

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA



**Universidad Miguel Hernández – Facultad
de Derecho.**

Departamento de Derecho Civil.

Convocatoria Ordinaria Junio 2020.

Tutor, Jesús Morant Vidal.

SONIA CLAVEL ULE

ÍNDICE

Tabla de contenido

1. INTRODUCCIÓN	4
2. CUESTIONES PRELIMINARES	5
2.1 <i>Concepto y origen de gestación subrogada.</i>	5
2.2 <i>Motivos por los que recurrir a la gestación subrogada.</i>	8
2.3 <i>Modalidades</i>	9
3 LA GESTACIÓN SUBROGADA Y LAS DISTINTAS RELIGIONES.	10
3.1 <i>Religión católica</i>	10
3.2 <i>Religión musulmana</i>	11
3.3 <i>Religión judía</i>	12
4 PERSPECTIVA DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA RESPECTO A LA GESTACIÓN SUBROGADA.	12
4.1 <i>Perspectiva general de la sociedad española: argumentos a favor y en contra.</i>	12
4.2 <i>La maternidad subrogada y el feminismo</i>	23
5 MATERNIDAD SUBROGADA BAJO LA ÓPTICA INTERNACIONAL.	26
5.1 <i>Su estudio en el derecho comparado</i>	26
5.1.1) <i>Países donde está prohibida la gestación subrogada</i>	26
5.1.2) <i>Países donde está permitida la gestación subrogada altruista</i>	29
5.1.3) <i>Países donde está permitida la modalidad comercial.</i>	35
5.1.4) <i>Peculiaridad del caso de Brasil</i>	40
5.1.5) <i>El caso de la India</i>	41
5.2 <i>Turismo reproductivo</i>	42
6 GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL	44
6.1 <i>Evolución legislativa de la reproducción asistida en España</i>	44
6.1.1) <i>Origen de la reproducción asistida</i>	44
6.1.2) <i>Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida</i> .45	
6.1.3) <i>Ley 45/2003 de 21 de noviembre, por lo que se modifica la Ley 35/1988 de 22 de noviembre</i>	46
6.1.4) <i>Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, por lo que se modifica la Ley 45/2003, de 21 de noviembre</i>	46
6.2 <i>Evolución Doctrinal y Jurisprudencial</i>	47
6.2.1) <i>Resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2009</i>	47
6.2.2) <i>Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por subrogación.</i>	50

6.2.3) <i>La Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014</i>	52
7. CONCLUSIÓN	53
8. BIBLIOGRAFÍA	56



1. INTRODUCCIÓN

La gestación subrogada es uno de los temas más controvertidos de la actualidad debido principalmente a los aspectos éticos de esta práctica, su aplicación y los riesgos que puede suponer. Algunos de los motivos de discusión más sonados son la vinculación entre el derecho a la libertad sexual y la dignidad entre la mujer gestante, la mercantilización de la maternidad e incluso los derechos del propio menor gestado.

Hasta hace relativamente poco tiempo, la forma de crear una familia estaba bastante definida, podía ser de manera natural, mediante relaciones íntimas e interpersonales entre un hombre y una mujer, los cuales serían los futuros padres, o en el supuesto de no poder engendrar se recurría a la adopción.

En la adopción se establece la distinción entre la madre legal y la biológica. Pero la diferencia fundamental entre ambos es que, en la adopción, no se establece un acuerdo previo entre la mujer que gesta un niño y las personas que asumirán la paternidad, que es sin embargo, la causa de toda gestación subrogada. Se trata pues, de una práctica totalmente innovadora e inédita en todos los ámbitos de la vida: cultural, social, ético y jurídico.

En la actualidad, gracias a los avances científicos y a la progresiva entrada de una sociedad tecnológica, existe un abanico de posibilidades que sustituyen las formas tradicionales de formar una familia. Un claro ejemplo de ello son las técnicas de reproducción asistida que son el fiel reflejo de una sociedad avanzada en la tecnología, ciencia y medicina.

Debido a la aparición de nuevas tecnologías reproductivas, se ha propiciado que en los últimos años se reclame por parte de un sector de la sociedad la legalidad de la gestación subrogada, o lo que es lo mismo, la posibilidad de llevar a cabo la gestación de un hijo propio o ajeno en el útero de otra mujer.

El presente trabajo desarrolla la gestación subrogada, o también conocida como “vientre de alquiler”, así como su actual regulación, entre otros aspectos. Ello se debe a que es un tema que suscita, no sólo a nivel nacional, sino también a nivel internacional,

un sinnúmero de polémicas y un gran debate entorno a su legalidad en cuanto a la entrada en juego de diferentes derechos.

También se ha puesto en el punto de mira debido a que muchos personajes famosos, internacionales y nacionales, han acudido a este tipo de práctica para formar su propia familia al no poder crearla de forma tradicional, posicionándose a favor públicamente de su legalización en España.

Actualmente, hay países cuya legislación permite acudir a este tipo de práctica reproductiva como es el caso de Estados Unidos. Frente a ello, los sistemas jurídicos de Europa Occidental, consideran que la filiación por sustitución se trata de un contrato inmoral y, que de celebrarse, sería nulo de pleno derecho, por no ser las personas objeto de comercio. No obstante, dentro de Europa hay excepciones, ya que países como Ucrania y Rusia permiten esta práctica.

