

LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA *

ALEJANDRO SOSPEDRA FONTANA
Graduado en Ade-Derecho
Universidad de Valencia

RESUMEN: El presente artículo analiza la situación actual de la gestación subrogada en España y la evolución de la doctrina jurisprudencial aplicable en esta materia, tratando el problema de la gestación subrogada desde tres perspectivas: social, jurídica y bioética y desarrollando las principales cuestiones que afectan a esta figura jurídica.

PALABRAS CLAVE: Maternidad subrogada, técnicas de reproducción, madre gestante, padres comitentes, altruismo, filiación por adopción.

ABSTRACT: This article analyzes the current situation of surrogate pregnancy in Spain and the evolution of jurisprudential doctrine applicable in this matter, dealing with the problem of surrogate pregnancy from three perspectives: social, legal and bioethical and developing the main issues that affect this legal concept.

KEY WORDS: Surrogate motherhood, reproductive techniques, surrogate mother, intentional parents, altruism, filiation by adoption

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA.- III. DERECHO COMPARADO.- 1. Países donde está prohibido.- 2. Países donde está permitida la modalidad altruista.- 3. Países donde si está permitido en su modalidad comercial.- 4. El peculiar caso de Brasil.- 5. El caso de la India.- IV. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA MATERNIDAD SUBROGADA.- 1. Posición del Tribunal Supremo.- 2. Instrucción de la DGRN de 5 de Octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.- 3. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.- V. PERSPECTIVA SOCIAL EN RELACIÓN A LA MATERNIDAD SUBROGADA VI. PERSPECTIVA BIOÉTICA.- 1. Gestación y

* Esta publicación se corresponde con el TFG del mismo nombre dirigido por el Prof. J.R. de Verda y Beamonte, durante el año académico 2017/2018.

Maternidad.- 2. La mujer gestante.- 3. El interés superior del menor.- VII. CONCLUSIONES.- VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La maternidad o gestación subrogada es uno de los temas bioéticos más polémicos del momento, debido a que ya no es necesario la procreación humana para engendrar un hijo, y por las consecuencias en las relaciones de maternidad y filiación, provocando un cambio en la forma que habían sido entendidas y reguladas hasta la actualidad.

Por primera vez en la historia se plantea la posibilidad de separar la gestación de la maternidad. Para ello se compara la gestación por sustitución con lo que se produce con la adopción, que es, establecer la distinción entre la madre legal y la biológica. Pero es obvio que, en la adopción, no existe el acuerdo previo entre la mujer que gesta el niño y las personas que asumirán la paternidad que, sin embargo, es la causa de toda gestación subrogada. Se trata, pues, de una práctica inédita en nuestro país, pero que en otras partes del mundo está totalmente aceptada, y con un enorme impacto en todos los planos de la vida humana, cultural, social, ético y jurídico.

En la actualidad existe un debate acerca de los efectos que puede llegar a producir la gestación subrogada, ya que, aunque en España se encuentra prohibida, en otros países sí que se acepta, provocando que muchas parejas, ante el deseo de ser padres acudan a dichos países con el fin de poder tener un hijo. El problema de este “turismo reproductivo” se encuentra con el regreso de esas familias a España, donde existe una incertidumbre jurídica ante la posibilidad de la negativa a la inscripción del menor en el registro civil. La legislación española adopta una serie de soluciones que más adelante explicaré, las cuales permiten inscribir al niño y determinar la filiación bien por adopción o por sentencia judicial. Pero antes de realizar cualquier análisis hay que definir una serie de conceptos básicos acerca de la gestación subrogada.

Primero que todo, podemos definir la gestación por sustitución como el “acuerdo de voluntades en virtud del cual una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o pareja, comprometiéndose a que, una vez el embarazo llegue a término, hará entrega a aquella o a aquellos del recién nacido, renunciando a la filiación que pudiera llegar a corresponderle sobre el

hijo gestado”¹. 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. No obstante hay que resaltar que la gestación subrogada, como es nombrada por la OMS² es llamada de diferentes formas. Por ejemplo, la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Ley 14/2006, utiliza el término gestación por sustitución mientras que socialmente la expresión más extendida es la de vientre de alquiler.

Algunos la llaman maternidad subrogada, aunque para muchos este concepto es erróneo, ya que insisten en que, al aplicar esta técnica, no se subroga o sustituye la maternidad, sino la capacidad de gestar. Y es que antes de los avances tecnológicos en técnicas de reproducción asistida, el concepto de maternidad se asentaba en una figura única, la de la madre, que era quien aportaba el material genético, realizaba la gestación y finalmente se encargaba de la maternidad desde el punto de vista social y legal.

La única excepción era la adopción, que permitía que una mujer se considerara la madre de un niño sin haber dado a luz. No obstante, con los progresos de la reproducción asistida, el concepto de maternidad se ha vuelto más complejo pudiendo diferenciar entre quien aporta la carga genética, es decir los óvulos, quien realiza la gestación y quien asume la responsabilidad legal, correspondiéndose con la atención de las necesidades del menor y su educación.

En cuanto a los tipos de gestación subrogada, podemos establecer dos clasificaciones³. Dependiendo de la procedencia de los óvulos, diferenciamos entre gestación subrogada parcial, donde la gestante es la madre biológica o genética del embrión, o completa, donde la gestante solo actúa como tal, sin aportar sus ovocitos. Ésta va a gestar y dar a luz al bebé, que será biológicamente hijo de los padres comitentes.

En la mayoría de países donde se permite la gestación subrogada solo se permite en la modalidad completa debido a que se trata de un proceso muy complejo, especialmente desde el punto de vista emocional, no solo en cuanto a los futuros padres, sino especialmente en relación a las emociones y

¹ BAYARRI, M.L.: “Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España”, 2015. Recuperado de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-sureconocimiento-en-espana/>

² Organización Mundial de la Salud.

³ RODRIGO, A.: “¿Qué es la gestación subrogada?”, 2017. Recuperado de <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada/#tipos-de-gestacion-subrogada>

sentimientos de la mujer que va a llevar a término el embarazo, siendo esta la principal razón por la que prohíben que sea la propia gestante la que aporte la carga genética del futuro bebé.

Por otra parte, podemos clasificar esta técnica en función de si la gestante recibe compensación económica por el embarazo o no, si la gestante no recibe ningún pago más allá del reembolso de los gastos derivados del embarazo estaremos ante una gestación subrogada en su modalidad altruista, mientras que, si la gestante recibe un pago por el embarazo además de los gastos derivados del mismo, estaremos ante una gestación subrogada comercial.

Por lo que respecta a las personas que recurren a la gestación subrogada, hay que destacar que mayoritariamente son las parejas heterosexuales que por razones médicas no pueden tener hijos y los hombres solteros y parejas homosexuales que por su incapacidad natural de gestar no pueden tener hijos, aunque también pueden acudir perfectamente mujeres solteras y parejas compuestas por dos mujeres.

Hay que tener en cuenta que las personas contrarias a la gestación por sustitución abogan por la defensa de que la única alternativa para las personas que no pueden gestar a sus propios hijos debe ser la adopción. No obstante, hay numerosas razones por las que aquellas parejas incapaces de tener hijos prefieren iniciar un proceso de gestación por sustitución a iniciar un trámite de adopción. Los padres adoptivos deben pasar unos largos procesos de selección y cumplir con unos requisitos que en muchos casos impiden que puedan continuar en el proceso.

Entre los argumentos más destacados podemos mencionar las largas listas de espera en los programas de adopción. Antes, el tiempo medio de espera para una adopción era de 2 años, ahora, la media son 5 años y puede irse incluso a 8 años⁴. Se han endurecido mucho los requisitos de adopción internacional. En algunos casos sólo está permitido para parejas heterosexuales mientras que las parejas homosexuales y padres solteros tienen prohibido adoptar en muchos países⁵. Otras parejas simplemente deciden renunciar a la adopción en detrimento de la gestación subrogada debido a que con esta última técnica el menor adquiera la herencia genética de los padres comitentes, es decir, la

⁴ GARCÍA, M.J.: “El tiempo medio de espera para una adopción nacional es de cinco años”, 2016. Recuperado de <http://elcorreoweb.es/andalucia/el-tiempo-medio-de-espera-para-una-adopcion-nacional-es-de-cinco-anos-AC2040002>

⁵ REJÓN, R.: “España firma el convenio de adopciones con Rusia que veta a los homosexuales”, 2014. Recuperado de https://www.eldiario.es/sociedad/Espana-convenio-adopciones-Rusia-homosexuales_0_279622671.html

gestación subrogada permite a los futuros padres aportar su carga genética , óvulos y espermatozoides.

Para finalizar la introducción, solamente decir que estamos ante un problema global y para ello en el siguiente epígrafe expondremos la situación actual en España, siendo necesario una remisión a los distintos ordenamientos jurídicos y analizando el Derecho comparado para exponer las principales sentencias tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y analizar los principales problemas que en ellas se plantean.

II. SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA.

En los últimos años se ha incentivado una especie de turismo reproductivo, debido a las grandes diferencias que existen a la hora de regular la gestación por sustitución y es que el hecho de que en la mayoría de países de nuestro entorno, incluyendo a España, se prohíba la gestación por sustitución, anima a los nacionales de estos países, en los cuales esta figura se encuentra prohibida, a acudir a Estados que la admiten y a contratar los servicios de mujeres nacionales o residentes en estos Estados con el objetivo de que, una vez nacido el niño y declarada la relación de filiación por las autoridades extranjeras, esta pueda ser reconocida en el Estado de la nacionalidad o la residencia de los padres comitentes.

España dispone de regulación sobre esta materia desde hace casi treinta años. Concretamente la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida establecía en su art. 10:

“1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

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

Esta ley se modificó parcialmente por la ley 45/2003, la cual, a su vez, fue derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, (LTRHA), actualmente en vigor. Sin embargo, en ninguna de estas dos intervenciones del legislador sobre la materia, consideró necesario modificar la regulación de la gestación por sustitución establecida en aquella primera ley de 1988.

A pesar de que la gestación por sustitución o maternidad subrogada es una técnica prohibida en España, miles de españoles recurren a ella cada año para ser padres o madres. Para ello, han buscado gestantes en el extranjero que, por lo general, han sido fecundadas con el esperma del varón comitente. En estos momentos, el Derecho español no ofrece una respuesta uniforme con respecto a la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de este modo, siendo este el principal problema que se plantea en la práctica. Existe una diversidad de posiciones entre la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo que generan inseguridad jurídica para las partes afectadas, especialmente para los hijos.

No obstante, en líneas generales, son dos los principales problemas jurídicos relacionados con la maternidad subrogada que se plantean en España. Uno tiene que ver con el hecho de que la maternidad subrogada sea contraria a la ley nacional española y, sin embargo, muchos españoles consigan ser padres recurriendo a ella en otros países donde sí es legal.

“¿Se puede pretender que las leyes aprobadas en España tengan verdadera eficacia y que no solo sean de aplicación para quienes, por carecer de recursos y de temeridad, no pueden sortearlas en el extranjero? “(Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, 2017, p.5).

El otro problema consiste en que independientemente de que, aun siendo una figura prohibida en España, en el caso de conseguir sortear la legalidad vigente existe una nueva vida humana por cuyo interés el Derecho tiene que velar. Un aspecto esencial de ese interés consiste en reconocerle una filiación legal. Y de ahí surge la otra cuestión: “¿Se debe reconocer a los padres comitentes la filiación legal del hijo concebido por encargo, aunque se reconozca la ilegalidad del proceso, o resulta más coherente no reconocerla para desincentivar que sea un medio de conseguir lo que legalmente está prohibido?” Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, 2017, p.6).

Sobre este asunto se han pronunciado las más altas instancias jurisdiccionales, como el Tribunal Supremo de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁶

⁶ Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Recuperado de <https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/05/maternidadCB.pdf>

Por lo tanto, la situación hoy en día es que en virtud de la LTRHA⁷ 14/2006 la gestación subrogada en España es una práctica prohibida (art 10.1), no obstante dicha ley no prohíbe acudir a un país extranjero, donde sí que está permitido e iniciar un proceso de gestación subrogada. Sin embargo, cuando esto ocurre, pueden surgir problemas a la hora de inscribir al menor como hijo de los padres de intención.

Hasta el 2010, los padres comitentes debían luchar por conseguir la paternidad de su hijo, nacido en un país extranjero mediante la gestación por sustitución. Sin embargo, en octubre de 2010, la DGRN⁸ dictó una instrucción, que más tarde comentaré, referente al régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación subrogada.

Esta instrucción permite la adjudicación directa de la filiación, siempre y cuando los padres de intención aporten una resolución judicial dictada por el Tribunal competente del país donde ha nacido el menor. En ella, debe quedar establecida la filiación del nacido en favor de los padres intencionales y no de la gestante subrogada, conocida como madre gestante.

Exceptuando que pueda aplicarse un Convenio Internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según contempla la ley de enjuiciamiento Civil de 1881. Otro aspecto importante dictaminado en la Instrucción es el siguiente:

No se contemplará como apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido una certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de certificación médica del nacimiento en que no conste la identidad de la gestante.

