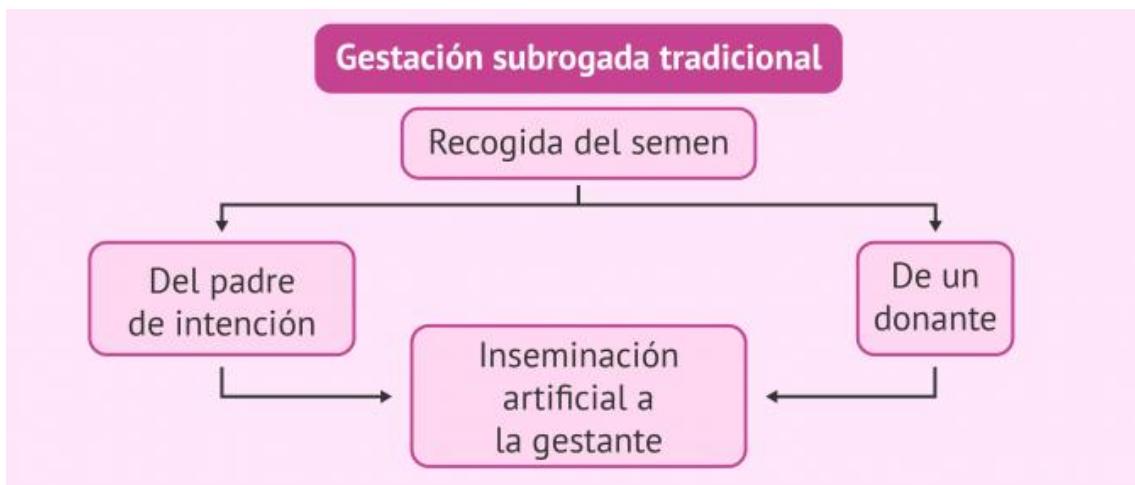


Figura N° 1 .¿Cuáles son los diferentes tipos de gestación subrogada?(G.Brasch y Álvarez, 2019)¹

-Subrogación gestacional o vientre de alquiler (también llamada subrogación plena)² la mujer gestante solo aportará su útero para la gestación, sin aportar sus óvulos. Ésta va a gestar y dar a luz al bebé, cuyo material genético – óvulos y espermatozoides – son aportados por los padres de intención, por lo que biológicamente será hijo suyo, o por algún donante. Se fecundará el óvulo mediante «fecundación in vitro» FIV) y el embrión resultante será transferido al cuerpo de la gestante.

Combinaciones posibles de la subrogación gestacional:

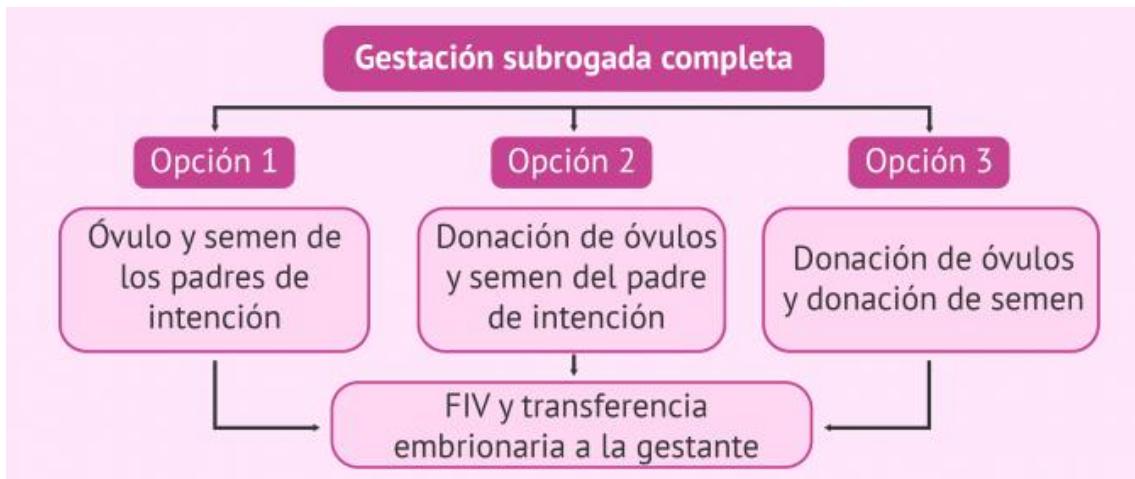


Figura N° 2 .¿Cuáles son los diferentes tipos de gestación subrogada?(G.Brasch y Álvarez, 2019)³

^{1 3} G.BRASCH, J. Y ALVAREZ, N, Babygest Recuperado el 11 de enero de 2020 de <https://www.babygest.es/tipos-de-subrogacion/>

² MONTERO, S. «Maternidad subrogada: no es tan sencillo descartarla como posibilidad», *Revista Afín*, nº 66, noviembre 2014, p.12

Vemos que pueden surgir múltiples variantes, según la modalidad de gestación subrogada elegida unida al hecho de que la fecundación sea homóloga o heteróloga.

La fecundación es homóloga cuando los componentes genéticos pertenezcan a los cónyuges o a la pareja, aquí la madre subrogada se limita a gestar en su útero el embrión que le habrá sido transferido tras una fecundación in vitro. Tras el nacimiento la mujer gestante renuncia al bebé y lo entrega a la pareja solicitante. Que pasarían a ser los padres biológicos y legales⁴. En nuestro ordenamiento esta fecundación será posible en caso de matrimonio o pareja heterosexual, padres de intención, que por imposibilidad física o no deciden acudir a una gestación subrogada en el extranjero.

La fecundación será heteróloga cuando la madre gestante aporte su útero y el material genético femenino lo aporta ella misma o una donante. Y el material genético masculino puede provenir del padre de intención o de donante. La casuística que puede resultar aquí es muy variada. Puede haber una pareja de hombres que unos de ellos o ambos aporten el componente genético que fecundará un óvulo que puede ser de la madre subrogada o de una donante anónima; puede ser que el material genético no sea aportado por ninguno de ellos y solo sea su voluntad de ser padres el elemento que sirva para determinar la filiación a favor de la pareja que contrata la gestación. También puede ser una mujer o un hombre solo quien puede acudir a esta técnica aportando o no su material genético.

Hay muchas variables que entran en juego, pero lo que tienen en común todas estas modalidades de gestación subrogada, es la voluntad de privar de la condición de madre a quien ha dado a luz a un niño, y atribuírsela a otra u otras personas.

La mayoría de los países no permite la gestación subrogada tradicional, su legislación impide que la gestante y la donante de óvulos, en caso no poder ser aportados por la madre de intención, sean la misma persona. En aquellos países donde la legislación no es concreta en este punto, igualmente se evita con el fin de reducir el vínculo entre la gestante y el futuro bebé. El principal motivo es la vinculación genética entre la

⁴ JIMÉNEZ, M.E Y RIESENBERS,G «La maternidad subrogada. Una realidad. Conflictos y Prácticas ». *Revista de derecho de familia y de las personas*, N°. 1, 2013, p. 2.

gestante y el bebé. Al ser la madre biológica del niño, surge un dilema ético y es más probable que se quiera quedar con el bebé.

Tras el parto el bebé será entregado a los padres intencionales, es decir, a aquella persona o pareja que manifestó su deseo de tener un hijo y así se acordó mediante un contrato con la gestante en el que ésta renuncia a todo derecho de maternidad.

2.2.- Desde el punto de vista social:

Independientemente de la procedencia de los óvulos, los acuerdos de gestación subrogada pueden dividir también entre otras dos categorías según la existencia o no de una remuneración o compensación económica a la gestante.

Así tenemos **la gestación subrogada comercial**, en que la gestante recibe un pago por el embarazo además de los gastos derivados del mismo. En los países que permiten y regulan esta práctica reproductiva, la compensación suele estar limitada por la ley. La principal finalidad de establecer límites es evitar que se comercialice el cuerpo de la mujer y que se desarrolle un mercado poco ético en torno a la gestación subrogada.

Y la gestación subrogada altruista, donde la gestante no recibe ningún pago más allá del reembolso de los gastos derivados del embarazo tales como ropa de premamá, revisiones médicas, alimentación específica, viajes al hospital, etc. Lo normal es que la modalidad altruista se produzca en un contexto intrafamiliar, cuando la mujer que se ofrece a llevar el embarazo lo hace para un familiar o amigo cercano.

La mayoría de las veces, los padres de intención no pueden elegir porque las modalidades posibles dependen del marco jurídico que regula la gestación por sustitución en cada país

El hecho de pagar a una mujer para que geste al hijo de otra persona es posiblemente la parte que más polémica ocasiona en torno a la gestación subrogada, en tanto que puede ser una vía de explotación de las mujeres con escasos recursos, facilitando la maternidad y paternidad a las personas que gozan de dicha estabilidad y disponibilidad económica. La gestación por sustitución onerosa ha sido calificada como contraria a la dignidad humana de la mujer, por permitir la explotación del útero con fines lucrativos

y como degradante para el bebé, pues existe un intercambio de éste por dinero. Por eso, algunos países prohíben que la gestante cobre una cantidad de dinero más allá del reembolso por los gastos del embarazo.

Desde la vertiente social, vemos que tecnológicamente la gestación con donación de óvulos se viene produciendo desde hace tiempo, más de veinticinco años desde que se produjo la primera fertilización «*in vitro*», lo novedoso en estos momentos tiene que ver con la vertiente legal o jurídica y el contrato que se produce para dar cobertura a la entrega de la persona nacida.

Antes de los progresos de la medicina reproductiva, el concepto de maternidad se concentraba en una figura única, la de la madre, que era quien aportaba la herencia genética, llevaba a término gestación y finalmente se responsabilizaba de la maternidad desde el punto de vista social y legal.