A lo largo de este trabajo, además de precisar el concepto, los motivos que pueden llevar a los futuros padres a recurrir a este tipo de práctica, las diversas modalidades y estudiar su regulación, tanto en un ámbito nacional como internacional, se abordarán las diferentes posiciones y argumentos respecto a la gestación por sustitución de la sociedad española así como de las diferentes religiones.

2. CUESTIONES PRELIMINARES

2.1 Concepto y origen de gestación subrogada.

Para poder entender qué es la gestación subrogada, en primer lugar, debemos tener en cuenta los diferentes nombres que utiliza la Real Academia Española para referirse al mismo concepto, vientre de alquiler y gestación por sustitución. Sin olvidar, que se entiende por gestación en términos generales.

- Gestación: acción o efecto de gestar o gestarse. Embarazo, preñez.
- Gestación subrogada: técnica reproductiva que utiliza un vientre de alquiler.
- Vientre de alquiler: mujer que, previo acuerdo o contrato, cede su capacidad gestante para que le sea implantado un embrión ajeno, engendrado mediante fecundación *in vitro*, y se compromete a entregar el nacido al término de su embarazo.

- Gestación por sustitución: embarazo mediando un contrato en virtud del cual la madre gestante renuncia a la declaración de maternidad del hijo a favor de reconocimiento de la filiación biológica de otras personas (padres comitentes o intencionales).

Por tanto, la gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida por la que una mujer accede a gestar el hijo de otra persona o pareja. Esta técnica consiste en la creación de uno o más embriones mediante fecundación *in vitro* en un laboratorio y la posterior transferencia al útero de la gestante.

Hay un gran debate entorno a cuál debe ser la denominación correcta para referirse a la gestación subrogada. Por esta razón, es fundamental clarificar la terminología para no dar lugar a imparcialidades ni conceptos que puedan afectar a la dignidad de la mujer y a los futuros padres.

Las denominaciones expuestas anteriormente son las establecidas, en la Real Academia Española, no obstante, también se conoce la gestación subrogada entre la población como útero subrogado o madre de alquiler, entre otros.

Cuando hablamos de útero subrogado, no es el útero, ni ninguna parte del cuerpo de la mujer lo que se subroga sino, la posibilidad de gestar. Respecto al término madre de alquiler, se menciona la palabra madre, sin ser representativa de la gestante. Tampoco de alquiler es correcto, pues no se trata de una transacción comercial de un objeto físico.

Por tanto, no es correcto hablar de madre de alquiler, ni vientre de alquiler, es la gestante o mujer gestante. Maternidad subrogada, madres sustitutas o semejantes, son términos también erróneos, ya que no es la maternidad lo que se subroga, ni alquiler, sino la posibilidad de gestar.

La terminología correcta para referirnos a este tipo de procedimiento son gestación subrogada, subrogación, gestación por subrogación o gestación por sustitución. La Organización Mundial de la Salud (OMS) utiliza el término “gestación por subrogación” para referirse a este tipo de práctica.

Por tanto, definición de gestación subrogada implica que una mujer, conocida como *gestante*, acceda a gestar al hijo de otra persona o pareja. Los futuros padres del bebé se llaman habitualmente *padres de intención*.

Siempre que sea posible, los óvulos y espermatozoides serán aportados por los padres de intención, de manera que el futuro hijo será biológicamente de ellos. Si esto no fuera posible por diversos motivos, los cuales veremos en el punto siguiente, se recurriría a un donante. Después del parto, el bebé es entregado a los padres de intención. Previamente, debe haberse firmado un contrato entre ambas partes por el cual la gestante renuncia al derecho de maternidad.

Por otro lado, el procedimiento de la gestación subrogada es el siguiente: los embriones se incuban en un laboratorio y se transfieren al útero de la gestante. En el caso de las parejas heterosexuales, el embrión generalmente se crea a partir del óvulo y el esperma de los padres biológicos, lo que significa que el bebé compartirá el 100% de su identidad genética con los padres de intención.

Respecto al origen de la gestación subrogada debemos trasladarnos a Estados Unidos, concretamente a California, año 1980. Este país es uno de los pioneros en legislar la maternidad subrogada y, actualmente, es uno de los destinos más demandados y que mayores garantías ofrece tanto a los padres de intención como a las gestantes.

En 1980 se firmó el primer acuerdo comercial de gestación subrogada que permitió a la gestante Elisabeth Kane recibir 10.000\$ por dar a luz al bebé de otra pareja. En 1985 tuvo lugar también en Estados Unidos el primer caso de gestación subrogada completa. Fue la primera vez que se pudo transferir al útero de una mujer, un embrión creado con los gametos de los padres de intención, mediante la técnica de la fecundación *in vitro*.

En 1986, el caso conocido como "*Baby M*" fue decisivo en la historia de la gestación subrogada. Este caso, sentó las bases para que un bebé se pudiera reconocer como hijo de sus padres de intención, independientemente de su origen genético. Este caso fue relevante porque el juez sentenció que la gestante no podía quedarse con el bebé, aunque hubiera aportado sus propios óvulos en el proceso.