Por lo tanto, una vez está claro que la Ley 14/2006 prohíbe la gestación subrogada en España considerando nulo de pleno derecho cualquier contrato en el que se renuncie, a la maternidad adquirida con el parto, en favor de otra persona, surge un problema de vital importancia y es ¿Qué ocurre con la filiación y los derechos de los niños nacidos mediante esta técnica cuando regresan a España después de dicho proceso de gestación subrogada en el extranjero?

En cuanto a la filiación, el mayor inconveniente puede surgir al traer al niño de vuelta a España, ya que la filiación establecida en el país de nacimiento no tiene por qué ser reconocida en España. De hecho, en la mayoría de ocasiones

⁷ Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

⁸ Dirección General de Registros y del Notariado

no se reconoce. El único caso en que el Estado español adjudica directamente la paternidad a los padres intencionales o comitentes en casos de gestación subrogada llevados a cabo en otro país es cuando un juez establece la filiación por sentencia judicial. Esta resolución judicial debe seguir los requisitos o exigencias establecidas por la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) en la Instrucción al respecto que publicó en 2010.

Actualmente, solo en EEUU y Canadá se realiza un juicio de filiación por el que se obtiene sentencia judicial admitida en España. En Grecia, se hace un juicio para autorizar la transferencia embrionaria a la gestante y ello es aceptado también como sentencia de filiación⁹.

En el caso de otros países como Rusia, Ucrania o Georgia, la filiación se puede establecer allí para los padres de intención, pero en España no se reconoce lo establecido en estos países. Por tanto, la gestante es la madre legal a los ojos de los tribunales españoles y el padre legal será el padre de intención, siempre que sea el padre biológico, es decir, siempre que haya sido él, la persona que haya aportado los espermatozoides.

Para que en estos casos los padres intencionales puedan ser reconocidos como tales, la madre gestante debe renunciar a la maternidad, de tal manera que el padre de intención queda como único padre legal del bebé. Posteriormente, la madre o el padre de intención pueden adoptar al niño por ser hijo de su pareja. Así, quedan ambos como los padres legales.

Es decir, el estado español ofrece dos posibles soluciones en relación a la inscripción de los menores nacidos por subrogación uterina en un país extranjero:

Primero, la filiación por adopción, este tipo de filiación se aplica en aquellas situaciones donde no se dispone de sentencia judicial que determine la filiación del nacido. En estos casos la paternidad se adjudica al padre biológico y, posteriormente, la madre o el padre de intención debe realizar la adopción del hijo de su pareja. En estos casos, si el padre es el padre biológico, existe la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante gestación subrogada por los medios ordinarios regulados en la legislación española, permitiendo la inscripción del menor en el Registro Civil. Con ello se refiere a las acciones

⁹ SALIDO. F.: “Ventajas de la gestación subrogada en Grecia”, 2016. Recuperado de <http://subrogrecia.com/ventajas-de-la-gestacion-subrogada-en-grecia/>

generales de determinación legal de la filiación reguladas en los artículos 764 a 768 de la LEC.

Esta alternativa legal permite que el padre de intención pueda reclamar la paternidad aportando una prueba de ADN que confirme que es el padre biológico. De este modo, el bebé podrá ser registrado como hijo suyo y de la gestante. Posteriormente, con la renuncia de la gestante sobre la potestad del bebé, la pareja del padre biológico podrá adoptar al recién nacido en base a la legislación relativa a la adopción, artículos 176 a 178 de la Ley 21/1987. Y es que en la gestación por sustitución en virtud del art 10.3 de la LTRHA:

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

En segundo lugar, tenemos la ya comentada filiación por sentencia judicial, en estos casos se celebra un juicio de filiación para determinar la paternidad y la maternidad de los padres intencionales. La resolución judicial obtenida, en la que constan los padres de intención, es reconocida directamente en España gracias a la Instrucción que la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) dictó en 2010.

III. DERECHO COMPARADO.

En conclusión, queda claro que en España la gestación subrogada es una técnica ilegal, puesto que se encuentra prohibida, sin embargo, al permitirse su realización en otros países es obvio que hay españoles que acuden a estos países solicitando estos servicios, por lo que en primer lugar analizaremos qué diferencias hay entre unos Estados y otros en cuanto a la legislación donde se permite el uso de estas técnicas. En este punto analizaremos como han abordado esta situación los diferentes países, bien permitiéndolo ya sea en la modalidad altruista o en la modalidad comercial o bien ilegalizándolo. Además, también destacaremos los casos particulares de India y Brasil.

En mi opinión, el hecho de que la gestación subrogada esté prohibida en España, pero que en la práctica se pueda realizar perfectamente en otros países, conlleva a que solo las personas con un elevado poder adquisitivo puedan alcanzar su deseo de tener un hijo gracias a esta práctica. Además, el hecho de que se encuentre prohibida, pero se pueda realizar en otros lugares, provoca una inseguridad debido a la imposibilidad de controlar las situaciones de riesgo o de explotación en los servicios ofertados, lo cual conlleva un incremento del riesgo a que se den situaciones de explotación de mujeres en países de Europa

del este, donde si se permite la gestación por sustitución. No tiene sentido que la propia situación prohibida de la gestación por sustitución sea la creadora de un riesgo para aquello que se pretende defender, que son los derechos de las mujeres y niños involucrados en dicho proceso.

Por ello ante este sin sentido jurídico, este problema actual debería solucionarse bien reforzando las leyes considerándolo ilegal, lo que conlleva el problema de los derechos de los recién nacidos puesto que tendrían unos padres o madres no reconocidos por la ley, o bien crear una legislación adecuada donde se permita la gestación por sustitución, garantizando todos los derechos de las partes implicadas en el proceso, es decir debería de admitirse o prohibirse, con todas las consecuencias y dificultades jurídicas que ello conllevaría, pero no ocultarse.

Ahora explicaremos la situación internacional y mostraremos las tres posturas adoptadas por los diferentes países: la prohibición de la maternidad subrogada, la admisión de la maternidad subrogada en su modalidad altruista y la admisión de la maternidad subrogada en su modalidad comercial¹⁰.

1. Países donde está prohibido.

En cuanto a aquellos países donde la gestación subrogada está prohibida, nos centraremos en Francia, Italia y Alemania.

En el caso de Francia, el Comité Consultivo Nacional de Ética francés en sus opiniones sobre la materia, se ha manifestado en contra de esta práctica. Entienden que la gestación por sustitución es contraria a la dignidad humana por lo que puede causar graves secuelas emocionales en los hijos¹¹, todo ello con el argumento de que puede servir a intereses comerciales llevando a la explotación de las mujeres involucradas.

Además, el Código Civil francés, en su artículo 16.7, de una forma muy parecida al caso de España, establece que “todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo, por razones de orden público”. Los argumentos establecidos para esgrimir tal prohibición son variados, no obstante todos los países que declaran prohibido el recurso a la

¹⁰ LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 118-214

¹¹ AVILA HERNÁNDEZ, C.J.: “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”. *Cadernos de Derecho Actual*, 2017, núm. 6º, pp. 313-344.

técnica de gestación por sustitución, comparten una idea, y es que, tal y como afirma Álvarez de Toledo Quintana, “la posibilidad de convertir el cuerpo de la mujer gestante en una mercancía, origina un problema ético”¹².

Una de las principales diferencias entre Francia y España estriba en que en el país vecino el Código Penal, en su artículo 227.12, establece que “el hecho de intermediar, con fines lucrativos, entre una persona deseosa de adoptar un niño y un padre deseoso de abandonar a su hijo nacido o por nacer será castigado con seis meses de prisión y multa de 15.000 euros”, es decir, castiga con prisión y multa a los que actúen como intermediarios entre gestante y comitente, lo que conlleva la ilegalización en la práctica de las empresas que facilitan el contacto entre padres comitentes y la posible gestante, así como la realización de los contratos entre las partes.

Respecto de Italia, donde también es una práctica prohibida, destaca el Caso Paradiso e Campanelli donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ratificó la decisión de las autoridades italianas al considerar contrario al orden público italiano el contrato de gestación por sustitución que había realizado una pareja italiana. Es en la Ley 40/2004¹³, sobre normas en materia de procreación médica asistida, donde se refleja la prohibición de recurrir a cualquier técnica de gestación por sustitución, ya que el art. 12.6 expresamente establece que “quien, en cualquier forma, produce, organiza o anuncia la venta de gametos o embriones o subrogación de la maternidad, será castigado con prisión de tres meses a dos años y una multa de entre 600.000 y un millón de euros”¹⁴. En este caso de la misma forma que ocurre en el resto de países, se establece la prohibición de la gestación por sustitución para proteger lo que describe VELA SÁNCHEZ como “la dignidad de la persona y la no patrimonialidad del cuerpo humano”¹⁵.

Por último, en Alemania, la ley de adopción prohíbe y castiga la gestación por sustitución, en general, pero es la ley de protección del embrión, número

¹²ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”. *Cuaderno de Derecho Transnacional*, Vol. 6, 2014, núm. 2º, pp 5-49.

¹³ Ley italiana nº40 que entró en vigor el 19 de febrero de 2004 sobre normas en materia de procreación médica asistida.

¹⁴ GERMÁN ZURRIARÁIN, R.: “Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado”. *vLex, Cuadernos de Bioética*, 2011, núm. 75º, pp. 201-214.

¹⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”. *Diario La Ley*, 2011, núm. 7608º, p.3.

745/90¹⁶, de 13 de diciembre de 1990, donde en su artículo 1º “Utilización abusiva de las técnicas de reproducción” detalla las conductas merecedoras de sanción. Todos estos países sostienen el argumento de que podría haber presiones para que las mujeres se convirtieran en gestantes a cambio de dinero, y lo consideran una explotación.

2. Países donde está permitida la modalidad altruista.

Por lo que se refiere a la admisión de la maternidad subrogada en su modalidad altruista destacaremos fundamentalmente los casos de Canadá, Reino Unido, Grecia, Portugal y Tailandia. No obstante, todos ellos presentan particularidades en comparación con el resto.

En Canadá la gestación subrogada está permitida a través de la Ley canadiense de reproducción humana asistida, ley conocida como Assisted Human Reproduction Act, de 2004. No obstante, existe una zona de Canadá donde no se encuentra permitida, el único lugar de Canadá en el que está prohibido realizar este método reproductivo es la provincia de Quebec, donde la ley considera nulo el contrato de gestación por sustitución. Además, está permitida siempre y cuando tenga una finalidad altruista. Esto significa que la gestante subrogada no puede recibir una compensación económica por el hecho de gestar, aunque los futuros padres de intención si han de pagar todos los gastos que puedan derivarse del embarazo, no considerándose estos gastos como una retribución. Por otra parte, la legislación canadiense permite la realización de la gestación subrogada tanto a ciudadanos canadienses como a extranjeros y admite su aplicación a todos los modelos de familia, es decir, a parejas heterosexuales y homosexuales, así como a hombres y mujeres que deciden ser padres y madres en solitario. Además, al igual que en Estados Unidos, se obtiene una sentencia judicial que determina la filiación en favor de los padres de intención. Esto permite el acceso directo al registro civil español. Por ello Canadá se ha convertido en uno de los principales destinos para aquellos que desean tener un hijo, ya que con el nacimiento del niño, se dota a los padres comitentes de una sentencia judicial donde se establece que ellos son los padres del menor, evitando así cualquier tipo de problema que pudiese surgir a la hora de inscribir en el registro civil español¹⁷.

¹⁶ Ley alemana para la Protección de los embriones o Embryonenschutzgesetz 745/90, de 13 de diciembre de 1990, donde prohíbe la práctica de la maternidad subrogada.

¹⁷ RODRIGO, A.: “Gestación subrogada en Canadá: legislación y precio”, 2017. Recuperado de <https://www.babygest.es/canada/>.

Por otra parte, tal y como observa QUIÑONES ESCAMEZ “El Reino Unido ha venido manteniendo una actitud prohibitiva con respecto a la práctica comercial de la maternidad subrogada, prohibiendo el contrato y penalizando la actividad comercial, es decir, a los intermediarios y la publicidad. Pero admite la maternidad subrogada justificada por motivos médicos, y que no implica la ejecución de un contrato. En cuanto a la filiación se determina con respecto a la madre que da a luz, que sólo se transfiere pasado un periodo de reflexión a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales. La maternidad subrogada ha de serlo a título gratuito. Si bien, admite el pago a la gestante de los gastos razonables que se deriven de la misma”¹⁸. Por lo tanto, en Reino Unido, del mismo modo que ocurre con Canadá, únicamente se permite la modalidad altruista, además esta práctica está permitida para extranjeros y para cualquier modelo de familia. No obstante, existe particularidad que no se encuentra presente en el resto de ordenamientos jurídicos, y es que la madre gestante tiene derecho a decidir tras el parto quedarse con el niño si así lo desea. Solamente puede transferir la maternidad después de dar a luz, disponiendo de nueve meses para hacerlo. Y en caso de no hacerlo, es la gestante la que se hace cargo del bebé. Moralmente este modelo reserva el derecho a decidir a la mujer que lleva adelante el embarazo. En la práctica, a pesar de que se permite la gestación subrogada en su modalidad altruista, ni los extranjeros ni los propios residentes de Reino Unido, deciden llevar a cabo esta práctica en este país, debido a que nadie está dispuesto a arriesgarse doce meses hasta que nace el bebé, para luego ver que existe la posibilidad de que la gestante pueda quedarse con el niño, disponiendo esta de un periodo de nueve meses adicionales para decidirlo.