En España, la legislación civil al respecto establece que la filiación se determina por el parto, sólo la mujer que da a luz una hija o hijo, madre de gestación, es necesariamente la madre legal. No hay que acreditar pruebas de conexión genética.

La única excepción es la adopción, que permite que una mujer sea considerada la madre de un niño sin haber dado a luz.

Con los progresos de la reproducción asistida, el concepto de maternidad se ha vuelto más complejo. En la gestación por sustitución, tras el parto se produce una cesión del bebé gestado a otra u otras personas que lo filiaran en el registro como propio.

Con esta técnica hay que diferenciar entre:

-*La carga genética*, que es la transmisión del ADN mediante los gametos (óvulos).

-*La gestación*, que es el hecho de gestar al bebé en el útero hasta el parto.

-*La responsabilidad legal*, es la parte que asume la mujer que va a educar y cuidar al niño, haciéndose legalmente responsable de él hasta su mayoría de edad.

Esto último hay que entenderlo desde la perspectiva de las legislaciones permisivas o reguladoras de esta relación obligatoria entre comitentes y madre subrogada. La determinación de la filiación del nacido a favor de los padres de intención tendrá efectos territoriales, es decir en el país en que está permitida este tipo de gestación.

Cuando los padres de intención son españoles se plantea el problema del reconocimiento de la extraterritorialidad de la filiación declarada en el país originario y su efectividad en el país donde han de residir los menores, es decir, en España.

III.- MARCO NORMATIVO EN ESPAÑA

3.1.- Ley de Técnicas de Reproducción asistida

España fue uno de los primeros países del mundo en regular la reproducción humana asistida y lo hizo con una ley que es una de las más permisivas del mundo. Por ello, España se ha convertido en un lugar de turismo reproductivo, al que vienen muchas personas para intervenciones que no están permitidas en su país. Así, si una mujer francesa quiere tener un hijo sola, sin varón, no podrá hacerlo en su país, pero no tendrá problemas para ser fertilizada en España.

A pesar de aquel marco regulador especialmente permisivo, no se reconoció la maternidad subrogada. En nuestro país no existe una regulación específica de la misma, solo se alude a ella en las distintas leyes de reproducción asistida. Los avances técnicos en el tratamiento de la esterilidad e infertilidad desde el nacimiento del primer bebé probeta ha hecho preciso la regulación legal de estas prácticas de reproducción en todos los países de nuestro entorno.

La Ley de reproducción humana asistidas 35/1988 de 22 de noviembre:⁵ es la primera ley en España que se ocupó de la materia, en ella se daban las líneas a seguir en la práctica jurídica que había de desarrollar las técnicas de reproducción.

⁵ Ley 35/1988 de 22 de noviembre de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

En líneas generales y sin hacer un examen exhaustivo de la misma podemos destacar que reconocía los problemas éticos y jurídicos que estas prácticas planteaban, que prohibía la gestación por sustitución declarando nulo de pleno derecho el contrato que se celebre con o sin precio. Rechazando la instrumentalización del cuerpo de las mujeres, la disponibilidad del cuerpo humano y estad civil y la mercantilización del recién nacido.⁶ Se establece la filiación del bebe nacido a favor de la madre que da a luz y se sanciona el contrato de subrogación como una práctica muy grave.

-**Ley 45/2003 de 21 de noviembre sobre TRHA⁷** Debido al avance de la técnica y de la práctica médica aparecieron situaciones no contempladas legalmente que crearon una situación de inseguridad jurídica, para intentar remediarlo se aprueba la Ley 45/2003 de 21 de noviembre, que presta especial atención al compromiso y responsabilidad de los centros y usuarios para asegurar que las técnicas de reproducción se lleven a cabo eficazmente, se establece un límite de tres pre embriones que podían ser transferidos a la mujer en cada ciclo, con el objeto de reducir los partos múltiples, etc.

-**Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre TRHA⁸**. Era preciso una reforma legislativa para adaptarse lo más posible a la realidad actual, lo que se soluciona con la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida donde se establecen los requisitos y condiciones de todas las técnicas que se pueden llevar a cabo en las clínicas españolas, entró en vigor el 27 de mayo de 2006 y derogó tanto la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida como la Ley 45/2003, de 21 de noviembre.

Es la última norma que regula las TRHA en nuestro país. Las técnicas de reproducción humana asistida contempladas en esta ley son la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la transferencia intratubárica de gametos.⁹ «pueden ser definidas como todos aquellos métodos, con intervención de terceras personas (médicos, agencias intermediarias, madre sustituta), mediante los cuales se trata de aproximar en forma

⁶ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. *Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución*, Iguales y Diferentes antes el Derecho Privado, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p.512.

⁷ Ley 45/2003 de 21 de noviembre de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

⁸ Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

⁹ SCOTTI L.,«El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas», *Pensar en Derecho*, nº1, 2013, p. 273

artificial a las gametas femenina (óvulos) y masculina (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo. Las más conocidas son: la inseminación artificial homóloga (los componentes genéticos pertenecen a los cónyuges o pareja), la inseminación artificial homóloga cuando el marido ha fallecido, inseminación artificial heteróloga (cuando el hombre es estéril y por ende el semen pertenece a un donante); fecundación extrauterina o in vitro, que permiten que el embrión sea implantado en una mujer distinta a la madre genitora, o sea quien aportó el óvulo fecundado»).

3.2.- La regulación de la maternidad subrogada se contiene en el artículo 10 de la LTRHAE que 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 de un tercero."

2." La filiación de los nacidos por gestación por sustitución se determinará por el parto"

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

Desde la Ley 35/1988 de 25 de noviembre hasta la actual Ley 14/2006 de 26 de mayo, en estas tres leyes el artículo 10 ha tenido la misma redacción, es decir, la gestación por subrogación no ha tenido en nuestro país ningún cambio.

En este artículo destacan tres ideas clave: el contrato de gestación es nulo; la maternidad se determina por el parto; cabe reclamar la paternidad por la vía ordinaria.

El contrato de gestación es nulo de pleno derecho, sin importar que se haya llevado a cabo con ánimo de enriquecimiento, o por la vía del altruismo. Pues la nulidad no la

determina su contenido, sino la propia naturaleza del objeto contractual. La doctrina¹⁰ analiza la situación en base a que, aunque no se estableciese la nulidad ex artículo 10 LTRHA, el contrato habría de ser igualmente nulo de acuerdo a nuestro derecho civil, por inexistencia o ilicitud de la causa, y porque su objeto ataca los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil de las personas.

Pero este artículo 10 de la LTRHA no establece una prohibición expresa de que alguien realice un contrato de maternidad subrogada, ni establece una sanción por llevar a cabo la gestación subrogada, sino que señala que tal contrato es nulo de pleno Derecho, es decir, aunque la gestación por sustitución está prohibida en España, siempre se podrá celebrar un contrato de maternidad subrogada en otro país donde esta práctica sea legal.

Al considerarse nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, los efectos de un posible convenio de gestación por sustitución o encargo en España, la madre gestante será siempre la madre biológica y la maternidad siempre será adjudicada a ella, es decir, a la mujer que pare al bebé, la gestante subrogada y no a la madre de intención (art. 10.2 LTRHA). Esta ley sigue el criterio *mater sempre certa est*.

No basta con la entrega del bebé, sino que lo que se declara nulo es la renuncia a esa filiación. La madre legal del niño es aquella que ha dado a luz, independientemente de que no sea la madre biológica.

El hijo se inscribirá en el Registro Civil como suyo sin que pueda manifestar la identidad del otro progenitor (ex art. 122 CC). La madre siempre estará determinada y sólo habrá que atender al hecho cierto del alumbramiento —aunque, en principio, se le haya implantado un embrión en el que no se hayan utilizado sus propios óvulos— y a la identidad del hijo.

Por último, el artículo 10.3 LTRHA, protege la acción de reclamación del padre biológico, que, en su caso, se llevaría a cabo conforme a las reglas generales, esto es sobre la base del artículo 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

¹⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J. «La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo», Comares S.L., Granada, 2012, pp. 40-42.

Vemos pues que se posibilita al padre biológico el reclamar su paternidad, y a través de este apartado junto con las directrices de la DGRN es como se han ido solucionando hasta ahora los problemas para establecer la filiación en España de menores nacidos en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, tema del que nos ocupamos más adelante.

3.3.- Código Penal, Artículo 221

-En el Orden Penal debemos hacer referencia al Artículo 221 Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.¹¹ Tipifica como delito la conducta de quienes, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo o una hija, descendiente o cualquier menor aunque no concorra 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. Esta conducta se castiga con la pena 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 diez años. También se castiga a la persona que lo reciba y al intermediario, aunque la entrega del o la menor se hubiese realizado en el extranjero.

Ya que según el artículo 10 LTRHA cualquier contrato de gestación subrogada que se otorgue en nuestro estado es nulo de pleno derecho, ya sea con precio o sin él, esto implica que cualquier procedimiento de gestación subrogada que se lleve a cabo dentro de nuestras fronteras es nulo desde su origen, lo que se traduce en que la gestante subrogada sería la única amparada por la Ley para reclamar los derechos como madre sobre el nacido.

Y en el caso de que se llevara a efecto en nuestro país un proceso de este tipo ello implicaría responsabilidad penal para las partes contratantes, cosa que no ocurre, como hemos visto, en el caso de un proceso realizado en otro país en el cual esta técnica de reproducción humana asistida fuese legal, ya que nuestro Derecho penal no tiene competencia «extra territorium».

¹¹ Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal.

En este ámbito puede surgir un debate jurídico, de que ocurriría en el caso de realizar el proceso en España y los posibles derechos del padre biológico; ya que aparte de la responsabilidad criminal ese padre biológico tendría el derecho a reclamar su filiación paterna en virtud del art. 10.3 de la LTRHA.

3.4. Constitución española.

Analizamos algunos artículos de la Constitución española que de manera indirecta tienen relación con esta técnica de reproducción.