Por otra parte, el caso de “*Buzzanca contra Buzzanca*” permitió establecer la responsabilidad legal de los padres de intención desde el momento en que firman el contrato de gestación subrogada manifestando su deseo de convertirse en padres. Esta medida se tomó con vistas a la protección de los niños nacidos por este método.

Los esposos Buzzanca se divorciaron un mes antes de que la gestante diera a luz a su hija. El padre se quiso desentender de la pequeña, alegando que los gametos eran de donantes, pero el Tribunal sentenció que su responsabilidad quedaba establecida por el contrato en el que manifestaba su intención de ser padre.

2.2 *Motivos por los que recurrir a la gestación subrogada.*

Existen numerosas razones por las que una pareja o persona, generalmente hombres, se plantean recurrir a la gestación subrogada. El motivo más común se da cuando una pareja no logra el embarazo de forma natural, ni tampoco mediante otro método de reproducción asistida. En el caso de las parejas homosexuales masculinas, es la única alternativa si buscan una relación biológica directa con su hijo.

Éstos son algunos de las razones más comunes por las que recurrir a la gestación subrogada:

- I. Infertilidad inexplicable: normalmente antes de recurrir a la gestación subrogada, previamente se han intentado otras vías como la fecundación *in vitro*, la cual no da el resultado esperado, conseguir el embarazo.
- II. Histerectomía o falta genética del útero: mujeres que se han sometido a una histerectomía por razones médicas o que nacieron sin un útero no pueden tener un embarazo.
- III. Problemas uterinos: algunas mujeres tienen problemas con el revestimiento uterino, lo que impide que los embriones se implanten correctamente. Esto puede causar abortos espontáneos repetidos.

Otros problemas uterinos que pueden afectar a la gestación, por ejemplo:

- Fibromas recurrentes.
 - Un útero de forma inusual debido a una condición genética o lesión.
 - Condiciones que amenazan la vida. Existen varias condiciones que pueden hacer que sea demasiado peligroso para una mujer llevar un embarazo sin un riesgo sustancial para su propia vida.
- IV. Solteros que quieren ser padres, normalmente hombres.

- V. Parejas masculinas: esta es la única opción para que puedan tener un hijo con el que compartan el ADN de uno de los padres. Hay que tener muy presente la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil español en materia de derechos a contraer matrimonio¹, éstos pueden constituir un matrimonio y gozan del derecho a la paternidad.

2.3 Modalidades

Vamos a enfocar y distinguir la gestación subrogada, posicionándonos en dos puntos de vista totalmente diferentes; por un lado, desde un punto de vista genético, según este criterio, hablaríamos de la gestación subrogada tradicional o parcial y la gestación subrogada completa o total. Y desde un punto de vista económico, nos referiremos a la gestación subrogada altruista y comercial o lucrativa.

Desde un punto de vista genético nos encontramos en primer lugar con la gestación subrogada tradicional o parcial, la madre gestacional aporta su propio óvulo, por tanto, es la madre biológica además de ser la gestante, pero el padre proviene de la subrogación o de un donante. Ahora bien, por el hecho de que la gestante tenga vínculo genético con el bebé, esta modalidad se utiliza cada vez menos porque puede complicar los trámites legales.

Respecto a la gestación subrogada completa o total, en este caso tanto el óvulo como el espermatozoide es aportado por los padres de intención o en su defecto, por un donante. Por lo que la gestante, no tiene ninguna relación biológica con el bebé. Este tipo de gestación es más compleja desde un punto de vista técnico porque implica una mayor manipulación de los gametos. Sin embargo, cada vez se utiliza más porque no hay vínculo genético entre el bebé y la gestante.

En el caso de la modalidad tradicional, la inseminación artificial es generalmente suficiente. En cambio, en la modalidad completa, la fecundación *in vitro* es obligatoria.

¹ De modo que el actual precepto 44.2o CC dispone: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Desde un punto de vista económico, los padres de intención, no pueden elegir la modalidad de gestación porque dependen del marco jurídico regulado en cada país.

En la gestación subrogada altruista, la mujer gestante lo hace sin ánimo de lucro, es decir, no obtiene ningún tipo de remuneración económica a cambio. Sin embargo, los gastos generados por el embarazo van a ser asumidos por los padres de intención, tanto médicos como legales y además de los asociados al propio embarazo, así como al bienestar de la gestante durante el mismo.

Y en la gestación subrogada comercial o lucrativa, la madre gestacional acepta una cuantía económica a cambio de gestar al futuro bebé de los padres de intención. No obstante, en los países en donde se permite y regula esta práctica reproductiva, la compensación suele estar limitada por ley. Precisamente para evitar que se comercialice con el cuerpo de la mujer y que se desarrolle un mercado poco ético en torno a la gestación subrogada.

3 LA GESTACIÓN SUBROGADA Y LAS DISTINTAS RELIGIONES.

Dicha distinción va a estar centrada en las tres principales religiones: católica, musulmana y judía.