Portugal, es uno de los pocos países europeos que se muestra favorable a la gestación subrogada. El 22 de agosto de 2016 se publica la Ley 25/2016 en la que se establecen las condiciones para aplicar la gestación por sustitución, no permitida hasta entonces. Tras un año en periodo de regulación, el Decreto Reglamentario que permitió su aplicación entró finalmente en vigor el 1 de agosto de 2017¹⁹. La principal particularidad que presenta Portugal es que los hombres solteros y las parejas homosexuales masculinas no tienen derecho al tratamiento. En cuanto a las mujeres solteras, deberían poder pedirlo según el artículo 6 de la Ley 32/2006. Sin embargo, la ley de gestación subrogada y su

¹⁸ QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero de maternidad subrogada”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2009, núm 3º, pp 32-33.

¹⁹ GUTTON, I.: “Gestación subrogada en Portugal: ley y condiciones para extranjeros”, 2017. Recuperado de <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-portugal/>.

decreto reglamentario mencionan sistemáticamente “la pareja” y no dejan la posibilidad para una mujer sola de recurrir a la gestación subrogada.

No obstante, hay que decir que el Tribunal Constitucional de Portugal ha anulado varios puntos de la Ley de Gestación Subrogada. En primer lugar, la resolución del TC afirma que la gestación por subrogación, “por sí misma, no viola la dignidad de la gestante ni del niño nacido como consecuencia de tal procedimiento ni tampoco el deber del Estado de protección de la infancia”. Sin embargo, considera que algunos aspectos particulares de la legislación lesionan “principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución”. En segundo lugar, uno de los aspectos considerado como inconstitucional es que la gestante no pueda revocar el consentimiento prestado en el contrato hasta la entrega del niño. Para la mayoría de los magistrados, esta restricción constituye una “violación del derecho al desarrollo de la personalidad, interpretado de acuerdo con el principio de la dignidad de la persona humana, y del derecho de constituir una familia”. Los magistrados también hacen referencia a la “inseguridad jurídica” para el estatuto de las personas generada por el hecho de que exista la posibilidad de anular el contrato con carácter posterior al nacimiento del bebé²⁰.

Tras la resolución del Tribunal Constitucional, la ley portuguesa se mantiene en vigor, pero la eliminación de los puntos declarados inconstitucionales impide su aplicación en la práctica, por lo tanto, la ley de gestación subrogada tendrá que volver al Parlamento para que se modifiquen los puntos que han sido declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

En Grecia, es necesario la aprobación previa por parte de un organismo para autorizar la transferencia embrionaria a la gestante y ello es aceptado también como sentencia de filiación. Autores como ELEONORA LAMM contemplan la regulación establecida como un “proceso de pre-aprobación de los acuerdos de gestación por sustitución²¹” donde se necesita la aprobación de dicho organismo para iniciar el proceso de gestación por sustitución. La particularidad que presenta Grecia y que comparte con Portugal es que la gestación subrogada en Grecia está permitida tanto para parejas heterosexuales como para mujeres solteras que no puedan tener hijos de otra manera. No obstante, la ley griega no permite la gestación subrogada a pareja homosexuales. Además, la ley griega permite la gestación subrogada para los

²⁰ EUROPA PRESS.: “El Tribunal Constitucional de Portugal anula varios puntos de la Ley de Gestación Subrogada”, 2018. Recuperado de <http://www.europapress.es/sociedad/noticia-tribunal-constitucional-portugal-anula-varios-puntos-ley-gestacion-subrogada-20180425182014.html>

²¹ LAMM, E.: *Gestación por sustitución*, cit., p. 13.

ciudadanos griegos desde hace años y ahora también para ciudadanos extranjeros desde que en julio de 2014 ampliaron la legislación.

Por último, en Tailandia la gestación subrogada también es legal en su modalidad altruista pero exclusivamente para nacionales tailandeses, no para extranjeros, por una normativa del año 2015, aprobada tras un acontecimiento polémico en 2014 donde una pareja australiana rechazó el bebé nacido por gestación subrogada, debido a que el nacido padecía síndrome de Down, y por ello los padres contratantes australianos no quisieron hacerse cargo del pequeño²².

3. Países donde si está permitido en su modalidad comercial.

Los principales países donde se permite esta técnica a cambio de una contraprestación económica son Rusia, Ucrania, Estados Unidos e India.

En el caso de Rusia, tal y como afirma ÁVILA HERNÁNDEZ, "la regulación de la maternidad subrogada en Rusia se hace por medio del Código de Familia de la Federación de Rusia de 1995, la Ley Federal sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia, la Ley Federal sobre actos de Registro del estado civil de 1997 y la Orden nº 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina de 2003. Los pagos no se regulan, y de ello se deriva la consideración de que la gestación por sustitución comercial es admitida. A pesar de ello, las remuneraciones suelen hacerse de forma oculta, pues no está claro que opinarían los tribunales en caso de conflicto, y en tanto suponen un ingreso para la gestante, ingreso que se debería sujetar a impuesto"²³. Esta ley permite a padres de intención extranjeros acceder a un proceso de gestación subrogada siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: Únicamente pueden acceder a este proceso parejas heterosexuales y mujeres solteras. La ley rusa indica expresamente la prohibición de acceso a la gestación subrogada a las parejas del mismo sexo. Por otra parte, solo se permite la gestación subrogada gestacional, es decir, aquella en la que la gestante no aporta sus óvulos. Los óvulos y espermatozoides deben proceder de la pareja o, en su defecto, de un donante. En cuanto a las madres solteras, es necesario que aporten su dotación

²² WHITEMAN, H.: "Una pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada", 2014. Recuperado de <http://cnnespanol.cnn.com/2014/08/04/una-pareja-australiana-abandona-bebe-con-sindrome-de-down-de-madre-subrogada/>.

²³ ÁVILA HERNÁNDEZ, C.J.: "La maternidad". cit., pp. 313-344.

genética, es decir, no se permiten los óvulos de una donante²⁴. En la actualidad existe en un proyecto de ley en el parlamento ruso que propone prohibir la gestación subrogada, los que defienden este proyecto de ley alegan que no está bien regulada y que no protege a las partes implicadas, ya que estas realizan un negocio, donde firman unos contratos civiles con unas obligaciones, pero la ley no garantiza que luego se cumplan los requisitos, lo cual puede llevar a conflictos. El senador ruso Antón Beliakov, argumenta que "por ejemplo, a veces el que encarga no queda satisfecho con el resultado... Normalmente no se establece claramente qué pasa si el niño no llega a nacer, si nace con patologías... si nacen gemelos" además, señala que "la transferencia de un niño de la madre de alquiler a los padres biológicos no requiere de un procedimiento formal de adopción, sino que basta con el simple consentimiento de la madre gestante, lo que puede llevar a situaciones en las que estas madres chantajeen a los padres biológicos"²⁵.

En Ucrania, su Código Civil, permite la maternidad subrogada comercial, y establece el principio de libertad contractual como base de la legislación civil. No obstante de la misma forma que ocurre con Rusia, el proceso de gestación subrogada no está amparada por la ley española ya que en Ucrania al nacer el bebé, el organismo correspondiente en estos países, expide un certificado a nombre de los dos padres de intención²⁶. A pesar de ello, como en España se considera que la madre es la mujer que ha dado a luz al bebé, el contrato de gestación subrogada en Ucrania es considerado nulo en España, lo que implica que la filiación a favor de los padres de intención, a diferencia de aquellos países que emiten sentencia judicial como Canadá y EEUU, es establecida a través de la adopción tal y como establece el art 10.3 del CC. Esto se debe a que en España, si atendemos a la directriz segunda de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, vemos como afirma que: "En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante".

Por último y quizá el caso más interesante es el de Estados Unidos y es que la ley que regula el embarazo subrogado en Estados Unidos no es general, sino

²⁴ SALVADOR, Z.: "Gestación subrogada en Rusia: legislación, precio y filiación", 2017. Recuperado de <https://www.babygest.es/rusia/>.

²⁵ HEBRERO, V.: "Proponen prohibir en Rusia los "vientres de alquiler" hasta regularlos mejor", 2017. Recuperado de <https://www.efe.com/efe/espana/sociedad/proponen-prohibir-en-rusia-los-vientres-de-alquiler-hasta-regularlos-mejor/10004-3221136>

²⁶ SOUSA, H.: "Gestación Subrogada en Ucrania", 2016. Recuperado de <http://lifebridgeagency.es/blog/gestacion-subrogada-en-ucrania/>

que cada Estado marca sus propias restricciones y condiciones, ya que Estados Unidos es un estado federal. Existen territorios que prohíben rotundamente esta práctica y otros que la permiten abiertamente. Sin embargo, la gran mayoría de estados, aunque no tienen normativa expresa, se muestran favorables a su aplicación. A modo de ejemplo Nueva York, Utah o Michigan tienen prohibida esta modalidad de gestación. Por otro lado, Washington, Luisiana o Florida tienen permitida la modalidad altruista. En último lugar, California, Maryland, Illinois o Arkansas la permiten ampliamente.

No obstante, el que más impacto tiene de entre todos los presentes, es California, sin ninguna duda, ya que gracias a la jurisprudencia que se ha ido consolidando durante décadas, a día de hoy California es uno de los Estados más permisivos en cuanto a la gestación subrogada. Llevar a cabo este proceso reproductivo en dicho destino presenta los siguientes beneficios para los padres de intención: Se permite el acceso a todos los modelos de familia, independientemente de su estado civil, orientación sexual o procedencia. Por ello, es el destino estrella para los hombres solteros y las parejas homosexuales. La filiación se establece por una sentencia judicial denominada *prebirth order*, que asigna la paternidad a los padres intencionales antes del nacimiento, garantizando que serán los padres legales del bebé tras el parto y que la gestante y su marido no tienen ningún derecho ni obligación sobre él. Por otro lado, el Estado español reconoce la filiación establecida por los jueces estadounidenses. Por lo tanto, los padres españoles podrán registrar al bebé como hijo suyo en el Consulado español en California presentando la sentencia judicial y el certificado de nacimiento²⁷.

4. El peculiar caso de Brasil.

En Brasil, la gratuidad supone un presupuesto de legalidad, pues se prohíbe expresamente el carácter lucrativo. Pese a no existir una ley específica, el Consejo Federal de Medicina ha regulado la materia en base a resoluciones. Aquí sí se permite que puede ser comitente cualquier persona, con independencia de su estado civil u orientación sexual. Por lo tanto, en Brasil está permitida la gestación subrogada pero solo en su modalidad altruista, excluyéndose así la posibilidad de que exista una retribución. No obstante, para asegurarse que está práctica de verdad presenta un carácter plenamente altruista, y con el fin de eliminar cualquier duda sobre su gratuidad, ya que

²⁷ GUTTON, I.: “Gestación subrogada en Estados Unidos”, 2017. Recuperado de <https://surrofair.com/es/gestacion-subrogada-estados-unidos/>.

podrían establecerse retribuciones encubiertas, se establece como requisito indispensable que la gestante pertenezca a la familia de uno de los comitentes, en relación de parentesco hasta el cuarto grado, con el límite de los 50 años de edad.

5. El caso de la India.

Otro caso que merece una mención propia y apartada de la clasificación establecida en los anteriores subapartados es la India, país en el que hasta el año 2015 estaba permitida la gestación por sustitución siempre que los extranjeros presentasen una carta de su embajada que reconociese que la subrogación se reconocía también en su país de origen. Esta es la razón por la que no era un destino apto para españoles.

La ley india solo permitía acceder a la gestación por sustitución a los nacionales y, en cuanto a los extranjeros, solamente a aquellas parejas heterosexuales casadas en cuyo país sea legal dicha técnica reproductiva. No obstante, con el objeto de frenar el turismo reproductivo, la India obliga a las parejas heterosexuales extranjeras a que soliciten un visado médico especial que solamente se concede a dichas parejas que lleven dos años casadas. Además, se deben aportar una serie de documentos, como son: una declaración jurada por parte de los padres solicitantes que van a cuidar a los hijos nacidos por medio de la gestación por sustitución, el contrato legal entre los padres y la madre gestante, una prueba de que el proceso se ha llevado a cabo en una clínica registrada y reconocida, y la carta de la clínica en la que se confirme que la gestante ha sido pagada conforme a lo pactado en el contrato.

Sin embargo, en octubre del año 2015, el Gobierno Indio presentó un proyecto de ley que todavía no ha sido aprobado, por el que se intenta poner freno a la llegada masiva de extranjeros que pretenden engendrar un hijo por medio de la gestación por sustitución. Si el proyecto de ley sale adelante, solamente podrán acudir a la gestación por sustitución las personas que reúnan estos requisitos: ser de origen indio, extranjero residente en la India o extranjero casado con ciudadano indio/a, ser un matrimonio heterosexual con acreditados problemas de fertilidad, llevar al menos cinco años casados y por último y el más importante, la gestación por sustitución debe ser altruista y la gestante debe ser un familiar cercano.