La CE establece, en su art. 10.1, que:

«La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad son derechos fundamentales que se caracterizan como fundamentos del orden público y la paz social, lo que obliga a conectarlos con los valores superiores proclamados en el art. 1.1 de la CE: la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político.¹²

El art. 10.1 de la CE se ha interpretado de distintas maneras. Algunas veces se hace referencia a la citada disposición para fundamentar, por un lado, que la gestación por sustitución vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación.¹³

En este supuesto concreto, la dignidad de la madre gestante y del hijo se utiliza como argumento principal para rechazar la práctica de la gestación por sustitución.

¹² PRESNO LINERA, M. A.y JIMÉNEZ BLANCO, P. «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, num.51, Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2014, pp. 3 - 4.

¹³ STS 247/2014 (Sala de lo Civil) 06/02/2014, núm. 835/2013.

Por otro lado, se suele afirmar, que el hecho de no permitir a una mujer someterse a esta técnica, supondría una vulneración del libre desarrollo de la personalidad de la mujer que decide gestar un hijo para terceros, e incluso, se considera que el libre desarrollo de la personalidad puede concretarse en el deseo legítimo y digno de protección de ser progenitor biológico o legal.¹⁴

El art. 14 de la CE establece que

«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».

Esta disposición se utiliza a menudo como fundamento en las sentencias cuando se aborda el tema de la inscripción en el Registro Civil español de menores nacidos a través de esta técnica en países donde no está prohibida, y al diferenciar entre hijos “naturales” e hijos “adoptivos” a pesar de su igualdad ante la ley

3.5- Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN.

La realidad social es que la gestación subrogada es en algunos países una práctica admitida y regulada, y que muchos ciudadanos españoles al no haber una prohibición expresa a celebrar este tipo de contrato de maternidad subrogada, firman estos en países donde la práctica es legal, surge así la necesidad de reconocer esta realidad y esto ha llevado a la Administración española a aprobar una serie de directrices para dar solución a los casos en que ciudadanos españoles reclamaban en distintos Registros Consulares la inscripción de nacimiento de menores nacidos , en aquellos otros países, de madres gestantes que mediando un contrato de gestación por sustitución, renunciaban a la filiación materna. Estas directrices se contienen en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.¹⁵

¹⁴ VELA SANCHEZ, A. J., *La maternidad subrogada....*, cit, pp. 24 - 25.

¹⁵ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado número 243, pp. 84803-84805.

Anteriormente a la instrucción de 5 de octubre de 2010, la Dirección General de los Registros y el notariado ya se había pronunciado en relación con el acceso al Registro Civil Español de los nacidos por maternidad subrogada en el extranjero, concretamente con la resolución de 18 de febrero de 2009.

Según esta resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 era posible poder realizar la inscripción registral con una certificación registral, al considerar la misma como un título para poder practicar la inscripción en el Registro Civil Español sin la necesidad de que haya una sentencia judicial sobre la filiación de los nacidos por medio de la gestación por sustitución. Esta Instrucción fue anulada por STS de febrero de 2014 a la que nos referiremos más adelante,

Tras la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, las autoridades españolas exigirán conjuntamente presentar la solicitud de inscripción junto con la resolución judicial dictada por el Tribunal competente del país donde haya nacido el menor.¹⁶

La instrucción de 5 de octubre de 2010 sigue siendo la que hoy en día está vigente y va a determinar el régimen registral y también las condiciones que se requieren para poder producir el acceso al Registro Civil Español del recién nacido en un país extranjero por gestación por sustitución.

Esta instrucción en base a la plena protección del interés superior del menor, permite la inscripción de las y los nacidos mediante maternidad subrogada, si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Junto a la solicitud de inscripción se deberá presentar una resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido (no es válido el certificado médico en el que no conste la identidad de la madre gestante). Al menos uno de los padres debe ser de nacionalidad española para que el niño pueda adquirir también esta nacionalidad.

¹⁶ CALVO CARAVACA, A L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, «Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del tribunal europeo de derechos humanos» Cuadernos de Derecho Transnacional, nº 2 ,2015, pp.52-53

Y salvo que resultare aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para proceder a la inscripción del nacimiento deberá pues presentarse ante el Registro Civil español la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al procedimiento de exequátur.

Cabe destacar la crucial importancia de la entrada en vigor en 2015 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil¹⁷ (en adelante LCJI), que deroga los arts. 951 a 958 de la LEC de 1881 ya que no se coordinaba con la jurisprudencia del TS. El nuevo procedimiento de exequátur se recoge en el Título V de la Ley 29/2015, específicamente en los arts. 41 a 61.

b) Ahora bien, en aquellos casos en los que la resolución judicial extranjera derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, no es necesario el exequátur, basta el reconocimiento incidental de la resolución, este control incidental lo realizará el Encargado del Registro Civil que deberá constatar:

- La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubiesen presentado.
- Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en especial de la madre gestante.
- Que no se ha producido vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante (consentimiento libre y voluntario)
- Que la resolución judicial extranjera sea firme y los consentimientos prestados irrevocables.

c) En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido, la simple certificación registral extranjera acompañada de

¹⁷ Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil.

certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Se trata en definitiva de permitir verificar que no hay en el contrato de gestación por sustitución simulación que pudiera llegar a encubrir el tráfico internacional de menores.

IV.- PROBLEMAS JURIDICOS DERIVADOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

El primer problema que surge, está relacionado con el hecho de que a pesar de este no reconocimiento en España de la maternidad subrogada y de ser contraria a la ley nacional, vemos que muchos españoles sorteán esta acudiendo a países donde la

práctica es legal y está regulada. Es decir, en la práctica, se elude la legalidad vigente y se atenta contra el orden público interno.

El segundo problema, es que independientemente de esto, la realidad es que surge una nueva vida humana y el Derecho debe velar por ella, y lo primero que hay que hacer es determinar la filiación de este menor.

Sobre este asunto, el de la filiación, hay en España pronunciamientos diversos y a veces hasta contradictorios, de la DGRN, el TS y el TEDH. Así se han venido inscribiendo en nuestro Registro Civil menores nacidos por gestación subrogada en países donde es legal, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el cual no se pronuncia respecto a esta materia pero resuelve los casos que sirven de guía para el resto de pronunciamientos), en ocasiones prima la inscripción registral de la filiación a favor de los progenitores intencionales, hasta hora existiendo relación genética, sobre la prohibición legal nacional. Aludiendo al interés superior del menor y legalizando las situaciones de hecho sobre el Derecho, es decir, la política de hechos consumados.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo declara ilegales estas prácticas, y en muchos casos en contra del criterio mantenido por la DGRN no reconoce la inscripción de la filiación del menor y por otro lado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo reconoce a

las madres y padres de intención cobertura en la Seguridad Social, con todas las prestaciones y ayudas posibles.¹⁸

Por ello deben determinarse las relaciones jurídicas que surgen en un contrato de gestación subrogada y las que formarán parte del ser nacido, por lo que será de gran importancia la determinación de la filiación derivada de la gestación por sustitución.

4.1.- El contrato

En los países donde esta práctica está aceptada y regulada, el contrato de la maternidad subrogada genera el rechazo de la filiación materna de la mujer gestante, para que esa filiación quede determinada respecto a otra mujer, o pueda no determinarse (si los comitentes son varones o solo un varón). La madre gestante deberá entregar el recién nacido a los padres comitentes.

Este contrato, tiene como eje principal el consentimiento, que además de cumplir con todos los requisitos que normalmente se exigen para su validez, debe ser suficientemente informado, especialmente en cuanto a sus consecuencias respecto a la filiación. La norma de cada país donde está regulado se encarga de establecer las características personales que deben tener quiénes pueden intervenir como partes en el contrato, cuáles serán sus prestaciones respectivas y qué obligaciones asumen. El consentimiento debe prestarse antes de la aplicación de la técnica y debe ser irrevocable una vez iniciada ésta y conseguido el embarazo en la mujer portadora de la gestación.

La eficacia de estos contratos puede verse frustrada por dos circunstancias principales que son el origen de múltiples conflictos judiciales. Estos pueden venir por parte de la madre gestante que puede arrepentirse y decidir no entregar al niño según habían pactado. O porque sean los padres comitentes los que renuncian a sus propios hijos nacidos mediante esta práctica reproductiva. Las principales razones de las renuncias pueden ser: que la pareja finalmente consiga un embarazo natural; el nacimiento de mellizos o trillizos en vez de un solo hijo; el sexo no deseado del bebé; taras o enfermedades en el mismo; falta de madurez, etc.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 16 de noviembre núm. 953/2016.

La parte que quiere exigir el cumplimiento del contrato acudirá a los tribunales para ello. Si esto sucede en un país extranjero, en un país donde está permitida la maternidad subrogada no habrá inconvenientes para entrar a conocer el fondo del asunto y resolver lo que proceda.

Sin embargo, los problemas surgen cuando la madre gestante desea exigir el cumplimiento del contrato frente a unos padres comitentes que residen en un país donde está prohibida la maternidad subrogada.

En nuestro ordenamiento jurídico, como ya hemos indicado, estos contratos son nulos de pleno derecho. El primer apartado del artículo 10 LTRHA, va a dejar clara esta nulidad de pleno derecho de la maternidad subrogada, ya sea por dinero o sin él.