3.1 Religión católica

A pesar de que la gestación subrogada parece una nueva forma de crear una familia, si nos remontamos siglos atrás, concretamente al Antiguo Testamento podemos ver que la propia Biblia relata en el Génesis, capítulo 16, versículo 1-16 un caso de infertilidad formada por Abram y su esposa Saray.

“Saray, la esposa de Abram, no le había dado hijos. Pero, como tenía una esclava egipcia llamada Agar. Saray le dijo a Abram: el Señor me ha hecho estéril. Por lo tanto, ve y acuéstate con mi esclava Agar. Tal vez por medio de ella podrá tener hijos”

La religión católica se opone rotundamente a la gestación subrogada. Ahora bien, no sólo se opone a la gestación subrogada sino también a cualquier tipo de tratamiento de reproducción asistida como la fecundación in vitro o la inseminación artificial, ya que consideran que es una forma antinatural de concepción.

El argumento que utiliza la Iglesia Católica para posicionarse en contra es la comercialización del cuerpo de la mujer, ya que las mujeres que suelen prestarse a gestar el bebé de otra persona alegan, que suelen estar en situaciones desfavorecidas y lo hacen a cambio de recibir una suma de dinero acordada.

Pero también aporta otros argumentos más conservadores, como que la reproducción debe ser cosa de dos y este es el motivo por el que también, como he dicho anteriormente, rechaza otras técnicas de reproducción asistida. Por tanto, la única forma posible de formar una familia cuando existe el problema de la esterilidad en uno de los miembros de la pareja, es la adopción. Ya que entienden que es un gesto solidario y humilde con el que se pretende ayudar a un niño que está en una situación de pobreza o que ha perdido a su familia.

De acuerdo con la Santa Sede, si Dios no ha otorgado al matrimonio capacidad de tener hijos, esto se debe a alguna razón concreta. No se trata de un derecho o un deseo, sino un don.

3.2 Religión musulmana

Conforme a los principios de *El Sharía*² resulta una prioridad la preservación y protección del linaje de las personas y la búsqueda de mecanismos para garantizar el mismo. Por tanto, el islam, permite las nuevas tecnologías de reproducción asistida mientras se realicen entre parejas casadas, ya que el principal objetivo del matrimonio es asegurar la descendencia.

Respecto a las técnicas de reproducción asistida hay dos tipos, inseminación artificial con semen del marido y la inseminación artificial con semen de un donante. La ley islámica, prohíbe rotundamente la inseminación artificial con semen de un donante. No obstante está permitida la inseminación artificial con semen del marido, cuando se realiza a parejas legalmente casadas. En cuanto a la fecundación *in vitro* ocurre igual que con la inseminación artificial, se permite siempre y cuando se realice entre cónyuges.

² Ley de la religión islámica que recoge el conjunto de los mandamientos de Alá relativos a la conducta humana.

La gestación subrogada no está permitida, porque implica la introducción de esperma de otra persona dentro del útero de la mujer. Ahora bien, en el islam se reconoce la poligamia por tanto, en el caso de una unidad familiar poligámica se acepta siempre y cuando la gestante sea la segunda esposa del marido que dio sus espermatozoides para la fecundación del óvulo proveniente de la primera esposa.

3.3 Religión judía

A nivel general, podemos afirmar que la reproducción asistida está aceptada en el judaísmo, donde las leyes fundamentales se recopilan en el *Halajá*³ o sistema jurídico islámico.

El principal debate entre las autoridades rabínicas gira en torno a la utilización de terceros en la donación de semen. Mientras que tanto el judaísmo conservador como el judaísmo reformista aceptan el uso de semen de un donante anónimo, en el judaísmo ortodoxo la mayoría de autoridades rabínicas rechazan esta vía de reproducción.

En Israel la gestación subrogada está regulada desde 1996. El judaísmo apoyo esta método para crear una familia pero con ciertas condiciones. Actualmente, los progenitores deben ser heterosexuales, deben estar casados y la mujer gestante sea israelí. Asimismo, la religión de la madre y de la mujer gestante debe ser la misma. En este sentido, cabe mencionar la llamada “ley del vientre”, de modo que la identidad judía solamente se trasmite a través de la madre, por lo que no importa si el donante del esperma es judío o no.

4 PERSPECTIVA DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA RESPECTO A LA GESTACIÓN SUBROGADA.

4.1 Perspectiva general de la sociedad española: argumentos a favor y en contra.

En la sociedad actual las técnicas de reproducción humana asistida están aceptadas por la mayoría de la población y por lo general, no es un tema polémico y controvertido,

³ *Halajá*: conjunto de reglas religiosas judías.

pero, ¿pasa lo mismo con la gestación subrogada?, ¿por qué hay tanta polémica respecto a este tema?.

Esta alternativa para alcanzar la maternidad o paternidad ha tenido una extraordinaria repercusión mediática, la cual ha llevado a que la sociedad entre a debatir en mayor medida, acerca de si se trata de una práctica moral o inmoral e incluso, se llega a poner en tela de juicio, si realmente se respetan los derechos de las mujeres o se utilizan como medio para conseguir un fin, sin importar nada más.