Hasta que este proyecto sea aprobado, la mujer india precisa del consentimiento expreso de su marido para ser madre subrogada. Además, ha

de tener menos de treinta y cinco años de edad y debe tener al menos un hijo. Salvo situaciones concretas, y siempre que haya firmado un contrato con la clínica y los padres intencionales, pierde el derecho a interrumpir por su propia voluntad el embarazo. A esto se añade la prohibición de relación alguna entre los padres comitentes y la gestante con objeto de evitar cualquier aspecto emocional entre ellos, así como la nula aportación genética de la madre gestante al menor gestado.

La madre gestante, por otro lado, recibe una compensación económica por los servicios prestados muy alta en relación al nivel de pobreza que impera en la India, por lo que con este dinero consiguen en muchos casos mantener a toda la familia. Se discute pues, en estos casos, el carácter altruista de la técnica, puesto que a pesar de no recibir una retribución expresa, sí que se recibe dinero en relación a los gastos y molestias relacionadas con el proceso de gestación, provocando que muchas de las gestantes que se ofrecen a gestar a uno de estos niños, se ofrezcan debido a la compensación económica que reciben en vez del altruismo requerido en la ley.

IV. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Centrándonos ahora en la legislación actual, hay que decir que el art. 10.1²⁸ de la Ley 14/2006 establece la nulidad de los contratos de gestación subrogada. Independientemente de cual sea la técnica utilizada, es decir, será nulo el contrato que se celebra cuando la mujer de una pareja es estéril, por lo que se acuerda inseminar artificialmente a otra mujer o fecundar in vitro un óvulo de ésta con gametos del varón, para, posteriormente, implantar en su útero el embrión resultante.

En estos casos, el art 10.2 CC²⁹ establece que la mujer que acepta asumir el proceso de gestación será siempre la madre biológica, “en base al antiguo axioma romano *mater semper certa est*³⁰” y el hijo se inscribirá en el Registro Civil como suyo. Además dada su ilicitud, la mujer gestante no asumiría ninguna obligación de entregar al nacido tras el parto, ni de indemnizar a la otra parte

²⁸ Artículo 10.1 Ley 14/2006: “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”.

²⁹ Artículo 10.2 Ley 14/2006: “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

³⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La gestación” cit., p 3.

en caso de incumplimiento, aunque se le hubieran entregado determinadas cantidades por razón de la gestación arts. 1305³¹ CC.

Es más, según la doctrina, “aunque no se estableciese expresamente la nulidad por el art. 10 LTRHA, el contrato de gestación por sustitución sería nulo de acuerdo con las normas civiles de nuestro Derecho, en primer lugar, por inexistencia o ilicitud de la causa, siendo «ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral», art. 1275 CC. También por razón del objeto, pues no sólo la capacidad de gestar es indisponible, intransferible y personalísima, constituyendo una res *extra commercium*, art. 1271 CC, sino también el cuerpo humano en sí, por lo que sería un contrato nulo por contradecir las buenas costumbres, la moral y el orden público art. 1255 CC³².

Por tanto, en palabras de DE VERDA Y BEAMONTE “el contrato de gestación por sustitución se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de madre y de hijo”³³.

Por tanto, queda clara la imposibilidad de inscribir en el Registro Civil, a favor de los padres comitentes, la filiación de un niño nacido a través de un contrato de gestación por sustitución celebrado en España. Pero, ¿qué pasaría si un español recurre a la maternidad subrogada en un país en que sí se permita aquella inscripción? ¿Podrá el nacido acceder a los Registros españoles?

Según, el art. 10.3 de la Ley 14/2006, el cual establece que “queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Por lo tanto, en caso de que el padre comitente hubiera aportado el mismo, su material genético, podría interponer la acción de reclamación de paternidad y posteriormente, el hijo podría ser

³¹ Artículo 1305 CC: “Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta”.

³² DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, 2010, núm. 7501º, pp. 3-4.

³³ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*. Tirant lo Blanc, Valencia, 2016, p.299.

adoptado por la pareja de aquél, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el art. 176 CC. No obstante, también podrá determinarse la filiación virtud de sentencia judicial si el proceso se realiza en uno de los países donde son emitidas como EEUU o Canadá. A continuación, analizaremos dichas posibilidades a través del caso judicial más emblemático de nuestro país en lo que se refiere a esta materia.

1. Posición del Tribunal Supremo.

Ocurrió en 2008, en el Registro Civil Consular de España en Los Ángeles, California, (Estados Unidos), un matrimonio homosexual español solicitó la inscripción del acta de nacimiento extranjero, donde constaba que ambos eran padres de dos mellizos nacidos por medio de la gestación subrogada, en dicho certificado de nacimiento solamente constaba que ambos eran padres, pero de la lógica se deducía que habían empleado la gestación subrogada puesto que no figuraba quien era la madre. El encargado del Registro, denegó la inscripción invocando la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación, y considerando madre legal a la gestante, indicando además, la imposibilidad de que los dos varones fueran los padres de los niños, pues la procreación requiere de una mujer. Es precisamente el dato de la homosexualidad de los comitentes, el que advierte a la autoridad registral de la existencia de la realidad que estudiamos, y que, en casos anteriores, al tratarse de parejas heterosexuales, no se había advertido, ya que en el caso de parejas heterosexuales inscribían en el registro consular sin mencionar la procedencia de los nacidos y haciéndolos pasar como nacidos por filiación natural. Tras la negativa, el matrimonio recurrió ante la Dirección General de los Registros y del Notariado que falló en favor de los padres comitentes, mediante resolución de 18 de febrero de 2009, ordenando la inscripción de los menores en el Registro Civil español. Para ello la DGRN esgrimió una serie de argumentos, concretamente estableció que³⁴: la filiación no era lo que se cuestionaba, sino el acceso registral de una filiación ya determinada. Es decir, la filiación de los niños ya había sido determinada en otro país, por lo que la LTRHA era inaplicable. Lo que se trataba de resolver no era la filiación, sino el acceso al Registro Civil español de una filiación ya determinada.

Para la DGRN no se trataba de una cuestión de derecho aplicable, puesto que ya había sido aplicado el Derecho Californiano, sino de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España. En este caso la DGRN creía conveniente aplicar el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, el cual implicaba un

³⁴ Resolución Dirección General de los Registros y Notariados, de 18 de febrero de 2009.

control de la legalidad, que no abarcaba el examen de si la solución jurídica era igual a la que habría dado una autoridad española en aplicación de la ley española, sino que solamente suponía una comprobación de que se tratara de un documento público autorizado por autoridad extranjera, y que el mismo hubiese sido emitido por autoridad registral que desempeñara funciones equivalentes a las respectivas españolas.

Además otro argumento aportado por la DGRN era que la inscripción no supondría ninguna violación del orden público, ya que de la misma forma que se permitía la inscripción de la filiación en favor de dos mujeres, art. 7.3 LTRHA³⁵, el hecho de no permitir la inscripción en el Registro Civil español en favor de dos hombres sería contrario al principio constitucional que enuncia la no discriminación por razón de sexo. Por otra parte el hecho de que se permitiera la inscripción en favor de dos varones no vulneraría «la estructura básica de la sociedad española»³⁶, ya que se permite la filiación por parte de dos varones en caso de adopción.

En cuanto al interés superior de los niños. La DGRN abogaba por la necesidad de establecer la filiación, ya que la falta de filiación, supondría que esos niños no tendrían derecho al acceso a la seguridad social, a la educación... Por lo que establecía que, era precisamente la propia inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil español la mejor forma de protección de los niños.

Por otra parte, otro argumento que fue aportado por la DGRN y que defiende ÁVILA HERNÁNDEZ es que no existía fraude de ley. Ya que según ÁVILA HERNÁNDEZ “No debemos hablar de fraude ley pues, no se ha tratado de eludir ninguna norma imperativa española al no intentar los interesados, alterar el punto de conexión de la norma de conflicto española, podían haber alterado la nacionalidad de los nacidos para aplicar la ley de California. Tampoco ha habido elección del foro más favorable, pues no se ha dejado la cuestión de la filiación de los niños en manos de las autoridades californianas para eludir la ley española”³⁷.

No obstante la resolución de la DGRN, donde autorizaba la inscripción de los hijos de esta pareja homosexual fue impugnada por el Ministerio Fiscal, y la

³⁵ Artículo 7.3 LTRHA: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

³⁶ LAMM, E.: *Gestación por sustitución*, cit., p. 81.

³⁷ ÁVILA HERNÁNDEZ, C.J.: “La maternidad”. cit., p 322.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010³⁸, le dio la razón, ordenando dejar sin efecto la inscripción, en base a la siguiente argumentación:

Declaró que el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, era tan sólo una norma que desarrolla otra de rango superior, concretamente dicho artículo 81 del RRC desarrollaba el artículo 23 de la Ley del Registro Civil que establecía que: “También podrán practicarse las inscripciones, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”. Este artículo muestra la necesidad de un control material, además de formal, siendo necesario un control de la realidad del hecho que se ha inscrito en el Registro extranjero.

En este caso se pretende obtener la inscripción en favor de dos varones, no obstante, si atendemos al artículo 23 de la LRC (1957), y realizamos un control de la realidad del hecho, queda claro que, resulta imposible biológicamente que dos varones puedan concebir un hijo, surgiendo entonces la duda sobre la realidad del hecho inscrito. Del mismo modo, advierte la sentencia, que lo que se exige al encargado del Registro es, que compruebe si la inscripción que se pretende es conforme a la ley española, es decir, si el hecho sería legal de haber ocurrido en España.

Por otro lado, se argumentaba que el no a la inscripción no resultaba discriminatorio. Ya que dicha negativa a la inscripción no se basaba en un trato discriminatorio, sobre la base de que “la no procedencia de la inscripción no nace de que los solicitantes sean varones, sino de que los bebés nacidos son consecuencia de un contrato de gestación por sustitución”³⁹, contrato nulo de pleno derecho. Igualmente, la sentencia hace referencia al interés superior de los menores, y muestra como este interés superior puede ser protegido por medio de la adopción. Es decir, el interés superior de los niños aconsejaba la inscripción de la doble paternidad, y para ello se establece que el ordenamiento tiene medios suficientes para conseguirlo, a través de la vía de la adopción.

Por último la sentencia del Juzgado de Primera muestra como “la consecución del interés superior de los niños no legitima actuaciones contrarias al propio

³⁸ JPI 15 Sep. 2010, proc. 188/2010

³⁹ HEREDIA CERVANTES, I.: “La inscripción de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley del Registro Civil de 2011”. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2012, núm.12. p 410.

ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el Derecho español ofrece”⁴⁰.

La demanda, interpuesta, por el Ministerio Fiscal fue estimada en primera instancia, provocando la cancelación y dejando sin efecto la inscripción del nacimiento de los menores. Los comitentes, interesados en mantener su inscripción como padres, formularon recurso de apelación, y tras ser desestimado por la Audiencia Provincial de Valencia, interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual falló de la misma forma con la sentencia de 6 de febrero de 2014⁴¹, aunque se formularon votos particulares, argumentando que:

Primero, no se puede reconocer una decisión extranjera en España, siendo contraria a lo establecido en el artículo 12.3 CC, el cual invoca que “en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”. Por lo tanto, la primera argumentación del Tribunal Supremo consiste en negar la validez en España de la decisión del Tribunal de California, porque esta “es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”. Y añade que tal inscripción iba contra el orden público pues en “nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ‘ciudadanía censitaria’ en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno filiales vedadas a la mayoría de la población”⁴².

Segundo, la sentencia establece que no se vulnera el interés superior del menor, ya que entiende que se trata de un concepto indeterminado, no absoluto, y señala que “la aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y

⁴⁰ JPI 15 Sep. 2010, proc. 188/2010.

⁴¹ STS 6 de febrero de 2014 (Tol 4100882)

⁴² F.J. 3º STS 6 de febrero de 2014 (Tol 4100882).

colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma”⁴³, puesto que otra cosa llevaría a la alteración del sistema de fuentes.

Por último, hay que tener en cuenta que en virtud del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor tiene “una consideración primordial”, a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños”, ello no significa que no haya que realizar una ponderación con otros bienes jurídicos, como “el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”, afirmando que “la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil”⁴⁴.

Sin embargo, el voto particular, redactado por el magistrado Seijas Quintana y al que se adhirieron los magistrados Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol, argumenta que: primero, “la técnica jurídica aplicable no es la del conflicto de leyes, sino la de reconocimiento de una decisión de una autoridad, es decir, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California, como admite la sentencia. En lo que aquí interesa supone, aunque parezca obvio, que existe una previa decisión de este ordenamiento sobre filiación de dos niños nacidos tras una gestación por sustitución por lo que el acceso de esta decisión extranjera al Registro Civil español no debería plantear problemas sobre la ley aplicable, sino con relación al hecho del reconocimiento en España de un documento auténtico de autoridad administrativa, en la forma que hiciera la DGRN en la resolución que ha sido impugnada, conforme al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. Esta solución estaría, además, amparada en el principio de igualdad e interés de los menores que de hecho están siendo inscritos en los registros civiles a partir de la inscripción aquí cuestionada”⁴⁵.