Al ser nulos son por tanto ineficaces y de realizarse por españoles el convenio de gestación por sustitución, la mujer gestante, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, no asumiría ninguna obligación de entregar al nacido tras el parto, ni de indemnizar a la otra parte en caso de incumplimiento de dicho deber contractualmente establecido, aunque se le hubieran entregado determinadas cantidades por razón de la gestación, y, por supuesto, podría reclamar al hijo en caso de haberlo entregado ya a los padres o madres comitentes (ex arts. 1305 o 1306 CC)»¹⁹

La nulidad nos lleva a la conclusión de que los deberes y derechos acordados por las partes no producen efecto. Además, la nulidad implica que no podrá perseguirse su cumplimiento por vía judicial. Cabe preguntarse qué pasaría si a pesar de ser nulo el contrato, las partes cumplen lo pactado, pues las consecuencias serían idénticas, pues al no existir eficacia jurídica, la única madre será la establecida por la Ley, y no la madre pactada

En las legislaciones como la nuestra que rechazan la maternidad subrogada, se ha considerado como principio general que estos contratos están prohibidos por ser

¹⁹VELA SÁNCHEZ, A. J. «Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014», *Diario La Ley*, N.º 8309, Sección Doctrina, 13 de mayo de 2014, pp. 3-4.

contrarios al orden público y a las buenas costumbres, que son además inmorales porque atentan contra la dignidad de las mujeres, contra la libertad y la autonomía porque estas no consienten libremente, que su práctica implica una manipulación del cuerpo femenino y una forma de explotación, importando una cosificación de la mujer en virtud de que la gestante se convierte en un mero «ambiente» o «incubadora humana» para el hijo de otro. Además, tendrían por objeto la entrega de un niño, lo que constituye un objeto ilícito, de modo que recurrir a la gestación por sustitución importa convertir al hijo en objeto de comercio debido a que es atender más a los intereses de los futuros padres que a los del niño y pretende convertir al niño en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que se puede disponer y celebrar acuerdos al respecto. De celebrarse en contra de la prohibición legal, se considerarían absolutamente nulos.

4.2.- Determinación de la filiación, maternidad, paternidad.

Hay que plantearse que ocurre con la filiación y los derechos de los niños nacidos en el extranjero mediante la técnica de gestación subrogada cuando regresan a España.

En cuanto a la filiación, el problema surge cuando el niño llega a España, ya que la filiación establecida en el país de nacimiento no tiene por qué ser reconocida en España. El único caso en que el Estado español adjudica directamente la paternidad a los padres de intención o comitentes es en los casos en que un juez establece la filiación por sentencia judicial. Esta resolución debe contener los requisitos establecidos por la DGRN en la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Ahora bien, el gran problema de esta instrucción es que va a permitir reconocer la filiación si el país donde se ha llevado a cabo la gestación subrogada exige una resolución judicial, o si las sentencias en él otorgadas pueden ser reconocidas en España, y no en todos los países se exige. Actualmente, solo en algunos estados de EEUU y Canadá se realiza un juicio de filiación por el que se obtiene una sentencia judicial admitida en España. En Grecia se realiza un juicio para autorizar la

transferencia embrionaria a la gestante, y también es aceptado en España como sentencia de filiación.²⁰

Esta solución no se puede aplicar con otros países como son Ucrania, Georgia o Rusia por no haber resolución judicial que determine la filiación.

Al no ser siempre posible determinar la filiación por el método anterior, existe una segunda solución para proceder a la inscripción de los menores. Ahora bien, se exige un requisito importante para poderla practicar. Este requisito refiere a la necesidad del padre comitente a que sea el padre biológico para atribuir la paternidad del recién nacido por los medios ordinarios regulados en la normativa española, y para ello es necesaria la prueba de ADN que confirme ser el padre.

El objetivo de este método va a ser que la criatura pueda ser registrada como hijo suyo y de la madre gestante. En estos casos para que los padres de intención puedan ser reconocidos como tales, la madre gestante debe renunciar a todos sus derechos sobre el bebé, es decir a todos los derechos inherentes a la maternidad, de manera que el padre de intención queda como único padre legal del bebé. Luego la madre o el otro padre de intención pueden adoptar al niño por ser hijo de su pareja.

El problema es que, si el padre comitente no pudiera aportar su material genético, no va a ser posible acudir a esta alternativa.

En definitiva, en España caben dos posibilidades en relación a la atribución de la filiación e inscripción de la misma:

1.- la filiación por sentencia judicial que determine la filiación de los padres de intención.

Las sentencias judiciales estadounidenses (de algunos estados) y canadienses son aceptadas en los consulados españoles al cumplir con los requisitos necesarios, por lo

²⁰ SALIDO.F.: (2016). SubroGrecia. Recuperado el 11 de enero de 2020 de <http://subrogrecia.com/ventajas-de-la-gestacion-subrogada-en-grecia/>

que los hijos de españoles nacidos por gestación subrogada en estos destinos son inscritos de forma directa en el Registro Civil. (Instrucción DGRN 5 de octubre 2010)

2.- La filiación por adopción, se aplica en aquellas situaciones donde no existe sentencia judicial que determine la filiación del nacido, o cuando las sentencias otorgadas no son reconocidas en España. La paternidad se adjudica al padre biológico y luego la madre o el otro parente de intención realiza la adopción del hijo de su pareja. La inscripción en el Registro Civil no se puede hacer directamente, requiere la adopción.

Esto pasa, por ejemplo, si la gestación se ha llevado a cabo en Ucrania o Rusia únicamente el parente de intención es reconocido como tal y la madre debe iniciar un proceso de adopción del hijo del cónyuge para finalmente poder ser considerada madre legal del bebé.

Si el parente es el biológico, se puede obtener la paternidad por los medios ordinarios regulados en la legislación española para la adopción en los artículos 764 a 768 de la LEC, y previsto en el art. 10.3 de la LTRHA.

En estos casos el parente de intención biológico aportando una prueba de ADN puede reclamar su paternidad y el bebé se registra como suyo y de la gestante, y ello en virtud del art. 10.3 de la LTRHA.

Para conseguir que la madre de intención sea también la madre del bebé a efectos legales, la madre gestante tendrá que renunciar a la potestad del bebé. Esto se debe a que a pesar de la gestante haya renunciado ya, en España la madre legal es la mujer que da a luz. Luego, la pareja del parente biológico podrá adoptar al recién nacido en base a la legislación relativa a la adopción.

En todos estos casos la inscripción del nacimiento en el Registro Civil español de estos menores nacidos en aquellos estados cuya normativa interna regula la gestación por sustitución de modo compatible con la ley y jurisprudencia españolas no presenta especial problema, el problema surge cuando el menor ha nacido en el territorio de un Estado cuya normativa regula la gestación subrogada de manera tal que hace imposible la inscripción en el Registro consular español; por ello al carecer de pasaporte español

(y de otra nacionalidad, ya que está inscrito en la oficina del registro extranjero como hijo de ciudadano español), no puede autorizarse su traslado y entrada en España.

Al no existir material genético del padre de intención y no existir una sentencia que determine la filiación a favor de los padres de intención, no se puede inscribir directamente ni a través de la adopción y no se puede dar una solución legal a estos supuestos. Habrá que estar al supuesto concreto e invocando «el interés superior del menor» conseguir una resolución judicial que dé cobertura a una «situación familiar de convivencia».

V.- DERECHOS DE LOS MENORES NACIDOS POR GESTACIÓN SUBROGADA: El interés superior del menor.

La noción actual de derechos humanos se erige sobre la idea central de considerar que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria.

5.1.- Interés superior del menor.

La aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX.

El principio del interés superior del niño o niña, reconocido en CIDN, se integra por un conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna. Con este principio se trata de garantizar el reconocimiento de los derechos humanos de las niñas y los niños, procurando que, antes de tomar una medida respecto a ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

Se considera un concepto triple: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento:

– Se trata del derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.

– Es un principio, ya que, si una disposición admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

– Como norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las niñas y niños interesados. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá garantías procesales.

Podemos concluir diciendo que para que prevalezca el interés superior del menor el ordenamiento jurídico en su conjunto ha de proteger a los menores como sujetos de derechos incluso frente a la voluntad de sus progenitores si fuese necesario.

El interés superior del menor se ha convertido en un principio rector del ordenamiento jurídico y es el criterio que debe guiar cualquier decisión sobre los hijos. El problema es saber conjugar el interés superior del menor con otros derechos dignos de protección, y encontrar otras formas de tutela de ese interés que no menoscaben otros intereses legítimos, como el orden público interno de un país, que no reconoce o prohíbe la gestación subrogada.

5.2.- Vulneración del interés superior del menor en la gestación subrogada.

Vemos que según se esté a favor o en contra de la gestación subrogada hay sectores que consideran que esta práctica vulnera los intereses de los menores y otros que no.

Así los sectores que rechazan esta práctica entienden que los Intereses de los menores que pueden verse vulnerados en los casos de maternidad subrogada son:

1.- El niño es considerado como objeto de comercio. - se «cosifica» al menor al convertirlo en objeto de un contrato, lo cual atenta contra su dignidad humana, se

defiende un posible derecho al hijo como resultado de un proceso por el que se han pagado grandes sumas de dinero.

No se puede defender la existencia de un derecho al hijo, sino que son los hijos los que tendrían derecho a tener padres. En estos contratos prima los intereses de los adultos sobre los derechos de los niños. Esta instrumentalización del niño atenta claramente contra su interés.

2.- Estos contratos pueden considerarse contrarios al orden público, ya que al intercambiarse al niño por una compensación económica se contribuye a la destrucción de la relación que se establece entre la madre gestante y el hijo. Esto es más grave en los casos en que la gestante es además la madre biológica del niño.

3.- Se pueden dar discrepancias entre los padres comitentes y la madre gestante acerca del modo de llevar a cabo el embarazo. El caso más extremo es aquel en el que se plantea la continuidad o no de la gestación, como cuando el niño concebido tiene alguna malformación o discapacidad. Es posible que los padres de intención rechacen a este niño, pues al haber pagado un alto precio por el mismo quiera controlar la calidad del «producto».