Este debate coge más fuerza entre la sociedad a consecuencia de que números famosos hayan recurrido a este tipo de técnica de reproducción para poder formar una familia. Por ejemplo, artistas conocidos mundialmente como Ricky Martin, Miguel Bosé, Michael Jackson, Sarah Jessica Parker, entre otros. A nivel nacional, una de las caras más visibles defensoras de la gestación subrogada es Tamara Gorro.

En España algunos partidos políticos y asociaciones han presentado propuestas para intentar regular esta técnica, aunque parece que todavía queda mucho para que se gestione como se está haciendo en otros países, como por ejemplo en Gibraltar.

Cabe destacar, la iniciativa de la Sociedad Española de Fertilidad y su Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la Gestación por Sustitución. La Proposición de Ley de la Asociación por la Gestación Subrogada en España, o la Proposición de Ley reguladora del Derecho a la Gestación por Subrogación, presentada por Ciudadanos ante el Congreso de los Diputados.

La Sociedad Española de Fertilidad (SEF) creó una propuesta para concretar y proponer un conjunto de bases que pudieran sustentar una regulación futura en España sobre esta materia. Entre los participantes, figuran médicos, biólogos de reproducción, psicólogos, enfermeras, expertos en bioética y abogados especializados en el campo del derecho sanitario.

LA SEF quiere resaltar en su propuesta que no se pronuncia ni a favor ni en contra de la gestación por sustitución, ya que dentro del grupo de trabajo no hay una posición unánime en uno u otro sentido, simplemente se limita a plantear una propuesta reflexiva de bases o condiciones generales para el supuesto de que el legislador español diera en algún momento el paso de su legalización en España.

Bases generales en relación con la gestación por sustitución⁴:

- I. *“La gestación por sustitución ha de considerarse un recurso excepcional y solo justificado cuando exista en la pareja subrogada o mujer sola subrogada una indicación médica para dicha técnica debidamente documentada o una situación de esterilidad estructural (pareja homosexual masculina u hombre sin pareja), habiéndose agotado, en su caso, otros tratamientos de fertilidad.*
- II. *Tanto la gestante como la parte subrogada deben reunir una serie de requisitos objetivos de edad, capacidad, madurez, salud física y psicológica. Además, habrá de comprobarse la situación socioeconómica de la gestante para descartar que se halle en situación de grave necesidad (informa de trabajador social).*
- III. *En aras de salvaguardar todo lo posible la salud de los futuros hijos y de la gestante, el número de embriones a transferir a esta última será de un máximo de dos. Se considera un necesario que exista un seguro médico en previsión de cualquier complicación de salud de la gestante y también, para el supuesto de que lo precisara, que se le garantice apoyo psicológico durante el embarazo y después del parto.*
- IV. *Es recomendable que al menos uno de los miembros de la pareja subrogada, o la persona subrogada si actúa sola, aporte sus gametos, ya que, a juicio de la mayoría de los miembros del grupo de trabajo, en otro caso desaparece la justificación para recurrir a esta técnica y se podría favorecer el comercio de niños. Por el contrario, no debe admitirse que la mujer que va a ser gestante aporte el óvulo, con el fin de salvaguardar el principio de anonimato del donante de gametos que rige en España y con el fin de evitar la vinculación genética de la gestante con el futuro hijo.*
- V. *La gestante debe tener previamente algún hijo propio y sano con el fin de que su consentimiento sea realmente informado de lo que supone un embarazo y haya desarrollado previamente su proyecto reproductivo personal. Si está casada o convive con una pareja de hecho ha de contarse con la aceptación de su comparo o compañera.*

⁴ Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF: Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la Gestación por Sustitución. Disponible en Internet <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>

- VI. *La selección de la gestante no podrá hacerla la pareja o mujer sola subrogada, sino que responderá a criterios médicos. No se debe permitir que la gestante tenga relación de parentesco, laboral, de dependencia institucional o jerárquica con la pareja o mujer sola subrogada con el fin de que no quede afectada su libertad de decisión.*
- VII. *No puede haber pago de un precio a la gestante, sino una compensación económica por las molestias, que incluya desde luego los gastos médicos relacionados con el embarazo que no tengan cubiertos. Tiene que ser la Administración pública quien fije unas bases homogéneas para determinar la compensación a la gestante, con preferencia a través de órganos o comisiones en las que se integren algunas personas con formación en bioética.*
- VIII. *Las solicitudes habrán de ser informada favorablemente por un Comité Ético en el que se tendrán en cuenta, además de los aspectos referidos en los puntos anteriores, la situación de la futura descendencia.*
- IX. *Se requerirá aprobación judicial previa al inicio del proceso clínico que constante la voluntariedad del consentimiento informado, que no se produce tráfico de niños ni explotación de la mujer y que se dispone de la documentación clínica y social prevista, así como del informe favorable del Comité Ético.*
- X. *Debe reconocerse a las partes afectadas libertad para determinar el régimen anónimo o no de la relación. A petición de la pareja subrogada, y siempre y cuando lo acepte libremente la gestante (y en la medida en que esta último lo admita), podrán estar identificadas ambas partes y mantener contacto durante el embarazo.*
- XI. *Sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias (daño moral) que, en su caso, puedan originarse por el incumplimiento de las obligaciones contraídas, a la gestante debe reconocérsele su autonomía y plenitud de derechos desde el momento de la transferencia embrionaria hasta el instante del nacimiento, en el sentido de que podrá interrumpir la gestación o continuarla contra el criterio de la pareja subrogada. No obstante, en ningún caso podrá negarse a entregar al recién nacido a la pareja subrogada. Para evitar discrepancias de criterio entre las partes deberá preverse en el contrato la forma de proceder en la situaciones conflictivas (enfermedades,*

prematuridad, aborto, etc), así como el compromiso de la gestante de evitar comportamientos y estilos de vida que puedan suponer un riesgo prenatal.