Además, en el voto particular se discrepa abiertamente de lo que sostiene la mayoría sobre la vulneración del orden público, porque, lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa. Y establece que “la denegación de este reconocimiento solo podría producirse cuando se

⁴³ F.J. 5º, ap 3 STS 6 de febrero de 2014 (Tol 4100882).

⁴⁴ F.J. 5º, ap 7. STS 6 de febrero de 2014 (Tol 4100882).

⁴⁵ Voto Particular. STS 6 de febrero de 2014 (Tol 4100882).

contraría el orden público entendido desde el interés superior del menor. El orden público en esta materia no debe valorarse desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna, sino desde la consideración que merezca la tutela del interés del menor (como ocurre en materia de adopciones internacionales), cuya normativa reguladora tiene también características de orden público y debe ser observada necesariamente por los jueces”⁴⁶.

Por último, establece que “el orden público internacional, como motivo de rechazo del reconocimiento en España de la resolución extranjera que establece una filiación en casos de gestación por sustitución, se tiene en cuenta para algunos y se niega a otros, convirtiendo lo que es nulo por ley en una mera cuestión de cumplimiento de diversas formalidades que no existían en el momento de la inscripción que ahora se cuestiona, puesto que en la práctica ha servido y está sirviendo, de forma directa, para dar entrada a numerosas inscripciones de nacimiento y filiación de niños nacidos en el extranjero mediante esta técnica”⁴⁷.

Esto argumento se debe a que hoy en día basta con que una pareja aporte una resolución judicial dictada por el tribunal competente donde se determine la filiación del nacido para poder inscribirlo en el Registro Civil español, sin embargo, esta pareja no tuvo esa oportunidad ya que los hechos ocurrieron en 2008 y ellos solo disponían de una certificación registral donde se acreditaba que ellos eran los padres del nacido, por ello países como por ejemplo Estados Unidos, en 2013 terminaron de blindar la figura de la gestación subrogada aportando además de una certificación registral, una sentencia judicial con la finalidad de evitar que los padres comitentes en sus países de origen no pudieran inscribir a los nacidos.

2. Instrucción de la DGRN de 5 de Octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

No obstante, esta situación provocó que aparecieran nuevos casos como el de esta pareja, solicitando la inscripción de nacimientos en los registros consulares, por ello, la DGRN decidió adoptar una solución y establecer una serie de criterios para poder inscribir en el Registro Civil español, a los nacidos en el extranjero a través de esta técnica, evitando así futuros problemas con respecto al acceso al registro de los nacidos en países en los que los que los contratos de gestación por sustitución son válidos. Por ello dicto la Instrucción

⁴⁶ F.J. 5º, ap 3 STS 6 de febrero de 2014 (Tol 4100882).

⁴⁷ F.J. 5º, ap 3 STS 6 de febrero de 2014 (Tol 4100882).

de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. La instrucción tenía como objetivos garantizar la protección del menor y en especial la protección de la gestante. Por ello, con esta instrucción, se establece como requisito previo a la inscripción, “la presentación ante el encargo del Registro Civil de una resolución judicial dictada por el tribunal competente del país de origen que establezca la filiación del menor”⁴⁸. De este modo se abandona la posición que mantenía la DGRN según el cual para la inscripción de la filiación, bastaba la mera presentación de la certificación extranjera, siendo ahora necesario una resolución judicial.

Se exige una resolución judicial por los siguientes motivos: controlar que se cumple el contenido del contrato conforme al marco legal del país, constatar que la gestante ha renunciado a la maternidad de forma libre y que tiene capacidad jurídica y de obrar, garantizar los derechos de la gestante y del menor y por último verificar que no se ha simulado un contrato de gestación por sustitución para encubrir el tráfico internacional de menores.

Hay que decir que el hecho de que se permita la filiación en favor de parejas homosexuales en virtud de lo establecido en la instrucción de 2010, es decir, gracias a una resolución judicial dictada en el país de nacimiento de los niños, donde se acredita la filiación en favor de los padres comitentes provoca situaciones curiosas, ya que a pesar de que la gestación subrogada es una técnica prohibida en el Derecho Español puede provocar consecuencias jurídicas como por ejemplo el derecho a recibir una prestación por maternidad. Y es que tal y como establece el Tribunal Superior de Justicia de Madrid “si en la adopción son sujetos directos del derecho a la prestación de maternidad los progenitores, cualquiera que sea su sexo, sin mayor vinculación que la relación jurídica que ha generado esa filiación por adopción o acogimiento, con igual o mayor razón sería extensible ese derecho a quienes, como los padres comitentes, ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título al que el ordenamiento español, por medio de lo que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha interpretado y resuelto a raíz de la instrucción de 5 de octubre de 2010, le ha otorgado, reconociéndole la eficacia suficiente para generar el vínculo necesario para ser sujeto de las prestaciones que ahora se reclaman”.

⁴⁸ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Recuperado de <http://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>

En definitiva, el TSJM asegura que “hay una laguna legal y que las parejas homosexuales tienen derecho a la prestación por maternidad, ya que oficialmente constan en un registro como padres de esos niños y considera difícilmente asumible que se denieguen dichas prestaciones cuando serían reconocidas si estos se hubiesen limitado a adoptar o a acoger a un menor”⁴⁹.

La doctrina que ha estudiado la Instrucción, se posiciona como contraria a ella por favorecer el fraude de ley, dando cobertura a un turismo reproductivo que trata de evitar la LTRHA. Además de la discriminación que supone entre los españoles que tienen la posibilidad para acceder a un contrato de maternidad subrogada en otro país, respecto de aquellos que no disponen de los recursos necesarios para acceder a este tipo de técnicas.

Hay que decir, que a pesar de la negativa del Tribunal Supremo, los padres comitentes no se rindieron e interpusieron recurso de nulidad de actuaciones contra la STS de 6 de febrero de 2014, alegaban en concreto la violación de tres derechos fundamentales: en primer lugar, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, al considerar que el TS habría resuelto el recurso a partir de una serie de hechos y circunstancias cuya existencia no está probada, y habría desviado el debate desde una cuestión registral civil a otra distinta, sobre las consecuencias de la ilicitud en España de la gestación por sustitución. En segundo lugar, se alegaba la vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación, tanto de los menores, en cuanto a la no discriminación por razón de nacimiento, como de los padres, en cuanto a la no discriminación por razón de su orientación sexual. Por último, los recurrentes justificaban el recurso en la supuesta vulneración del derecho a la intimidad familiar, en cuanto al derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida. Los argumentos empleados por los recurrentes fueron rechazados uno a uno por el TS.

3. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sin embargo, durante la resolución del recurso, en concreto el 26 de junio de 2014, el TEDH dictó dos sentencias, sentencias *Mennesson* contra Francia y *Labassee* contra Francia en las que se condenó a Francia por la denegación de la inscripción en el Registro Civil de ambas certificaciones registrales estadounidenses, con la alegación de que dicha inscripción suponía vulneración del orden público francés. Ante la similitud de los hechos planteados en ambas resoluciones con los que dieron origen a la STS de 6 de

⁴⁹ JS 4 noviembre 2011, autos 1251/2010

febrero de 2014, el propio TS acordó dar traslado a las partes para que alegaran lo que considerasen oportuno en relación con los pronunciamientos de las referidas sentencias. No obstante, hay que decir que ambos casos presentan diferencias con respecto al caso español, ya que Francia fue condenada en ambos casos debido a la negativa a inscribir en el Registro civil francés la filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución. Las razones que se alegaron por parte de los tribunales franceses fue que suponía una vulneración del orden público francés ya que en los artículos 16.7 y 16.9 del Código Civil francés se establece la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas⁵⁰.

El Tribunal de Casación francés consideró que el contrato de gestación por sustitución impide absolutamente el establecimiento de cualquier relación de filiación entre los menores y los comitentes, ya sea mediante la inscripción de las certificaciones registrales expedidas en el extranjero, mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación fundada en que los solicitantes han criado y educado al niño desde su nacimiento, mediante la determinación de la filiación biológica paterna, o mediante adopción. Por ello los padres comitentes alegaron la vulneración del Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual contempla el derecho al respeto a la vida privada y familiar, tanto respecto a los padres comitentes como en relación a los menores nacidos en virtud de este contrato de gestación.

El propio artículo 8.2 establece que: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Las autoridades francesas valoraron si se cumplían los requisitos para justificar dicha injerencia en la vida privada y familiar de los recurrentes, es decir, si estaba prevista por la ley; si perseguía alguno de los fines legítimos contemplados en el apartado 2.º del artículo 8 y si resultaba necesaria en una sociedad democrática.

Para el TEDH, los dos primeros requisitos se cumplían amparándose en los artículos 16.7 y 16.9 que establecían la nulidad de los contratos de gestación

⁵⁰ STEDH 26 junio 2014, nº recurso 65192/11, caso *Mennesson* contra Francia, apartado 30: Article 16-7: « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. »; Article 16-9: « Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public. ».

por sustitución. No obstante, el TEDH se planteó el cumplimiento del tercer requisito, es decir, si la denegación de la inscripción de las certificaciones suponía una injerencia necesaria en una sociedad democrática. El Tribunal señala, además, que aunque en principio los Estados disponen de un amplio margen de apreciación para determinar qué es necesario en una sociedad democrática, en especial en aquellos supuestos en los que el asunto plantea cuestiones morales o éticas delicadas, dicho margen queda sustancialmente reducido cuando está en juego, tal y como acontecía en los asuntos *Menesson y Labassee*, la existencia o la identidad de un individuo. El TEDH diferenció entre las dos vertientes del artículo 8: el derecho a la vida familiar y el derecho a la vida privada. En el caso del primero, el Tribunal entendió que la falta de determinación de la filiación de los menores no había privado a estos y a los padres comitentes de disfrutar del derecho a la vida familiar.

Por el contrario, en el caso del derecho al respeto a la vida privada de los menores, el TEDH condenó a Francia, ya que este derecho exige que cada individuo pueda establecer los detalles de su identidad, entre los que se incluye la filiación. Pues bien, las autoridades francesas pese a que sabían que el ordenamiento jurídico de California consideraba a los menores como hijos de los padres comitentes, el estado francés les negaba la posibilidad de inscribir a los menores en el registro civil francés. Esta incertidumbre, según el TEDH, puede atentar contra su identidad en el seno de la sociedad francesa.

Por tanto, una vez analizados ambos casos, es palpable la diferencia con respecto al caso español. Y es que mientras que en Francia se niega cualquier posibilidad de establecer lazos paterno filiales entre los comitentes y los niños y por tanto se rechaza también la posibilidad de que los menores adquieran la nacionalidad francesa ya que no se permite la determinación de la filiación ni a través de las certificaciones registrales expedidas en el extranjero, ni a través de la acreditación de la filiación fundada en que los solicitantes han criado y educado al niño ni a través de la determinación de la filiación biológica. En España en cambio el ordenamiento jurídico permite la posibilidad de ejercer la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, tal y como establece el art. 10.3 LTRHA y ayuda a la adopción por parte de su cónyuge, en virtud del art. 176.2 CC. Por tanto, la diferencia radica en que el derecho a la identidad del niño está protegido por la legislación española.

Hay que añadir además, que estos no han sido los únicos casos polémicos que ha resuelto el TEDH, ya que especialmente controvertida fue la sentencia del caso *Paradiso y Campanelli* contra Italia de 27 de enero de 2015⁵¹. Dicha sentencia muestra como una pareja italiana contrato los servicios de una madre

⁵¹ STEDH 27 enero 2015, nº recurso 25358/12, Caso *Paradiso y Campanelli* V Italia.

gestante, dando lugar al nacimiento de un niño que fue inscrito en el registro consular de Moscú como hijo de los padres comitentes ya que la gestante prestó su consentimiento para que así fuera.

Los problemas surgieron cuando los comitentes pretendieron la inscripción del certificado ruso de nacimiento de su hijo en el Registro Civil italiano. Las autoridades italianas rechazaron la inscripción de la certificación de nacimiento extranjera en la cual constaba la relación de filiación surgida entre el menor y los padres comitentes por medio del contrato de gestación debido a que dicha inscripción suponía una vulneración del orden público. Por ello los comitentes, al igual que las sentencias anteriormente ya comentadas, interpusieron recurso ante el TEDH, alegando que se había vulnerado el art 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que se había producido una vulneración del derecho al respeto de la vida familiar y la vida privada de los menores. En esta sentencia se analiza si la intromisión del Estado italiano cumple con los requisitos para considerarla legítima, es decir, si está prevista por la ley, si persiguen un objetivo legítimo, y si es aceptable de acuerdo a los valores de una sociedad democrática.