4.-Se invoca el interés del menor a la hora de determinar debidamente su filiación para que este goce de los derechos inherentes a la misma, pero como pone de relieve Moreno Pueyo no «necesariamente redunda en interés del menor que la filiación se determine a favor del padre o madre comitente en un contrato de gestación subrogada».²¹ Nadie se ocupa de los requisitos exigibles a los padres comitentes, de su idoneidad, como si ocurriese en los procedimientos de adopción, cuyas reglas se suelen invocar para que sean aplicadas analógicamente al contrato de gestación subrogada. Y la capacidad de los comitentes para asumir las responsabilidades y deberes que comporta la paternidad, su capacidad económica o sus características psicológicas.

5.- Otro tema que puede entrar en colisión con los derechos de los niños, es el problema de la identidad y del derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos. Es posible que

²¹ MORENO PUEYO, JM., «Maternidad subrogada y prestación de maternidad», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N°116,2015, 47.

en el contrato de gestación se prevea la ruptura total de vínculos entre los padres comitentes y la madre gestante. Con lo cual el niño nunca podrá conocer a la mujer que lo llevó en su seno, y que además puede ser su madre biológica. Puede por otra parte darse que la fecundación haya sido con material genético de donantes, en cuyo caso y ya que la donación es anónima, se le impide al hijo investigar sus orígenes, cosa que es un derecho constitucional.

6. -Tampoco se valora adecuadamente el impacto psicológico y social en el hijo al conocer las circunstancias en que fue concebido.

Los defensores de la maternidad subrogada. - Pretenden que haya una legislación sobre la materia que acepte la práctica de este método reproductivo. Y mantienen:

1.- La gestación por sustitución no viola el interés superior del niño debido a que nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución.

2.-El interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica, permitiendo que las personas que quieren²² ser padres puedan serlo, y que esa filiación sea reconocida legalmente.

3.- El menor que nace mediante el uso de esta práctica, como se ha encargado de reiterar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

-Tiene derecho al reconocimiento de su filiación materna y paterna, en su caso, en relación con aquellas personas que tienen la intención de convertirse en sus padres; si nació fuera del país de origen de sus padres, tiene derecho a que se le reconozca la ciudadanía que corresponde a los mismos y migrar de retorno a dicho país de origen;

- Tiene derecho a que se respete su entorno familiar e íntimo;

²² VALDÉS DIAZ, C.C. «La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas», *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXXI, 2014, p.481.

-Tiene derecho a su identidad, no solo en el sentido antes planteado, sino además en cuanto al conocimiento, cuando posea madurez suficiente para ello, de la forma en que fue concebido y de los orígenes biológicos que posee.

-Tiene, sobre todo, derecho a una infancia feliz, a una crianza con amor y a una educación que se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos.

4.- El interés superior del niño exige tomarlo en consideración como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado.

Más allá de consideraciones éticas y de posicionamientos el hecho es que si efectivamente se realiza un contrato de gestación por sustitución y nace un niño, éste es titular de los derechos humanos inherentes a tal condición, que debe ser protegido y gozar de igual consideración que los menores que llegan al mundo a través de la concepción natural o mediante la aplicación de otras técnicas de reproducción humana asistida. El interés superior del niño exige tomarlo en consideración como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado.

La identidad, la personalidad jurídica y la nacionalidad de las personas desde su nacimiento son derechos reconocidos y protegidos tanto en el ámbito nacional como internacional.²³²⁴ Para ello es imprescindible la inscripción de los niños en el Registro Civil correspondiente tras su nacimiento.

La inscripción en el Registro Civil Consular español de los nacidos fuera de España mediante gestación por subrogación se ha convertido en un problema que afecta al interés superior del menor y que ha llegado tanto al Tribunal Supremo como al tribunal europeo de Derechos Humanos (TEDH), sentando jurisprudencia al respecto.

²³ Artículo 17 al 29 del Código Civil.

²⁴ Art. 7 y 8, resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. de la Convención sobre los Derechos del Niño

VI.-ASPECTOS ÉTICOS, MORALES E IDEOLÓGICOS: argumentos a favor de legalizar la práctica y en contra en España.

La maternidad subrogada es un tema que presenta una gran complejidad. Para algunos se trata de una práctica lícita, que debe ser admitida jurídicamente. Se entiende que los contratos de madres de alquiler se celebran entre adultos autónomos y responsables, no perjudican a terceros y redundan, necesariamente en beneficio de todos los sujetos implicados.

Frente a esta visión idílica y formal, la realidad demuestra las profundas implicaciones éticas y jurídicas, así como los numerosos problemas que genera esta técnica.

Con respecto a la madre portadora, conlleva un serio riesgo de instrumentalización de su cuerpo, ignorando la distinción básica entre personas y cosas, a efectos de la celebración de un contrato.

Los sistemas jurídicos occidentales tradicionalmente han entendido que, frente a la libre disposición de los objetos, las personas, incluyendo el cuerpo humano, sus órganos y funciones, no pueden ser objeto de comercio. De este modo la libertad de los individuos para establecer contratos en mutuo provecho tiene límites, en concreto, cuando el objeto de dicho contrato es el mismo ser humano, su cuerpo y sus funciones más esenciales, tal y como ocurre con el contrato de alquiler de útero.

Con respecto al hijo, la legalización de la maternidad subrogada supone mercantilizar la filiación, ya que esta dependerá de la celebración de un contrato con un fuerte contenido económico, es decir, de una transacción económica. Por otro lado, la experiencia ha demostrado que el niño queda en una posición muy vulnerable, dado que su situación depende de las cláusulas establecidas en dicho contrato, lo cual no asegura, en absoluto, la protección de sus intereses y derechos.

La posibilidad de confusión de roles y funciones entre los progenitores puede tener efectos muy negativos en su equilibrado desarrollo, especialmente en los supuestos de

subrogación entre familiares – por ejemplo, cuando una mujer es, al mismo tiempo, madre y abuela del niño, etc.

En definitiva, el deseo de las parejas estériles debe ser escuchado por la sociedad. Sin embargo, no todos los deseos de los adultos deben ser considerados como derechos, máxime si ello implica lesiones a la dignidad y a los derechos de otros sujetos implicados, especialmente de las mujeres más vulnerables y los hijos.

La legislación actual sobre TRHA posibilita y da ayudas a quienes carecen de óvulos, de esperma o de ambos para poder engendrar un embrión que los convierta en padres o madres, bien a través de la gestación in vitro o inseminación artificial. En cambio las personas que tienen otros problemas de esterilidad, como carecer de útero en el que gestar ese embrión no pueden «legalmente» satisfacer su deseo de tener descendencia peses a existir la «técnica» que lo posibilita.²⁵ En base a esto se alega la vulneración del derecho constitucional de igualdad, art.14 C.

Desde el punto de vista jurídico no hay base legal que permita hablar del derecho a procrear. El deseo de ser padres o madres y el ejercicio de la libertad no implica ningún derecho a tener hijos/as, ni a que el Estado deba garantizar que puedas hacerlo. Son los menores los que tienen derecho a encontrar unos padres y no al revés.

La disparidad de jurisprudencia y resoluciones existente y que luego comentamos brevemente, genera gran incertidumbre e inseguridad jurídica que podría paliarse con una regulación específica. Así se dice en el informe del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, donde la relatora advierte que la gestación subrogada es una práctica en crecimiento que si no se regula eficazmente, perjudica gravemente los derechos de las madres y sus hijas/os, e indica que «la solución necesaria consiste en implantar marcos jurídicos internacionales y nacionales por los que se rija claramente la gestación por sustitución ».²⁶

²⁵ .BELLVER, V «Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista». *Cuadernos de bioética*, 28 (93),2017.p.233

²⁶ NACIONES UNIDAS. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS.« Informe de la relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños». A/HRC/37/60.*Consejo de Derechos humanos*.37º.2018

Pero también hay posturas que mantienen que regular no servirá de mucho si no se hace de una forma adecuada y garantista, en caso contrario hay un alto riesgo de multiplicar los efectos negativos. Pero cualquier regulación que sea garantista en la práctica va a plantear muchos problemas.

El debate sobre la gestación subrogada ha desbordado la dialéctica de géneros para situarse en el terreno ideológico. Entre los que critican la mercantilización del cuerpo de la mujer y quienes lo consideran un más en la libertad individual de las mujeres, hay ciudadanos de ambos sexos que anteponen principios diferentes y, muchas veces opuestos.

La gestación subrogada está obligando a la sociedad española a buscar un difícil equilibrio entre ambas posturas. Los argumentos no son exclusivos de hombres y mujeres, sino que en ambos colectivos se manejan las dos posturas.

Dentro del feminismo el criterio mayoritario es contrario a lo que consideran una mercantilización del cuerpo de la mujer que afectaría especialmente a las más desfavorecidas.

La Organización Médica Colegial (OMC) cree que la gestación subrogada atenta contra la dignidad de la mujer cuando se trata de un acto mediatizado por la prestación económica y no es completamente libre, ya que se condiciona por ello la decisión y su consentimiento, lo que «resulta inadmisible desde un punto de vista ético y deontológico»²⁷. Y a pesar de que concluye que una posible regulación supondría admitir la mercantilización de la vida sujeta a normas de mercado y considerar al recién nacido un producto de transacción económica, también defiende que «esta opción sólo debería aceptarse como última alternativa terapéutica al resto de técnicas de reproducción humana asistida, prestando atención a la posibilidad de intervenir como gestante en caso de parentesco por consanguinidad en línea directa , el anonimato de las donaciones, la capacidad de decisión sobre interrupción terapéutica del embarazo, posibilidad de tiempo de reflexión para entregar al recién nacido, gastos económicos a

²⁷ HERNÁNDEZ GIL,A. IV «Congreso de Deontología Médica» *Comisión Central de Deontología de la OMC*, abril 2017.

compensar y consecuencias derivadas de la rescisión de un contrato de gestación», por lo que solo sería acorde a la deontología médica la maternidad subrogada con carácter altruista.