XII. La Administración habrá de crear un Registro de gestantes por sustitución (como el que se prevé respecto de los donantes de gametos y embriones), con el fin de que se puedan controlar las veces que se ha actuado como gestante de sustitución y evitar la reiteración que ponga en peligro su salud. Este registro será accesible por vía judicial y serán las clínicas y unidades de reproducción asistida autorizadas quienes deban notificar los casos.

XIII. Podrán existir agencias intermediarias pero habrán de ser obligatoriamente sin ánimo de lucro (asociaciones de pacientes, fundamentos, ONG y similares) y la publicidad que hagan no podrá alentar esta práctica con la oferta de beneficios económicos. La Administración pública debe ocuparse de homologar a las agencias que intervengan en este procedimiento, exigiéndoles los requisitos y reglas de transparencia pertinentes, y fijando los límites de compensación de sus servicios.”

Entre los principales partidos políticos que hay en España, Ciudadanos, a día de hoy es el único que se ha mostrado a favor, incluso como he mencionado anteriormente, presentó ante el Congreso de los Diputados, una Proposición de Ley reguladora del Derecho a la Gestación por Subrogación.

Como principal novedad a lo expuesto por la Sociedad Española de Fertilidad, Ciudadanos, abre la puerta a que la gestante pueda ser un familiar, es decir, que la madre, la hermana, la tía o la prima sea quien se quede embarazada y gesten para sus parientes, salvo que un informe psicológico lo desaconseje expresamente.

La proposición mantiene que la gestante sea mayor de veinticinco años, de nacionalidad española o residente en España, la cual no podrá tener antecedentes penales, “*ni abuso de drogas o alcohol*”. No obstante, no se solicita requisitos semejantes para los “progenitores subrogantes”, tal y como los define en la Proposición de Ley, Ciudadanos.

Respecto a un posible aborto, hace una aclaración. La mujer gestante, podrá interrumpir el embarazo, tal como recoge la Ley en las primeras catorce semanas o hasta la veintiuna si hay complicaciones, “*en pleno ejercicio de su autonomía*”.

El modelo que defiende la formación es el llamado sistema altruista, que aplican países como Canadá o Reino Unido, por el cual, una mujer se somete a tratamiento hormonal, asume los riesgos del embarazo y el parto y posteriormente, entrega el bebé a los padres de intención. La gestante, sólo puede percibir a cambio el reembolso de los gastos ocasionados antes del proceso. Normalmente, queda recogido en un contrato entre las partes que, entre otras cuestiones, establece el perímetro físico en el que se puede mover la embarazada, pautas sobre su vida sexual o la indemnización que recibirá si hay complicaciones en el embarazo o en el parto.

Al igual que en la Sociedad Española de Fertilidad, se deberá presentar ante la autoridad judicial competente, como ocurre por ejemplo, en Reino Unido. También incluye que la gestante debe recibir asesoría legal para garantizar su comprensión respecto al contrato y sus implicaciones.

En el Proyecto de Ley, Ciudadanos habla de “derecho” a la gestación por subrogación. No obstante, la concepción de esta práctica como un “derecho” no está recogido por los organismos internacionales. En marzo de 2018, la Relatora Especial de la ONU, presentó un informe telemático sobre la subrogación y la venta de niños⁵ (A/HRC/37/60), señala que *“un hijo no es un bien o un servicio que el Estado pueda garantizar o suministrar, sino un ser humano titular de derechos”, “de ahí que ofrecer el derecho a tener un hijo suponga una denegación fundamental de los derechos humanos del niño en condiciones de igualdad”*.

Cada año centenares de familias españolas acuden a otros países donde sí es legal, como Estados Unidos o Ucrania. En este último país, el Gobierno cerró la vía para registrar bebés el pasado febrero. Ahora bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado para determinados casos, en junio de 2014, que los hijos nacidos por esta vía tienen que tener reconocida forzosamente su filiación y estar inscritos en el registro civil, por lo tanto, constituyen factores que no pueden pasar desapercibidos.

Por otro lado, Podemos es uno de los partidos políticos que más se ha mostrado en contra de la gestación subrogada. En su página web, podemos observar como hace

⁵ Naciones Unidas Derechos Humanos: Oficina del Alto Comisionado. Disponible en Internet <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Children/Pages/ChildrenBornSurrogacyArrangements.aspx>

hincapié en que es un tema alimentado por deportistas, gentes del mundo del cine, la música o la prensa del corazón, es decir, por personas con un poder adquisitivo elevado que han puesto de moda un fenómeno, por otro lado, cuantitativamente minoritario en la sociedad española.