No obstante, este caso presenta una singularidad y es que a diferencia de los casos franceses donde la violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar, radicaba en la prohibición absoluta de establecer un vínculo de filiación y, por consiguiente, la identidad del menor en Francia. En este supuesto, dicha violación surge debido a la decisión de las autoridades italianas de separar al menor de los padres comitentes y darlo a una familia en acogida con el argumento de que, en primer lugar, no existía una relación biológica con los demandantes, y por lo tanto debía aplicarse la legislación nacional que impone el no reconocimiento de la filiación, y que, en segundo lugar, ambos habían vulnerado las normas de prohibición en Italia sobre los contratos de gestación por sustitución y las normas sobre adopción internacional.

Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizó la necesidad de estas medidas en una sociedad democrática, expresa que esta injerencia fue desproporcional al objetivo perseguido, vulnerando el equilibrio que debe existir entre los intereses del menor y los intereses legítimos del Estado.

Como expresa el TEDH la medida consistente en la retirada del menor del ámbito familiar constituye una medida extrema a la que solo debe acudir como último recurso y que únicamente estaría justificada para proteger al niño de una amenaza inmediata para él. Finalmente, el TEDH falló en favor de los comitentes y estableció que se había producido una violación del artículo 8 del CEDH.

Por último, la última sentencia en materia de gestación por sustitución recaída el 24 de enero de 2017, por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos rompe con todo lo establecido hasta ahora, ya que ha publicado una sentencia donde se revoca la decisión anterior de enero de 2015 que permitía la práctica de gestación por sustitución en el caso Paradiso y Campanelli contra Italia.

Al contrario que en el anterior fallo, la Gran Sala del Tribunal ha determinado que las autoridades de Italia pueden legítimamente quitar la custodia de un hijo obtenido de manera ilegal a través del pago de un vientre de alquiler. De esta forma, el Tribunal restituye a los estados europeos la posibilidad de luchar contra la práctica internacional de la gestación subrogada. La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece que no existe violación del Artículo 8 de la CEDH sobre derecho al respeto a la vida privada y familiar al retirar, por parte de las autoridades italianas, la custodia de los padres contratantes no biológicos sobre un menor concebido a través de gestación por sustitución.

Las dos principales razones esgrimidas por la Gran Sala del TEDH sobre la decisión previa emitida por una Sala del mismo Tribunal en enero de 2015 fueron: primero, que no hubo violación del derecho al respecto a la “vida familiar”, por entender que, en rigor, no puede entenderse que en el supuesto enjuiciado existiese una verdadera “vida familiar”, teniendo en cuenta, tanto la ausencia de un vínculo biológico entre el niño y los demandantes, como la corta duración de las relaciones entre ellos: la convivencia con el hijo en Italia había sido de 6 meses.

Segundo, ha considerado que, si bien, las medidas denunciadas inciden sobre el derecho a la vida privada de los demandantes, no obstante, esta incidencia no constituye una injerencia ilegítima en dicho derecho, obedeciendo a una finalidad legítima, que es el deseo de las autoridades italianas de reafirmar la exclusiva competencia del Estado para reconocer la existencia de relaciones paterno-filiales, exclusivamente, en el caso de relación biológica o de adopción legal, con el objetivo de proteger a los niños. Afirma, además, que los Tribunales italianos han realizado una justa ponderación entre los diferentes intereses en juego, que entra dentro del margen de apreciación de cada Estado, al constatar que la separación del niño de los demandantes no provoca aquél daños graves o irreparables.

Esta importante decisión reafirma la competencia exclusiva del Estado a reconocer si una relación paterno-filial es conforme a Derecho, ya sea establecida por vínculo biológico o mediante adopción legal. En este caso Italia

prohíbe la gestación por sustitución, y por lo tanto la pareja actuó de forma ilegal y el proceder de la autoridad pública se hizo en defensa del orden público y la protección de los derechos y libertades de otros.

El Tribunal de Estrasburgo explica que “al no reconocer un derecho a convertirse en padre o madre” tiene como resultado que los “intereses públicos” tienen primacía sobre “el deseo a ser padres”. Esta es la primera vez que llega un caso de maternidad subrogada o vientres de alquiler a la más alta instancia del TEDH y tras varias decisiones en instancias inferiores sobre esta cuestión, esta es la primera que apunta hacia el posible reconocimiento de que esta práctica atenta contra los derechos humanos.

V. PERSPECTIVA SOCIAL EN RELACIÓN A LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Una vez analizados todos los casos controvertidos que se han producido tanto en España como en Europa y examinada la jurisprudencia del Tribunal Supremo así como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podemos afirmar que la figura de la gestación subrogada se encuentra prohibida desde la perspectiva jurídica, no obstante se adoptan mecanismos para proteger a la parte más desprotegida, que es el nacido, sin embargo, si nos trasladamos a la sociedad, son muchas las posturas que se adoptan incluso dentro de sectores de la misma ideología.

La gestación por sustitución es la técnica reproductiva más controvertida. Aunque desde el punto de vista tecnológico es una fecundación *in vitro* (FIV) donde los gametos de los padres comitentes son fecundados y posteriormente introducidos en el útero de la mujer gestante, desde el punto de vista ético es un proceso que genera un gran debate.

Los defensores de la subrogación de útero entienden que es un método de procreación por el que una mujer decide subrogar su capacidad de gestar de forma libre y voluntaria. Por tanto, siempre que se respeten sus derechos, así como los del menor y los futuros padres, no es un proceso contrario a la ética, pues no daña la dignidad humana ni vulnera los derechos humanos. Por el contrario, los detractores entienden que con este método se explota a la mujer y se cosifica al bebé nacido de este modo.

Por una parte, hay sectores que opinan que la gestación subrogada no debería generar polémica puesto que se trata de una técnica de reproducción asistida como otra cualquiera y por lo tanto, la gestación subrogada debería ser

aceptada de la misma forma que son aceptadas el resto de técnicas de reproducción asistida como la fecundación in vitro o la donación de gametos entre otras. Sin embargo, sectores más conservadores se oponen argumentando que la gestación subrogada supone una degradación para la mujer, donde además existe el riesgo de que ésta sea explotada mercantilmente.

Si analizamos los diferentes colectivos presentes en nuestra sociedad, podemos observar como dentro de los cuatro grandes partidos políticos, solo Ciudadanos se muestra a favor de legalizar la gestación subrogada, así lo demostró el 8 de septiembre de 2017 al presentar la proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación⁵². Albert Rivera, líder de Ciudadanos, se pregunta "¿Quiénes somos nosotros para decirles a los demás que no pueden ser padres? Ya sé que hay gente a la que le cuesta entender que hay gente solidaria, pero la hay", y además añade que "Los niños no pueden esperar a las puertas de un registro civil, no hay derecho a que esos hijos no puedan ser inscritos o tengan dificultades en función de en qué provincia están. No hay derecho a que uno tenga que gastarse 150.000 dólares, hipotecarse e irse a Estados Unidos para ser padre o para ser madre"⁵³. El modelo que propone Ciudadanos en su proposición de ley para garantizar los derechos de todos los implicados en el proceso y en especial de los nacidos, es el altruista, como el modelo canadiense. Este modelo prevé la creación de un registro nacional de gestación subrogada adscrito al de donantes, para que se inscriban las mujeres que deseen ofrecer su capacidad de gestar, los progenitores subrogantes y los contratos de gestación firmados.

Por otro lado, los otros tres grandes partidos como son el Partido Popular, PSOE y Podemos rechazan la figura de la gestación subrogada, no obstante, dentro de los tres partidos hay quienes sí que están a favor de regularizar dicha figura. Por ejemplo Javier Maroto, vicesecretario de Política Social y Sectorial del PP se muestra a favor de la gestación subrogada siempre que sea altruista, impida la explotación comercial y evite la utilización de la pobreza de las mujeres y es que según Maroto "no se pueden poner puertas al campo, ya que se trata de un asunto que ya se está contemplando en otros países, como por

⁵² Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. Recuperado de http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF

⁵³ MATEO. J.J.: "Ciudadanos quiere que la gestación subrogada sea altruista y solo para mayores de 25 años", 2017. Recuperado de https://politica.elpais.com/politica/2017/06/27/actualidad/1498547026_594714.html

ejemplo Portugal”⁵⁴. Por otro lado el PSOE, no mantenía una postura oficial ya que sectores dentro del propio partido sí que estaban a favor de la gestación subrogada, no obstante, esta cuestión ha sido sometida a debate en el 39º Congreso Federal socialista, adoptando una postura contraria a dicha técnica y estableciendo que "si el PSOE se mostrara favorable a esta práctica daría validez a una modalidad contractual abusiva, ya que los derechos fundamentales no pueden ser objeto de relación contractual para revocarlos. La práctica del alquiler de vientres da por válido el mercado reproductivo y la explotación reproductiva de las mujeres"⁵⁵. Finalmente en Podemos, partido que predica ser el mayor defensor de las libertades individuales, se muestra mayoritariamente en contra así lo explican sus principales representantes como por ejemplo Irene Montero que califica la gestación subrogada como una "mercantilización del cuerpo de la mujer"⁵⁶ o Pablo Iglesias, líder del partido, donde asegura que "la traducción práctica" del tipo de gestación subrogada que propone el partido de Rivera "es que haya granjas de mujeres en Ucrania"⁵⁷.

Si atendemos ahora a las diferentes asociaciones y organizaciones presentes en el ámbito de la sociedad civil en España podemos ver como algunas se muestran a favor, otras en contra u otras sin posición al respecto.

En cuanto a los médicos españoles han preferido no adoptar una postura definida sobre la gestación subrogada. Así lo ha decidido la Organización Médica Colegial (OMC) en su asamblea extraordinaria, ya que “consideran que es una cuestión que afecta a muchas partes y que para ello debe haber una reflexión todavía más profunda”⁵⁸. Otras asociaciones, como por ejemplo la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) sí que se muestran a favor de la gestación subrogada en su modalidad altruista, siempre que sea apta para todos los modelos de familia, y siempre y cuando exista una razón médica que impida

⁵⁴ EUROPA PRESS.: “Maroto apoya la gestación subrogada altruista y espera que el PP permita el voto en conciencia”, 2017. Recuperado de <http://www.elmundo.es/espana/2017/08/15/5992d9deca4741135c8b461a.html>

⁵⁵ MARCOS, J.: “El PSOE rechaza la gestación subrogada”, 2017. Recuperado de https://politica.elpais.com/politica/2017/06/17/actualidad/1497724807_293567.html

⁵⁶ EUROPA PRESS.: “Irene Montero rechaza la gestación subrogada pero admite que en Podemos "hay debate", 2017. Recuperado de <http://www.lavanguardia.com/vida/20170626/423711936891/irene-montero-rechaza-la-gestacion-subrogada-pero-admite-que-en-podemos-hay-debate.html>

⁵⁷ CADENA SER.: “Pablo Iglesias: "La traducción práctica de la gestación subrogada es que haya granjas de mujeres en Ucrania", 2017. Recuperado de http://cadenaser.com/ser/2017/06/28/sociedad/1498637689_726413.html

⁵⁸ DIEZ, L.: “La OMC da marcha atrás y decide no opinar sobre gestación subrogada”, 2017. Recuperado de <https://www.redaccionmedica.com/secciones/medicina/la-omc-da-marcha-atras-y-decide-no-opinar-sobre-gestacion-subrogada-8581>

el embarazo o se trate de un caso de esterilidad estructural (parejas homosexuales masculinas y hombres solteros). En cambio, campañas como por ejemplo “No somos vasijas” defiende que la gestación subrogada arrebatara el derecho a decidir durante el embarazo y considera que el contrato de subrogación es una forma de imposición, puesto que es irrevocable una vez firmado, impidiendo así que la madre de alquiler pueda cambiar de opinión libremente a la hora de decidir quedarse con el bebé que ha traído al mundo. Implicando un control sobre la sexualidad de la mujer, la mercantilización y el tráfico de mujeres y la creación de granjas de mujeres.

Por otro lado, si tenemos en cuenta los colectivos LGTBI y el colectivo feminista, vemos discrepancias entre ellos, siendo este, uno de los pocos temas donde las opiniones presentes en ambos colectivos son radicalmente opuestas y es que dentro del colectivo LGTBI⁵⁹ se defiende la necesidad de respetar el derecho a la maternidad de quienes no pueden gestar por sí mismos y la libertad de las partes para consentir una transacción acordada. Por su parte, el feminismo insiste en que permitir la gestación subrogada constituye una manifestación más del “neoliberalismo sexual”, que trata de imponer nuevas formas de someter a la mujer por la vía de apropiarse de su cuerpo, esta vez mediante el alquiler de su capacidad de gestación⁶⁰.

Resulta paradójico que el argumento de las feministas es que la gestación subrogada supone una mercantilización del cuerpo de la mujer y ello es ilegítimo, pero sin embargo sí que defienden el derecho a abortar argumentando que cada mujer es soberana sobre su cuerpo, no obstante, en este caso a la mujer se le despoja de su soberanía para decidir si quiere gestar el hijo de otros. Y es que del mismo modo que este colectivo, utiliza el eslogan de “nosotras parimos, nosotras decidimos”, no se entiende como no sería aplicable la expresión de “nosotras gestamos, nosotras decidimos”.