La postura del Comité de Bioética, organismo consultivo e independiente adscrito al Ministerio de Sanidad, es muy crítico con la gestación subrogada y cree que incluso cuando se hace de forma altruista, sigue existiendo explotación de la mujer y daño a los intereses del menor.

Frente a estas y otras posturas similares, están las asociaciones de padres y madres que han recurrido a esta técnica y consideran una «barbaridad» que se vincule esta práctica con el «tráfico de niños» o con la «trata» porque, a su juicio, a diferencia de estos fenómenos, cuando la gestación subrogada está regulada, se reconocen los derechos de todas las partes

Los partidos políticos también participan de esta profunda división no solo entre siglas sino también dentro de sus propias filas, ejemplo de las profundas complicaciones éticas y morales que tiene esta cuestión.

Sólo el grupo político de Ciudadanos ha puesto encima de la mesa esta cuestión al presentar una proposición de ley para regular esta materia. Su propuesta se caracteriza por apostar por el altruismo y limitando mucho el ejercicio de esta práctica: las gestantes han de ser ya madres, con edades superiores a los 25 años, de nacionalidad española o residentes legales. No se podrá ser vientre de alquiler en más de dos ocasiones. Se contempla también un régimen sancionador para quien se salte estas limitaciones.

El resto de partidos políticos se han visto obligados a posicionarse. La mayor oposición corresponde al PSOE, su negativa a admitirla se pone de relieve en los últimos casos de los niños nacidos en Ucrania por este método.

Partido Popular y Podemos han sufrido en sus filas la división que vive la sociedad sobre la gestación subrogada. Así vemos que, en el PP, el máximo representante de los que están a favor de esta técnica es Javier Maroto, diputado y vicesecretario nacional de

Organización. Frente a él podemos señalar al que fue portavoz en el Congreso, Rafael Hernando, que se ha mostrado siempre contrario a esta práctica.

Podemos ha sufrido la misma división, aunque finalmente se ha impuesto el sector más reacio a admitirla, posicionándose al lado del PSOE.

Vox ha dejado también claro, siempre que tiene oportunidad, que se opone a dichas prácticas.

Justo cuando estaba concluyendo este trabajo hay nuevas noticias de actualidad sobre la materia, el grupo político Ciudadanos ha vuelto a traer al epicentro de la política española el debate sobre la maternidad subrogada al presentar una proposición de ley, el 3 de julio de 2019, para regular la «gestación por sustitución», de manera «altruista, garantista y asegurando que la mujer tome la decisión con libertad». Sin haber tenido la oportunidad de analizar esta proposición y contar solo con lo manifestado a los medios de comunicación Patricia Reyes, responsable de Mujer y LGTBI de Cs, y Melisa Rodríguez, portavoz adjunta, registran la propuesta de ley, en su presentación a la prensa, solo puedo destacar con respecto a la anterior propuesta, que ahora , tras haber debatido internamente y hablado con técnicos y familias, dan un giro radical y admiten que la mujer gestante podrá tener lazos de consanguinidad con los futuros padres.

Ciudadanos ha hecho hincapié en que el caso sea avalado por un psicólogo. De este modo, con el consentimiento de un experto, podrían darse casos en los que un familiar cercano, véase una hermana o una madre, podría gestar al hijo de los futuros padres.

Para justificar el nuevo proyecto de ley, la tesis del partido es que existe un *«derecho»* a la gestación «por sustitución». «La gestación subrogada es una práctica existente y hasta la más frecuente de lo generalmente conocido. Ante esta nueva realidad, la mejor solución, la más garantista, es regular, no es cerrar los ojos ni prohibir», dice la «Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución»,

estructurada en siete capítulos, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. El debate está servido.²⁸

VII.- DERECHOS FUNDAMENTALES EN CONFLICTO Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.

En el presente punto se trata de sintetizar los diferentes derechos de los sujetos implicados a través de las resoluciones jurisprudenciales aplicadas, para extraer los parámetros que nos sirvan para detectar aquellos que deben ser priorizados en caso de conflicto entre ellos.

En la gestación subrogada nos encontramos con diferentes derechos fundamentales que en un momento u otro entran en colisión: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad y el interés del menor. Según se defienda o no la legalización de esta práctica se priorizan unos u otros, por eso es importante analizar la solución de la jurisprudencia lo que servirá para el diseño de futuras políticas sobre la materia, para ello tendremos cuenta tanto la doctrina establecida por el TEDH como la del TS.

En nuestro país la primera sentencia del TS, y única hasta el momento, dictada en un caso de maternidad subrogada internacional es la STS de 6 de febrero de 2.014.

Respecto a la gestación subrogada el TEDH no se ha pronunciado explícitamente sobre estos contratos; tras reconocer que es una materia sobre la que no hay consenso internacional, afirma que no es función de este Tribunal sustituir los criterios de las autoridades nacionales y es consciente de que el libre reconocimiento de la filiación en estos supuestos, equivaldría a dejar sin efecto la prohibición o rechazo de la gestación subrogada.

²⁸ EUROPA PRESS. (2019). Recuperado el 11 de enero de 2020 de <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-ciudadanos-abre-gestacion-subrogada-familiares-si-avala-psicologo-20190703173133.html>

Hay dos sentencias fundamentales que debemos tener en cuenta, las Sentencias Mennesson c. Francia, Labassee c. Francia ambas de junio de 2014 y la Sentencia Paradiso y Campanelli c. Italia de 2015-2017.

La clave de estas resoluciones ha sido el respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), el principio utilizado ha sido el de protección del Interés Superior del Menor, y, en consecuencia, la necesidad de reconocer y mantener unos vínculos familiares generados a partir de un convenio de gestación subrogada.

Así tenemos:

1.- Derecho a la reproducción.

Hay quienes consideran que la paternidad y maternidad va más allá de una opción o proyecto de vida, que es un derecho que los poderes públicos están obligados a garantizar. Y ven en la GS una mera técnica de reproducción que la ciencia ofrece para hacer efectivo ese derecho. Así, apelando al principio de igualdad y no discriminación reproductiva, la maternidad subrogada sería el vehículo para hacer efectiva esa igualdad reproductiva entre parejas fértiles e infériles, heterosexuales y homosexuales

Pero si tenemos en cuenta que aparte de los padres de intención, hay implicada una tercera persona que tiene que aceptar las consecuencias del proceso de gestación, no podemos considerar la maternidad subrogada como una técnica más de reproducción asistida, de lo contrario reducimos a esa tercera persona, «la gestante», en un instrumento, lo cual supone un ataque a su dignidad como persona.

En este sentido hemos de destacar la doctrina del TEDH en su Sentencia en el caso Paradiso y Campanelli contra Italia, de 24 de enero de 2017. Sin perjuicio de otros razonamientos que contiene (más adelante se hace un resumen de la misma), respecto a esta cuestión señala expresamente que no existe un derecho a la maternidad/paternidad en virtud de la mera voluntad, o de la proyección de la autonomía y del desarrollo personal, plasmada en la existencia de un «proyecto paternal». En consecuencia, el reconocimiento del «derecho a la reproducción» como título suficiente para inscribir a los hijos habidos a resultas de la firma de contratos de gestación por sustitución, no es

vinculante para ningún Estado del Consejo de Europa. Por lo que, aunque es indudable que la libertad de procreación forma parte del libre desarrollo personal, esto no debe confundirse con la existencia de un derecho a la reproducción que incluya como instrumento para hacerlo efectivo la gestación por sustitución, en la medida en que ésta implica que la madre gestante se limite a aceptar, mediante el recurso a una relación contractual de carácter mercantil, las condiciones de un contrato de gestación para otros, que es distinto a decidir ejercer, en su ámbito de libertad individual, un derecho a procrear.

2.- El derecho a la autonomía de la mujer gestante.

El segundo de los derechos a los que apelan los defensores de la maternidad subrogada para defender su legitimidad es el de la autonomía de la mujer gestante.

Mantienen que la mujer acepta la subrogación de manera consciente y presta su consentimiento voluntariamente, todo ello dentro de su libertad contractual y autonomía para tomar sus propias decisiones.

Pero el cuerpo humano, el de la gestante que es en definitiva la base sobre la que se realiza la función reproductiva, pertenece al ámbito de las personas y no de las cosas y por tanto esta fuera del comercio y no puede ser objeto de contrato. Declarar válidos los contratos de madre portadora supondría, indirectamente, considerar al ser humano como una cosa, puesto que sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de contrato.

La mayoría de estos contratos de gestación subrogada, se realizan en países en vías de desarrollo, donde las condiciones de su legislación son muy laxas y las tarifas más reducidas que en otros países, lo que da lugar a un verdadero «turismo reproductivo».

Hay que plantearse si la libertad de decisión de la gran mayoría de mujeres firmantes de este tipo de contratos, que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad socio-económica, no se ve viciada por dichas circunstancias vitales. Estaríamos, por tanto, en presencia de una auténtica explotación reproductiva.

Es en dicho sentido precisamente en el que se pronuncia el TS en la sentencia de 6 de febrero de 2014. En ella se enjuiciaba la pretensión de un matrimonio formado por dos varones españoles de que se inscribiese en el Registro Civil Consular español de Los Ángeles (California) el nacimiento de dos niños gemelos por medio de maternidad subrogada. La filiación de los menores había sido determinada a su favor por sentencia de un tribunal californiano de conformidad con su Código Civil de Familia. El matrimonio pretendía que se reconociera dicha filiación en España, pero el Registro Consular español denegó la inscripción acogiéndose a la nulidad del contrato de gestación por sustitución en España previsto por el artículo 10 de la Ley 14/2006,

La pareja recurrió la decisión consular ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, máximo órgano administrativo dependiente del Ministerio de Justicia en materia de filiaciones, que les dio la razón. (Resolución DGRN de 2009, a la que se ha hecho referencia en este trabajo). Sin embargo, el Ministerio Fiscal recurrió esa decisión de la Dirección General, y tanto el Juez de Primera Instancia como la Audiencia Provincial rechazaron la inscripción de los niños como hijos de los dos varones que encargaron la gestación. Por último, el caso llegó ante el Tribunal Supremo que, mediante sentencia, rechazó definitivamente tal inscripción.