Podemos establecer que las distintas posturas respecto a la gestación por sustitución pueden agruparse en aquellas que consideran dicha práctica como una manifestación de la autonomía de las mujeres sobre su propio cuerpo y aquellas que consideran que la gestación por sustitución es una forma de explotación del cuerpo de las mujeres.

Además, sólo podría medirse el altruismo en caso de darse entre personas en igualdad económica, ya que es imposible actualmente en nuestro país garantizar que no haya pagos en B, lo que se vería, a su vez, facilitado en caso de realizarse una modificación del artículo 10.2 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que señala que la filiación en caso de gestación por sustitución se determina por el parto. Por tanto, mantienen la prohibición, debido a la inseguridad y falta de garantías que produce la posibilidad de una regulación parcial “altruista”.

Por otro lado, el hecho de considerar a las mujeres como un medio para satisfacer un fin pone en cuestión la dignidad personal y el estatus social simbólico de las mujeres. La mercantilización no tiene porque estar asociada necesariamente al intercambio económico, sino al desigual intercambio de bienes y servicios propios del mercado neoliberal.

Además, por muy garantista que se intente hacer el proceso, hay que tener en cuenta que se trata de un contrato en el que se obliga a una de las partes a renunciar a un derecho fundamental como es la libertad individual que implica la reversibilidad de nuestras decisiones.

También hacen hincapié en que el resultado del proceso es un ser humano, y que los seres humanos en nuestro ordenamiento jurídico no pueden ser considerados como propiedades de otros seres humanos, por lo que nadie puede disponer de ellos, un hijo o una hija es una responsabilidad, no una propiedad.

El Partido Socialista Obrero Español (PSOE), se mantiene en la línea de Podemos además, estudian penalizar a los que recurran a la gestación subrogada, así como a las agencias intermediarias y restringir el registro en España de los bebés nacidos en otros países y agilizar la adopción.

Busca modificar el artículo 221 del Código Penal para así penalizar la firma de contratos y la intermediación e insta a la redacción de un convenio internacional amparado por la ONU, que prohíba estas prácticas y que se consideren una violencia más para las mujeres.

No obstante, aparte del PSOE y Podemos, otros partidos ideológicamente diferentes a estos últimos, como el Partido Popular (PP) también ha mostrado su oposición a la gestación subrogada, así como las más de trescientas organizaciones que integran la Red Estatal Contra el Alquiler de Vientres, que reclamaron al Gobierno que liderara una campaña y actuara ante Naciones Unidas para intentar disminuir el alquiler de vientres y el tráfico de bebés.

Sorprendentemente, Ciudadanos obtuvo el apoyo, al menos para entrar a debatir esta cuestión en el Congreso, por parte de partidos como Partido Nacionalista Vasco (PNV) y el Partido Demócrata Europeo Catalán (PdeCat), al que se unieron Esquerra Republicana de Catalunya (ERC). No obstante, este respaldo estuvo matizado por el reconocimiento de la posible división que se podría generar en el interior de sus organizaciones.

Para poder dar una visión más actualizada de lo que piensa la sociedad respecto a este tema, he realizado una encuesta en la que han participado cuatrocientas dos personas de distintos rasgos de edad y sexo.

Respecto al rango de edad, la encuesta está dividida en cinco grupos: de dieciocho o veinticinco años, de veintiséis a treinta y cinco años, de treinta y seis a cuarenta y cinco años, de cuarenta y seis a cincuenta y cinco años y de cincuenta y seis en adelante.

El grupo que más ha participado en la encuesta es el del rango de edad de dieciocho a veinticinco con un 45,5% de los encuestados (183 personas), el segundo rango de edad más activo es el de cuarenta y seis a cincuenta y cinco años, con un 17,4% de los encuestados (70 personas), respecto al tercer grupo hay un empate, ya que en ambos rangos hay las mismas participaciones, un total de 58 encuestados, correspondientes al 14,4%, correspondientes a la franja de edad de veintiséis a treinta y cinco años y cincuenta y seis en adelante. Por último, sólo el 8,2% de los encuestados corresponde a la franja de edad de treinta y seis a cuarenta y cinco años (33 encuestados).

En cuanto al género de las personas que han participado en la encuesta, hay una participación mayoritaria de mujeres, con un 63,2% de los encuestados (254 encuestados), frente al 36,8% (148) que son hombres.

Adentrándonos en las cuestiones, hice un total de nueve preguntas cuyas respuestas estaban limitadas en “sí” o “no”.

A continuación, enumero las preguntas y comento las respuestas así, como las interpretaciones de las mismas.

1- “¿Estarías a favor de la legalización de la gestación subrogada en España?”.

Esta pregunta engloba la aceptación o rechazo de la gestación subrogada en términos generales. Es fundamental para poder saber cuál es la primera impresión de la sociedad española respecto a este tema. Pues bien, un 54% de los encuestados estarían a favor de su futura legalización en España, frente a un 46% que la rechazaría. En término de votos, se traduce que 217 personas han votado a favor, frente a 185 votos en contra. Podemos observar como la diferencia de votos no es muy significativa, por lo que podemos interpretar que, la sociedad española no tiene una opinión unánime respecto al tema, sino que ambas posiciones están prácticamente equiparadas y defendidas.