Por último, decir que la gestación subrogada es una de las poquísimas materias donde la Iglesia y el colectivo feminista coinciden, y esto se debe a que la Iglesia católica, se muestra totalmente contraria a la maternidad subrogada, ya que ve en la maternidad una forma de enmascarar la explotación no solo de la mujer, sino del menor que va a nacer. Afirman que contraviene el orden natural de la concepción humana y va totalmente en contra de la ética y la moral, lo

⁵⁹ Siglas que identifican al colectivo de Lesbianas, Gays, Bisexuales, personas Transexuales e Intersexuales.

⁶⁰ PÉREZ OLIVA, M.: “La gestación subrogada enfrenta a feministas y grupos LGTB”, 2017. Recuperado de https://politica.elpais.com/politica/2017/02/17/actualidad/1487334746_534707.html

que a largo plazo podría ocasionar problemas de identidad personal en los nacidos por este método.

VI. PERSPECTIVA BIOÉTICA.

A continuación analizaremos los principales problemas morales y éticos de la maternidad subrogada e intentaremos dar respuesta a las objeciones más extendidas, aquella.

Primero que todo mencionar que las técnicas de reproducción humana asistida siempre han sido fuente de polémica. El desarrollo de la fecundación in vitro fue la primera de ellas (FIV), ya que, además de permitir que parejas con problemas de esterilidad pudieran tener un hijo, hacía innecesario el encuentro sexual como requisito indispensable para que una mujer pudiera dar a luz. Estas técnicas han ido evolucionando, siendo la gestación subrogada la más polémica en la actualidad.

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, en el ámbito de la reproducción humana asistida, que cada Estado dispone de un amplio margen de apreciación a la hora de regular las técnicas de reproducción humana asistida, de manera que puede afirmarse que no existe un modelo de regulación de dicha materia que se derive del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En España, el Comité de Bioética de España (CBE), que es un organismo dependiente del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad ha elaborado un informe sobre la maternidad subrogada en el que solicita que se promueva "a nivel internacional un marco común regulatorio que prohíba la celebración de contratos de gestión, en garantía de la dignidad de la mujer y del niño". Ya que en palabras de su presidenta, Teresa López "no se puede convertir al menor en un objeto que puede ser comprado"⁶¹.

En cuanto a los principales problemas éticos que podemos destacar son: ¿la gestación y la maternidad son un binomio inseparable?, ¿la mujer gestante posee total libertad para tomar sus decisiones?, ¿qué ocurre con el interés

⁶¹ BOIZA, F.: "El Comité de Bioética rechaza la maternidad subrogada porque "lo que se hace es comprar a un menor", 2017. Recuperado de <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/05/19/591ed27122601d986d8b460e.html>

superior del menor? Analizando uno a uno estos problemas podemos destacar los siguientes aspectos:

1. Gestación y Maternidad.

La maternidad se ha estado rigiendo a lo largo de la historia, en base al principio del Derecho romano “mater semper certa est”. Este principio establece que la madre siempre es conocida, fundamentándose en que la progenitora del niño es su madre legal. La humanidad ha mantenido este principio de forma constante con el paso del tiempo, no obstante, con las TRHA surgieron cuestiones que necesitaban respuesta: ¿por qué una mujer podía ser madre, si gestaba el embrión, aunque no aportara el óvulo y, en cambio, no podía serlo si ella no lo gestaba y simplemente aportaba el material genético? Hay países donde ya se ha superado la creencia de que gestación y maternidad van unidas de la mano, como por ejemplo en determinados estados de Estados Unidos donde se sustituyó la ordenación de las relaciones de filiación establecidas por la gestación por otra en la que la filiación se determinaba en virtud de la voluntad procreativa del individuo. Así lo demuestra el caso Buzzanca, en el cual un matrimonio norteamericano realizó un proceso de gestación por sustitución, y un mes antes del nacimiento del bebe, el matrimonio se divorció, provocando que el marido se negase a cumplir con las obligaciones legales firmadas en el contrato de gestación subrogada para hacerse cargo de la niña, alegando que él no tenía ningún vínculo genético con la niña y por lo tanto no podía ser su padre. No obstante, el juez dictaminó que la paternidad quedaba determinada por la intención de procreación y no únicamente por el hecho de haber parido o por aportación de la carga genética. Sin embargo, la mayoría de países, entre ellos España, no reconoce esta distinción y se sigue amparando en el principio “mater semper certa est”, donde la madre queda determinada por el parto.

Quienes defienden el criterio de la voluntad procreativa sobre el biológico a la hora de determinar el vínculo materno-filial argumentan que todo individuo tiene derecho a tener un hijo y que la tecnología está precisamente para evitar las limitaciones que impone la biología a la hora de satisfacer este derecho. No obstante, aquellos que se posicionan en contra, como por ejemplo el informe del Comité de Bioética de España opinan que “a pesar de creer que el deseo de tener un hijo es la mejor garantía de que sea querido y cuidado. Esto no significa que realmente sea así, ya que el deseo puede mudarse y dar al traste con lo que prometía ser una relación idílica. Una cosa es desear algo y otra asumir la responsabilidad sobre un hijo a lo largo del tiempo y en cualquier

tipo de circunstancias. Por otro lado, aunque exista el deseo y se mantenga firme a lo largo del tiempo, no asegura que el hijo vaya a recibir los mejores cuidados y educación. Para ello, es necesario que ese deseo no sea patológico, inmaduro o egoísta”⁶². Este argumento es absurdo puesto que a diario nacen niños sin necesidad de la reproducción asistida, es decir por la tradicional unión sexual entre un hombre y una mujer, y eso no garantiza que el niño vaya a ser querido ni cuidado más que uno que ha nacido por reproducción asistida, la cual requiere un procedimiento largo, costoso y muy meditado. Sin embargo, esta fue precisamente la posición de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Paradiso y Campanelli* de 2017, la cual avaló lo establecido por los tribunales italianos donde se decía que “el matrimonio actuó movido por un deseo narcisista o como un medio para resolver los problemas de la pareja. Esto les privaba de las más básicas habilidades educativas y emocionales para criar a un hijo, lo que hacía pensar que el mejor interés del menor pasaba por separarlo del matrimonio”.⁶³ Curiosamente este argumento se podría esgrimir en muchos de los nacimientos ocurridos por la vía tradicional donde un embarazo puede no ser deseado o responder a un deseo narcisista de la pareja o como medio para resolver sus problemas emocionales, y tampoco se realiza ningún examen a los que procrean de forma tradicional por lo que no está garantizado que los padres biológicos tengan las más básicas habilidades educativas y emocionales para criar a un hijo. Es un argumento más ideológico que lógico.

Desde nuestro punto de vista, para proponer un cambio en el criterio de atribución de la filiación, aunque sea para un número reducido de casos, el primer paso consistiría en demostrar que el criterio de separar la maternidad legal y la biológica resulta tan idóneo para el interés superior del menor como el actualmente vigente.

2. La mujer gestante.

Se pueden identificar tres valoraciones éticas con relación al papel de la mujer gestante. Primero, ¿sería lícito aceptar la gestación subrogada en su modalidad altruista? Tradicionalmente en el mundo de la ética se considera que las decisiones que implican una afectación a la integridad física del ser humano,

⁶²Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Recuperado de <https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/05/maternidadCB.pdf>

⁶³ STEDH 27 enero 2015, n° recurso 25358/12, Caso *Paradiso y Campanelli* V Italia.

no son tomadas libremente en el caso de que se establezca una retribución, ya que se considera que dicha decisión está afectada y se adopta en un contexto de vulnerabilidad. De manera que si no mediara la influencia de la retribución, el sujeto no adoptaría la misma decisión.

Por ello, considero que para proteger a todos los bienes jurídicos en conflicto, tanto a la mujer gestante como al nacido, es necesario que la decisión de gestar un hijo para otra pareja, siendo esta una decisión directamente vinculada con la dignidad humana, se someta a la exigencia de que sea gratuita. Ya que de esta manera la gratuidad, actúa como una garantía de libertad. Podríamos decir que, si no hay contraprestación es más fácil pensar que el sujeto actúa libremente, altruistamente.

No obstante, tal y como establece el informe del Comité de Bioética de España “una razón para sustentar la prohibición podría estar en la incapacidad del Derecho para impedir la gestación comercial una vez ha aceptado la altruista. La experiencia actual nos dice que la gestación altruista viene acompañada de la comercial: bien porque se acaba aceptando en el propio país donde se aceptó la altruista o bien porque quienes no pueden atender su deseo en su país mediante la gestación altruista, tenderán a servirse de la gestación comercial en el extranjero”⁶⁴.

Sin embargo, creo que de la misma manera que España ha sido capaz de establecer un sistema de trasplante de órganos transparente, altruista y de generosidad desinteresada, en la donación de órganos, convirtiendo a nuestro país en pionero mundial, podríamos establecer un sistema altruista para la gestación subrogada.

Segundo, ¿sería ilícita la gestación subrogada en su modalidad comercial?, si partimos de que la mujer es dueña de su cuerpo y que, en el ejercicio de su autonomía, puede disponer de sus capacidades como quiera, en estos casos si sería lícito que una mujer acceda a gestar el niño de otro a cambio de retribución. Sin embargo, en base a la experiencia habida hasta el momento, los países en los que más se ha desarrollado la gestación subrogada comercial, en general, son países pobres y en los que la mujer vive en una situación de desigualdad en relación con el varón. Un ejemplo de ello sería Ucrania donde los centros de gestación subrogada en Kiev pagan cantidades que rondan los 20.000 euros, lo que empuja a muchas mujeres de bajos recursos económicos

⁶⁴ Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Recuperado de <https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/05/maternidadCB.pdf>

a recurrir a este proceso en un país en el que el sueldo medio se sitúa en unos 260 euros mensuales⁶⁵. Esto provoca una explotación de las mujeres que se someten a la gestación subrogada de este tipo. Por lo que considero que éticamente esta situación no debería ser aceptada y por lo tanto esta práctica debería considerarse ilícita.

3. El interés superior del menor.

Por último, otra cuestión problemática que necesita respuesta es: ¿Es bueno para los niños ser resultado de la maternidad subrogada? La respuesta estará condicionada por la valoración que demos al proceso de gestación del niño. Si entendemos que vincular gestación y maternidad constituye una garantía fundamental para la dignidad y el desarrollo del niño, rechazaremos que el Derecho separe esos dos aspectos. Por el contrario, si consideramos que la gestación es un simple proceso biológico, que puede separarse de la crianza del niño tras el nacimiento, sin que se produzca un menoscabo ni en su dignidad ni en su desarrollo, entonces tenderemos a aceptar la maternidad subrogada como una opción reproductiva que, debidamente regulada, puede resultar tan idónea como cualquier otra. La cuestión de fondo consiste en dirimir si es la gestación o la voluntad reproductiva la que proporciona las condiciones más adecuadas para ser padres y asumir la responsabilidad sobre los hijos.

Los defensores de la soberanía de la voluntad reproductiva entienden, que la biología únicamente impone límites arbitrarios, y que el ser humano dispone de la tecnología para evitar esos impedimentos. Vincular inexorablemente la maternidad a la gestación sería aceptar los límites de la biología sobre la libertad individual. Por ello quienes defienden esta posición creen que el deseo de los individuos de ser padres, en estos casos los comitentes, a los que se atribuye la paternidad de un niño que no han gestado pero querían tener, prima sobre el proceso de gestación, de la mujer dispuesta a gestar un niño que en ningún momento contemplará como propio. En consecuencia, corresponde relativizar la trascendencia de la gestación y primar el deseo de los individuos.

El informe del Comité de Bioética sostiene que “la importancia de la gestación en el proceso procreativo y en la vida de cada ser humano no debe relativizarse y que, en consecuencia, se debe proteger el vínculo de cada ser humano con

⁶⁵ KINSON, K.: “España desaconseja ir a Ucrania en busca de "vientres de alquiler”, 2017. Recuperado de <https://www.efe.com/efe/espana/sociedad/espana-desaconseja-ir-a-ucrania-en-busca-de-vientres-alquiler/10004-3471857>

su madre biológica”. Sin embargo, algunos de sus miembros defienden que “ese vínculo se podría romper en aquellos casos en los que personas que desean tener hijos no pueden gestarlos y recurren a una mujer para que la lleve a cabo, si fuera posible llevarlo a cabo sin menoscabo de los derechos de la gestante y del niño”. En cuanto a los principales problemas éticos que giran en torno al nacido son: ¿la gestación subrogada equivale a venta de niños?, ¿provoca la gestación subrogada daños a los nacidos?

Para dar solución a la primera cuestión, hay que decir que, organizaciones como Profesionales por la Ética sostiene, a propósito de la gestación subrogada, que “Europa parece dispuesta a consagrar y facilitar la compra-venta de niños para que todo el que quiera, y se lo pueda permitir, pueda comprarlo y exigir unos estándares de calidad del producto adquirido”⁶⁶. Sin embargo, la gestación subrogada altruista no puede calificarse en ningún caso como “venta” de niños, sino como mucho como “donación de niños”, ya que no hay precio asociado, y esa donación de niños sería totalmente equiparable a la adopción.