En esta importante sentencia, el Tribunal Supremo español afirmó que inscribir el nacimiento de los gemelos en el Registro Civil infringía el orden público internacional español, en el que se incluyen valores tan importantes como la autonomía y la dignidad de la madre gestante y el respeto a su integridad física y moral.

Los padres intencionales pretendían el reconocimiento a su favor de la filiación en base al interés superior de los niños que en caso contrario se verían en una situación de desamparo. Sin embargo, el Tribunal Supremo afirmó que la satisfacción del interés superior de los menores no es un principio que pueda conseguirse infringiendo la ley pues ésta protege otros bienes jurídicos fundamentales que también resultan involucrados como el del respeto a la dignidad y la integridad moral de la mujer gestante, el de evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres pobres, o el de impedir la mercantilización de la gestación y la filiación.

Y señaló, en este caso, como medidas alternativas para evitar la desprotección de los menores, la posibilidad de que reclamase la paternidad aquel miembro de la pareja que había aportado sus genes al embarazo y, para el caso de que ninguno de ellos fuese padre biológico, la opción del acogimiento familiar o la adopción.

Esta doctrina del TS es avalada por la sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, en el caso Paradiso y Campanelli contra Italia. Se trataba de un matrimonio italiano que contrató una maternidad subrogada en Rusia y, tras el nacimiento, el bebé fue inscrito como hijo de ambos en aquel país. Al regresar a Italia con el niño las autoridades italianas se negaron a realizar la inscripción de la filiación a favor del matrimonio debido a la nulidad de este tipo de contratos en Italia, y el niño fue dado en adopción a otra familia.

Aparte de lo dicho anteriormente, respecto al derecho a la reproducción, la Gran Sala dice «no se puede establecer la existencia de unos lazos familiares que deban ser protegidos por el Derecho cuando esos lazos se han constituido en violación de la ley» como en este caso

También recoge, que la maternidad subrogada «sea remunerada o no constituye un trato degradante tanto para la gestante como para el niño, pues implica una drástica ruptura del vínculo único que se crea entre ellos, ya que la medicina moderna ha proporcionado evidencias que demuestran el impacto determinante del periodo prenatal para el posterior desarrollo del ser humano». Con el añadido, sostienen los jueces, de que «la maternidad subrogada, en todas sus modalidades, es contraria a la dignidad humana porque trata a la gestante y al niño como medios al servicio del cumplimiento de los deseos de los contratantes, y no como fines en sí mismos».

Otro voto concurrente, el del juez Dedov, es especialmente interesante en la medida en que aborda el problema de la maternidad subrogada desde una perspectiva global. Según su parecer, «dicha cuestión está estrechamente ligada a un problema global de discriminación social y de desigualdad pues tiene lugar mayoritariamente en países pobres, empleando como gestantes a mujeres pobres. Por eso, se trata de un problema que conlleva un gran desafío para las naciones europeas, pues implica optar entre permitir o no que el cuerpo humano se convierta en un producto de mercado; entre

permitir o no que mujeres vulnerables y sin formación opten por la explotación de sus cuerpos; y escoger entre crear una sociedad dividida entre naciones desarrolladas y naciones en vías de desarrollo».

Dice que, si la subrogación se convierte para la madre subrogante en una opción laboral y una oportunidad para lograr una estabilidad económica para ellas y sus familias, la libertad reproductiva pensada como un derecho a la autodeterminación es nula. En tanto las mujeres deban ofrecer sus cuerpos y su útero, y sean empujadas a convertirse en «fabricantes de bebés» para paliar sus necesidades básicas, la libertad reproductiva estará viciada desde sus inicios, al margen de que de esta forma estamos avalando la creación de un mercado.

3.- El derecho a la dignidad y a la integridad física y moral de la mujer gestante.

Hay sectores mantienen que la realidad de la maternidad subrogada en el mundo evidencia que esta práctica atenta contra la dignidad y la integridad física y moral de la mujer gestante.

Frente a los argumentos que defienden la maternidad subrogada basándose en la autonomía de la mujer gestante, otros oponen que dicha autonomía no puede amparar conductas que sean contrarias a las demandas de la dignidad de la persona que, por esencia, es irrenunciable.

Sostienen que en la medida en que la gestación por sustitución implica el empleo de los órganos reproductivos para satisfacer fines ajenos, la misma es claramente contraria a la dignidad humana en tanto en cuanto despoja de todo valor a la dimensión personal de la madre gestante y al propio proceso de concepción.

Por lo que respecta al derecho a la integridad física y moral, el Informe del Comité de Bioética de España, «sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada», de 19 de mayo de 2017, señala que es común que las agencias que median en este tipo de contratos intenten atraer la demanda ofreciendo una amplia gama de posibilidades de elección para los contratantes relacionadas con las características de la gestante, el seguimiento del embarazo, la modalidad de parto y, por supuesto, las características del

niño. Así, en las páginas web de estas empresas se garantiza la posibilidad de elegir donantes de óvulos caucásicas, cuyas características fenotípicas podrán ser conocidas mediante fotografías; la posibilidad de elegir el sexo del niño; o se les atribuye la decisión acerca del número de embriones (entre uno y tres) que se implantará a la gestante. Es muy ilustrativo la lectura de este informe, casi te imaginas a las gestantes como en un «gran hermano» vigiladas tanto por la clínica a la que finalmente en los últimos meses se tiene que confinar, como con los padres intencionales, que exigen que su futuro «producto» tenga las máximas garantías.

Desde este punto de vista, es evidente que la maternidad subrogada afecta a la integridad física y psicológica de la gestante. Y ello porque quien dispone realmente de su cuerpo no es ella misma sino los solicitantes en tanto en cuanto en este tipo de contratos ellos tienen todas las facultades a su favor en orden a supervisar la óptima gestación y alumbramiento.

En el año 2015, la Unión Europea publicó su Informe anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo (2014), en el que encontramos una condena explícita de la subrogación, cuya prohibición se recomienda. Así, dentro del apartado a los derechos de las mujeres y de las niñas, en su parágrafo 115, el texto «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»²⁹

4.- Maternidad subrogada y el interés superior del menor.

Dentro de la maternidad subrogada hay que tener en cuenta para su debida ponderación el interés superior de los menores nacidos con esta práctica.

²⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014).

Es este interés al que se apela en España cuando se solicita la inscripción de su filiación en los registros civiles de los países de los que son originarios los padres intencionales. Y así aunque el art. 10 LTRHA prohíbe esta práctica la Dirección General de Registros y Notariado del Ministerio de Justicia —que es el órgano a quien corresponde fijar las directrices de actuación de los Registros civiles y consulares españoles— desde su instrucción de 5 de octubre de 2010, ya analizada, permite, contradiciendo la legislación vigente, que en aras del interés superior del menor, se proceda a la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en los países donde ésta sea legal siempre que se cumplan determinadas condiciones.

La DGRN considera que esta Instrucción sigue estando vigente en el ordenamiento jurídico español a día de hoy, y que a ella deben acogerse los encargados de los Registros civiles y consulares para proceder a la inscripción de los niños nacidos por contrato de maternidad subrogada.

Esto parece en contradicción con lo establecido en la STS de 6 de febrero 2014, a la que se ha hecho referencia, por lo que parte de la doctrina, y desde luego los sectores en contra de esta práctica, consideran que el hecho de que la Dirección General del Ministerio de Justicia siga considerando vigente y aplicable tal Instrucción, posibilitando con ello la inscripción registral en España de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución celebrado en el extranjero, constituye un auténtico fraude de ley y una clara vulneración del sistema de fuentes, pues implica el reconocimiento por vía reglamentaria de una práctica legalmente inadmitida.

Además, se apela a la doctrina del TEDH en dos sentencias fundamentales:

Así, la primera, de 26 de junio de 2014, en los asuntos Mennesson contra Francia y Labasse contra Francia, dirimía la negativa del Estado francés a inscribir la filiación de tres niñas nacidas por contrato de subrogación en el extranjero por contradecir el orden público y, en consecuencia, la legislación francesa vigente. En los dos casos el supuesto de hecho es similar, y por ello el Tribunal de Estrasburgo resuelve en la misma sentencia. Dos matrimonios, los Mennesson y los Labasse, decidieron recurrir ante sus problemas de infertilidad a la maternidad subrogada en California y Minnesota respectivamente, donde es legal, y el resultado fue el nacimiento de dos gemelas en el

primer caso y de una niña en el segundo. El Tribunal Supremo de ambos estados estadounidenses atribuyeron la paternidad legal de las niñas a los Mennesson y Labasse respectivamente con el consentimiento de todas las partes implicadas. Pero, las autoridades consulares francesas rehusaron inscribir a las niñas en el Registro civil por vulneración de la ley francesa, que prohíbe la maternidad subrogada.

Después de un largo y complejo proceso judicial, la Corte de Casación francesa acabó rechazando definitivamente dicha inscripción por vulnerar el orden público.

Recurridas ambas sentencias ante el TEDH, sus argumentos son los siguientes:

En primer lugar, el Tribunal europeo analizó si se produjo violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que reconoce el derecho a la vida privada personal y familiar. Así, aun reconociendo que Francia tiene derecho a prohibir la maternidad subrogada y sus consecuencias, esto debe ser matizado cuando el problema se refiere a la filiación, en la medida en que ésta constituye un aspecto esencial de la identidad del niño.