Con respecto a la segunda, grupos como Profesionales por la Ética argumentan que: “Cabe presuponer que un embarazo considerado como un negocio y la relación con un hijo al que se renuncia de antemano y al que se considera como un producto y una fuente de ingresos, pueda afectar al correcto desarrollo psicológico del niño, más aún cuando sepa cuál es su origen”. Sin embargo, si atendemos a los datos disponibles, podemos ver, como la situación es contraria a la tesis establecida y es que según las investigaciones actuales, “los niños con más de diez años que han sido informados sobre su concepción muestran una visión favorable sobre la misma”⁶⁷.

Por último, mencionar que, a pesar de los pocos datos existentes en la materia, existen estudios donde se realiza un seguimiento sobre los problemas psicológicos a largo plazo de los niños nacidos por maternidad subrogada. Uno de ellos ha sido el publicado publicada en la revista *Human Reproduction*, que recoge información sobre datos de carácter biomédico de la maternidad subrogada. Señalando entre sus conclusiones que “los niños de 5 a 15 años

⁶⁶ RAYO, J.J.: “En defensa de la gestación subrogada”, 2016. Recuperado de <http://juanramonrallo.com/2016/03/en-defensa-de-la-gestacion-subrogada/index.html>

⁶⁷ V. JADVA L. BLAKE P. CASEY S. GOLOMBOK.: “*Surrogacy families 10 years on: relationship with the surrogate, decisions over disclosure and children's understanding of their surrogacy origins*”. Oxford Academic, 2014, p.154.

gestados por maternidad subrogada no presentaban diferencias psicológicas significativas con respecto de concepción natural”⁶⁸.

VII. CONCLUSIONES.

En definitiva, tras haber analizado la situación jurídica en la que se encuentran los españoles que deciden recurrir a esta técnica de reproducción asistida, las resoluciones judiciales de los tribunales españoles que se han pronunciado en relación a estos contratos y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podemos observar cómo nos encontramos ante un debate aún no finalizado en el que no se ha llegado a un consenso sobre la cuestión.

Desde mi punto de vista en relación al tema de la gestación subrogada estamos ante una situación que podríamos llamar de “hipocresía jurídica”, ya que a pesar de que la gestación subrogada es una práctica prohibida en España, basta con tener los recursos económicos necesarios para acudir a un país donde sí está permitido y así conseguir el fin perseguido, que es, obtener un hijo a través de esta técnica.

Esta “hipocresía jurídica” ya se venía arrastrando anteriormente con la situación que se producía de facto en determinados consulados españoles, aplicándose lo que los norteamericanos llaman política “don’t ask, don’t tell”, que básicamente significa tú no me cuentes y yo no te preguntaré. Es algo fácilmente entendible, uno se puede preguntar cómo nacían tantos niños españoles en California, incluso dándose el caso de que la madre que figuraba en el Registro Civil, es decir la española, llegaba a los EE.UU. posteriormente a la fecha del nacimiento... Sin embargo, el Estado español no estaba interesado en exponer un problema jurídico espinoso desde el punto de vista ideológico, religioso, ético y sociológico, pero demandado por la necesidad de una parte importante de la sociedad. De hecho, como he comentado, el tema salió a la palestra jurídica por una pareja del mismo sexo que en vez de aprovechar las herramientas jurídicas que les hubieran permitido ser padres mediante la gestación subrogada sin mayores problemas, al ser uno de ellos padre biológico y con la renuncia de la madre por subrogación y la adopción subsiguiente por parte del esposo del padre biológico, decidieron sacar a la luz el problema, lo que les llevó a la paradoja de tener que seguir un largo camino

⁶⁸ SÖDERSTRÖM-ANTTILA, V., WENNERHOLM, U.B., LOFT, A., PINBORG, A., AITTOMÄKI K, ROMUNDSTAD, L.B., BERGH, C.: “Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families -a systematic review”. *Human Reproduction Update*, 2016, núm 22, pp., 260-276.

jurídico, complicado e inefectivo, pero que, sin embargo, forzó que se tuviera que adoptar por parte del Estado unas medidas jurídicas que dieran una solución práctica a la cuestión. Por lo tanto, desde mi punto de vista, en España existe una contradicción, sigue existiendo esa misma “hipocresía jurídica” que comentaba, y es que a pesar de que la gestación subrogada sigue siendo una técnica expresamente prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, sí que se reconocen sus efectos si dicha técnica ha sido realizada fuera de nuestras fronteras, con lo cual a efectos prácticos es como si estuviera permitida, solo que para los que se pueden permitir viajar al extranjero a realizarla.

Obviamente, el hecho de que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos permita que, en el ámbito de la reproducción humana asistida, cada Estado disponga de un margen de apreciación a la hora de regular las técnicas de reproducción humana asistida, provoca la existencia de una pluralidad de regulaciones. El efecto de esa pluralidad de regulaciones en cuanto al acceso a las TRHA ha sido el turismo reproductivo internacional, donde las personas que tienen prohibido acceder en sus países a determinados usos de las TRHA y tienen capacidad económica, acuden a otros países en los que no tienen dificultades legales para ser usuarias de las técnicas. Por lo tanto, desde el punto de vista práctico y legal surge la primera contradicción ¿Qué sentido tiene mantener una normativa restrictiva si no sirve para proteger el bien que se pretendía y al final la actividad prohibida termina realizándose en otros países y teniendo efectos en España?

Es decir, el hecho de que cada país adopte un criterio diferente con respecto a la gestación subrogada induce a que aquellas personas que tienen prohibido en sus países recurrir a esta práctica, pero cuentan con capacidad económica suficiente para ello, acudan a otros países a satisfacer su deseo, provocando que el Estado que prohíbe la maternidad subrogada se encuentra con que no logra proteger el bien jurídico que pretendía, la dignidad de la mujer, y que la figura de la maternidad quede vinculada al parto.

Desde nuestra perspectiva, defendemos lo establecido por otros autores, y es que “cualquier aspecto de nuestras vidas puede ser objeto de violencia, fraude o abuso. Así, de la misma manera que se puede argumentar que la gestación subrogada conlleva inevitablemente la cosificación y explotación de la mujer, también podríamos decir que la libertad de expresión puede degenerar en amenazas, la libertad de asociación puede degenerar en la formación de grupos terroristas o la compraventa de un bien puede generar en una estafa”.

“Por lo tanto, sirviéndonos de este ejemplo, podemos decir que, de la misma manera que cualquier asociación no tiene por qué degenerar en un grupo terrorista o cualquier compraventa finalizar con una estafa, tampoco toda gestación subrogada debe implicar una explotación de la mujer”⁶⁹. Para ello existen las leyes, para prohibir y castigar aquellos aspectos que perjudiquen la interacción social, pero no para restringirlos de manera anticipada. Con lo que realmente, una vez aceptados los efectos de la maternidad subrogada en España, y quedando únicamente su prohibición en algo meramente formal y, sobre todo, económico, lo que se debería es regular esta institución, al igual que se reguló la donación de órganos, para que se realice de forma altruista y así salvaguardar la dignidad de la mujer, evitando su cosificación, y al mismo tiempo darle la máxima libertad de forma individual para decidir si de forma altruista quiere gestar un hijo para otra u otras personas.

Por lo tanto, entiendo que la adopción de un sistema donde se permita la gestación subrogada en su modalidad altruista sería perfectamente aceptable siempre que se establecieran las debidas garantías para asegurar y respetar la dignidad de las personas involucradas como son la gestante y el nacido. El ejemplo más claro lo podemos encontrar en la donación de órganos inter vivos. España es uno de los países desarrollados punteros en esta materia, no existiendo un riesgo de tráfico de órganos porque precisamente nuestras leyes han regulado todos los aspectos relativos a los trasplantes y a las donaciones y nuestras autoridades ejercen un control exhaustivo impidiendo así el hecho de que pueda surgir una situación de explotación. Entiendo, que de la misma forma se podría establecer un sistema garantista donde se permita la gestación subrogada en su modalidad altruista. Esto nos lleva a rechazar la situación actual en España donde a pesar de que la gestación subrogada se encuentra prohibida, se reconocen ciertos efectos jurídicos en virtud de la idea de “orden público atenuado”.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuaderno de Derecho Transnacional*, 2014, núm 2º, pp. 5-49.

⁶⁹ RAYO, J.J.: “En defensa de la gestación subrogada”, 2016. Recuperado de <http://juanramonrallo.com/2016/03/en-defensa-de-la-gestacion-subrogada/index.html>

ÁVILA HERNÁNDEZ, C.J.: La maternidad subrogada en el Derecho comparado. *Cadernos de Derecho Actual*, núm. 6, pp. 313-344.

BAYARRI, M.L.: “Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España”, 2015. Recuperado de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-sureconocimiento-en-espana/>

BOIZA, F.: “El Comité de Bioética rechaza la maternidad subrogada porque "lo que se hace es comprar a un menor", 2017. Recuperado de <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/05/19/591ed27122601d986d8b460e.html>

Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Recuperado de <https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/05/maternidadCB.pdf>

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, 2010, núm. 7501º, págs. 3-4.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “*Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*”. Tirant lo Blanc. Valencia, 2016, p,299.

DIEZ, L.: “La OMC da marcha atrás y decide no opinar sobre gestación subrogada”, 2017. Recuperado de <https://www.redaccionmedica.com/secciones/medicina/la-omc-da-marcha-atras-y-decide-no-opinar-sobre-gestacion-subrogada-8581>

GARCÍA, M.J.: “El tiempo medio de espera para una adopción nacional es de cinco años”. 2016. Recuperado de <http://elcorreoweb.es/andalucia/el-tiempo-medio-de-espera-para-una-adopcion-nacional-es-de-cinco-anos-AC2040002>

GUTTON, I.: “Gestación subrogada en Portugal: ley y condiciones para extranjeros”, 2017. Recuperado de <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-portugal/>.

HEREDIA CERVANTES, I.: “La inscripción de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley del Registro Civil de 2011”. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2012, núm.12. p 410.

KINSON, K.: “España desaconseja ir a Ucrania en busca de "vientres de alquiler", 2017. Recuperado de <https://www.efe.com/efe/espana/sociedad/espana-desaconseja-ir-a-ucrania-en-busca-de-vientres-alquiler/10004-3471857>

LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 118-214

LAMM, E.: “Gestación por sustitución. Realidad y derecho”, cit. p. 13.

MARCOS, J.: “El PSOE rechaza la gestación subrogada”, 2017. Recuperado de https://politica.elpais.com/politica/2017/06/17/actualidad/1497724807_293567.html

MATEO, J.J.: “Ciudadanos quiere que la gestación subrogada sea altruista y solo para mayores de 25 años”, 2017. Recuperado de https://politica.elpais.com/politica/2017/06/27/actualidad/1498547026_594714.html

PÉREZ OLIVA, M.: “La gestación subrogada enfrenta a feministas y grupos LGTB”, 2017. Recuperado de https://politica.elpais.com/politica/2017/02/17/actualidad/1487334746_534707.html

QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero de maternidad subrogada”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2009, núm 3º, pp 32-33.

RAYO, J.R.: “En defensa de la gestación subrogada”, 2016. Recuperado de <http://juanramonrallo.com/2016/03/en-defensa-de-la-gestacion-subrogada/index.html>

REJÓN, R.: “España firma el convenio de adopciones con Rusia que veta a los homosexuales”, 2014. Recuperado de https://www.eldiario.es/sociedad/Espana-convenio-adopciones-Rusia-homosexuales_0_279622671.html

RODRIGO, A.: “¿Qué es la gestación subrogada?”, 2017. Recuperado de <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada/#tipos-de-gestacion-subrogada>

RODRIGO, A.: “Gestación subrogada en Canadá: legislación y precio”, 2017. Recuperado de <https://www.babygest.es/canada/>.

SALIDO SORLÍ, F.: “Ventajas de la gestación subrogada en Grecia”, 2017. Recuperado de <http://subrogrecia.com/ventajas-de-la-gestacion-subrogada-en-grecia/>

SALVADOR, Z.: “Gestación subrogada en Rusia: legislación, precio y filiación”, 2017. Recuperado de <https://www.babygest.es/rusia/>.

SÖDERSTRÖM-ANTTILA, V., WENNERHOLM, U.B., LOFT, A., PINBORG, A., AITTO MÄKI K, ROMUNDSTAD, L.B., BERGH, C.: “Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families -a systematic review”. 2011. Hum Reprod Update 22. 260-76

V. JADVA L. BLAKE P. CASEY S. GOLOMBOK.: “Surrogacy families 10 years on: relationship with the surrogate, decisions over disclosure and children's understanding of their surrogacy origins. 2012. Oxford Academic.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”. Diario La Ley, 2011, núm. 7608°, p.3.

WHITEMAN, H.: “Una pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada”, 2014. Recuperado de <http://cnnespanol.cnn.com/2014/08/04/una-pareja-australiana-abandona-bebe-con-sindrome-de-down-de-madre-subrogada/>.

ZURRIARÁIN, G.R.: “Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado”. vLex, Cuadernos de Bioética, 2011, núm. 75°, pp. 201-214.