Así, llegó a la conclusión de que el derecho de las menores a su vida privada, concretado en el derecho a su propia identidad, se había visto vulnerado por la imposibilidad de establecer vínculos jurídicos de filiación. Tal derecho, unido a la primacía del «interés del menor», determinaba que este último se viese vulnerado por la incertidumbre jurídica que producía no poder ser consideradas hijas de los recurrentes, a pesar de que uno de los miembros de las parejas era su padre biológico, siendo esto fundamental en la configuración de la identidad personal.

Considerando que, no permitiéndose el reconocimiento de la filiación entre los padres intencionales y las niñas gestadas por subrogación por ningún medio —transcripción de actas de nacimiento, filiación biológica paterna, adopción o posesión de estado—, el Estado francés había ido más allá de lo que le permitía su margen de apreciación, ignorando el derecho de las niñas al respeto a su vida privada reconocido por el artículo 8 del Convenio.

En la Sentencia de 27 de enero de 2015, en el asunto Paradiso et Campanelli contra Italia, se dirimía un caso similar a los anteriores, a excepción de que en él ninguno de

los recurrentes eran padres biológicos del niño nacido en Rusia futo de un contrato de maternidad subrogada.

Tras el nacimiento del niño se inscribió en Rusia como hijo de los padres de intención, sin mencionar el contrato del que traía causa. Realizadas las pruebas de paternidad en Italia, se constató que el Sr. Campanelli no era el padre.

El Estado italiano se negó a inscribir en el Registro civil la filiación por ser este tipo de contratos contrarios al orden público. El niño fue dado en adopción. Los padres de intención agotaron las vías jurisdiccionales hasta llegar al Tribunal de Estrasburgo. La Sala del TEDH sostuvieron que el hecho de que el matrimonio hubiese pasado seis meses de convivencia con el menor, creaba unos vínculos familiares de facto cuya ruptura producía una clara vulneración de su interés superior. Y ello, aunque no existiera vínculo genético alguno entre los demandantes y el hijo pues, según el Tribunal, el artículo 8 del Convenio protege no sólo la «vida familiar», sino también la «vida privada».

Y, por lo que respecta a la invocación del orden público por parte del Estado italiano, el TEDH entendió que éste no era una carta blanca, sino que debía ser ponderado con el interés superior del menor con independencia de que existiese o no una relación genética con los padres intencionales identificado, en este caso, con la conveniencia de mantener al niño en su contexto familiar. Concluye que ha existido violación del artículo 8 del CEDH y condena a Italia al pago de una multa. Pero no dispone que el niño deje su familia adoptiva y vuelva con el matrimonio Campanello, con quienes había dejado de convivir en 2011, a los cinco meses de su nacimiento.

Italia recurrió la Sentencia de la Sala y la Gran Sala del TEDH publicó su fallo en enero de 2017. Y es la primera vez que el TEDH se pronuncia sobre la materia. En esta nueva sentencia se da la razón a Italia. La Gran Sala afirma que la retirada de la custodia del menor a los padres de intención no implica en modo alguno una vulneración del derecho a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del CEDH, por los siguientes motivos: entre el menor y los padres intencionales no existe relación biológica alguna, lo que diferencia a éste de los casos Mennesson y Labasse contra Francia; porque no puede hablarse de vida familiar propiamente dicha al ser el periodo de convivencia entre los padres intencionales y el menor de tan solo 6 meses; porque no

existe un derecho a ser padre o madre, sino que este es un mero deseo, pero lo que sí existe es un derecho del hijo a conocer su origen biológico; y, porque los padres de intención acudieron a la gestación por sustitución a Rusia a sabiendas de que en su país de origen, Italia, la misma está prohibida al vulnerar el orden público.

Pero, quizás, el motivo más importante de entre los señalados por el Tribunal Europeo, consiste en afirmar que no puede establecerse la existencia de unos lazos familiares que deban ser protegidos por el Derecho cuando esos lazos se han constituido en violación de la ley. Por todo ello el TEDH concluye que debe prevalecer el orden público y la necesidad de garantizar el derecho de los menores a conocer su origen biológico sobre el deseo de ser padre/madre.

Se observa cómo, con esta Sentencia el Tribunal de Estrasburgo se posiciona, aunque no lo diga expresamente, con las posturas que consideran que la maternidad subrogada, además de vulnerar los derechos más fundamentales de las madres gestantes, atenta contra el interés de los menores que nacen bajo el paraguas de dicha práctica

VIII. CONCLUSIONES

En primer lugar, quisiera destacar la oportunidad que me ha dado este trabajo para descubrir la problemática que rodea a la práctica de la gestación subrogada, ayudándome a fundamentar la idea que sobre la misma tenía.

He descubierto la dureza con la que se defienden las dos posturas que se enfrentan, las válidas justificaciones de ambas, y a lo largo de este trabajo me he sentido identificada con las dos. Es una realidad muy compleja, donde hay muchos intereses en juego y desde luego muchos sentimientos.

Me ha llamado la atención la escasa regulación existente para un tema tan controvertido. La regulación jurídica de la gestación subrogada es, hoy por hoy la que es, y desde que se dictó la sentencia del TS en 2014 hasta la actualidad, la situación puede calificarse de irregular y caótica. Una regulación y una jurisprudencia que ciñen la gestación subrogada dentro de unos márgenes que gran parte de la sociedad desea ampliar, y que el legislador tendrá que abordar más pronto que tarde.

El derecho no es un producto estático e inmóvil, ni puede ser utilizado para constreñir la vida, sino para regularla y organizarla. Hay un nuevo modelo de paternidad basado en la intención o deseo, y choca frontalmente con la concepción tradicional basada en la relación biológica que junto a la adoptiva forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. El debate ético-social central gira en torno a si es admisible que el ser humano pueda formar parte del mercado, de la oferta y la demanda.

Pero con independencia del criterio que se asuma en cuanto a la gestación subrogada, una vez nacido un niño mediante esta práctica no se le debe negar ningún derecho. Su reconocimiento como miembro de una familia, responde al interés superior del menor que debe priorizar cualquier conflicto que surja.

IX BIBLIOGRAFIA Y REFERNCIAS DOCUMENTALES.

1.BIBLIOGRAFIA

BELLVER, V «Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista». *Cuadernos de bioética*, 28 (93),2017.p.233, p.229-224..

CALVO CARAVACA, A L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, «Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del tribunal europeo de derechos humanos» Cuadernos de Derecho Transnacional, nº 2 ,2015, pp.52-53, p.45-113.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA: «Informe sobre los aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada». en Bilbao, a 16 de mayo de 2017.

EUROPA PRESS. (2019). Recuperado el 11 de enero de 2020 de <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-ciudadanos-abre-gestacion-subrogada-familiares-si-avala-psicologo-20190703173133.html>

FERNÁNDEZ GARRIDO,M. «Gestación subrogada o vientres de alquiler». *Món jurídic: butlletí del Col·legi d'Advocats de Barcelona*, ISSN 1135-9196, N°. 306, 2016, págs. 26-28.

G.BRASCH, J. Y ALVAREZ, N, Babygest Recuperado el 11 de enero de 2020 de <https://www.babygest.es/tipos-de-subrogacion/>.

HERNÁNDEZ GIL,A. IV «Congreso de Deontología Médica» *Comisión Central de Deontología de la OMC*, abril 2017.

JIMÉNEZ, M.E Y RIESENBERS,G «La maternidad subrogada. Una realidad. Conflictos y Prácticas ». *Revista de derecho de familia y de las personas*, N°. 1, 2013, p.2, P. 155-161..

MONTERO, S. «Maternidad subrogada: no es tan sencillo descartarla como posibilidad», *Revista Afin*, nº 66, noviembre 2014, p.12.

MORENO PUEYO, JM., «Maternidad subrogada y prestación de maternidad», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N°116,2015, 47.

NACIONES UNIDAS. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS.« Informe de la relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. *Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución*, Iguales y Diferentes antes el Derecho Privado, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p.512, p.465-516.

PRESNO LINERA, M. A.y JIMÉNEZ BLANCO, P. «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, num.51, Aranzadi, SA, Cizur Menor, 2014, p. 3 - 4.

SALIDO.F.: (2016). SubroGrecia. Recuperado el 11 de enero de 2020 de <http://subrogrecia.com/ventajas-de-la-gestacion-subrogada-en-grecia/>.

SCOTTI L.,«El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas», *Pensar en Derecho*, nº1, 2013, p. 273, p.267-289.

VALDÉS DIAZ, C.C. «La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas», *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXXI, 2014, p.481, p. 459-482.

VALERO HEREDIA, A, «La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales». *Teoría y Realidad Constitucional*, nº. 43, 2019, pp.421-440.

VELA SÁNCHEZ, A.J. «La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo», Comares S.L., Granada, 2012,p.24-25,y p. 40-42.

VELA SÁNCHEZ, A. J. «Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014», *Diario La Ley*, N.º 8309, Sección Doctrina, 13 de mayo de 2014, pp. 3-4.

VELA SÁNCHEZ, A. J.). «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución ser inscritos en el registro civil español.» *Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, La Ley nº8415 de 26 de junio de 2014.

VILAR GÓNZALEZ, S. «Situación actual de la Gestación por sustitución». *Revista de derecho UNED*.14,2014.

2. JURISPRUDENCIA

STS de 6 de febrero de 2014, RJ 2014/833

Sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, asunto Mennesson contra Francia, JUR 2014/176905

Sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, asunto Labasse contra Francia, JUR 2014/176908

Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015 asunto Paradiso y Campanelli contra Italia, TEDH 2015/17

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 16 de noviembre núm. 953/2016.

3. LEGISLACIÓN

Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil BOE A 1881-813.

Real Decreto de 24 de julio de1889 por el que se publica el Código Civil, BOE 25/07/1889.

Constitución Española, BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978.

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, BOE 24/11/1988.

Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

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

Ley 45/2003 de 21 de noviembre de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE 27/05/2006.

Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009, RJ 2009/1735.

Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, BOE 07/10/2010.

Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE 31/07/2015.