Para poder ampliar y conocer los argumentos en que se basan ambas posturas para defender su legalización o rechazado, por otra red social, pregunté también si estaban a favor o en contra de la gestación subrogada y por qué. Algunas de sus respuestas fueron las siguientes:

Respecto a los argumentos en contra. Podemos sintetizarlos en que la mayoría opina que hay alternativas a la gestación subrogada, ya que se trata de enmascarar una gestación como mercancía y que ninguna persona lo hace de manera altruista. Otros opinan que nuestro cuerpo, en este caso el de una mujer, no se vende y consideran que si una mujer se ofrece como mujer gestante es porque realmente tiene una necesidad económica por lo que no es libre en su elección, aunque se quiera hacer ver que sí. Al igual que tampoco se puede garantizar una libertad segura a las mujeres por lo que realmente, todo lo que engloba la legalización de la gestación subrogada es una utopía.

Por otro lado, los argumentos a favor que más se repiten son que la gestación subrogada bien regulada y salvaguardándose los derechos de la gestante y de las partes implicadas, es una buena opción para aquellas mujeres que no pueden quedarse embarazadas de forma natural, parejas de hombres homosexuales u hombres solteros que

no podrían tener hijos biológicos de otra manera. Y todo esto desde un ámbito de libertad y pleno conocimiento por las partes de lo que implica la gestación subrogada. Hay quienes piensan que es un soplo de esperanza para aquellos padres desesperados que han intentado, por todos los medios, tener hijos y no lo han conseguido. Y consideran, que aunque requiera de un alto coste económico, es mucho peor el coste emocional que pueden tener al no poder tener hijos cuando se ha tomado esta decisión vital tanto en pareja como de forma individual.

2- “¿Consideras que tienes una información amplia sobre el tema para poder tener una opinión sólida?”.

Esta pregunta está relacionada con los conocimientos o información que uno tiene respecto al tema abordado y así poder dar una opinión de forma objetiva y fundada. Aquí la diferencia de votos es mínima, ya que un 51,5% de los encuestados consideran que no manejan esa información, frente a un 48,8% que consideran que sí la tienen.

3- “¿Crees que el término “vientre de alquiler” es el adecuado?”.

Esta cuestión se relaciona con la denominación de “vientre de alquiler” a la gestación subrogada. En este caso, un 61,9% de los encuestados consideran que no, frente a un 38,1% que consideran que sí. Traducido en votos, serían 249 personas consideran que es incorrecto hablar de “vientre de alquiler”, frente a 153 que consideran que sí.

La polémica respecto a su denominación está servida. Hay quien considera que el término gestación subrogada es un eufemismo que se utiliza de forma sistemática y que impide que las personas tomen conciencia de en qué consiste esta práctica y este contrato, y con ello, quieren hacer ver que es una técnica de reproducción asistida. Y defienden, que no se puede considerar el embarazo y el parto una técnica.

Por otro lado, hay quienes consideran que el término “vientre de alquiler” atenta contra la dignidad de la mujer y de los futuros padres.

4- “¿Consideras que es una práctica antifeminista?”.

Esta pregunta la desarrollaré en profundidad en el apartado siguiente, pero para tener una idea de lo que piensan los encuestados estos son los resultados que obtuve. El 68,9% de los participantes consideran que no se trata de una práctica antifeminista, mientras que el 31,1% consideran que sí. Traducido en votos serían 277 votos en contra, frente a 125 a favor.

5- “¿Crees que la maternidad/paternidad debería reconocerse como un derecho?”.

Otro tema que se pone de manifiesto a la hora de abordar la gestación subrogada es si la maternidad o paternidad debería reconocerse como un derecho. Pues bien, el 67,4% de los encuestados consideran que sí, frente al 32,6% de los votos que no. Traducido en votos, serían 271 a favor, frente a 131 en contra.

6- “¿Crees que la diferencia de clases influye en el acceso a la gestación subrogada?”.

Mucha gente considera que, a las personas con mayor poder adquisitivo, les resulta más fácil el acceso a este tipo de práctica, debido a su alto coste, propiciando la diferencia y la desigualdad con el resto de la sociedad para poder acceder a esta forma de fecundación *in vitro*. La respuesta a esta pregunta es que un 84,6% de los encuestados consideran que efectivamente, las personas con mayor poder adquisitivo tienen más facilidades para poder acceder a la gestación subrogada, frente al 15,4% que considera que no. El porcentaje convertido en votos, es que 340 personas han votado que sí influye, frente a 62 personas que consideran que no. La diferencia de votos en este caso, es bastante significativa.

7- “¿Estarías de acuerdo en el caso de que se realizase sin retribución económica a la gestante, es decir, de manera altruista?”.

Este es uno de los argumentos más utilizados por quienes defienden la gestación subrogada. El 57% de los encuestados sí estarían de acuerdo en que se llevase a cabo de esta forma, frente al 43% de los encuestados que no estarían de acuerdo. Por lo tanto, 229 han votado que sí estarían de acuerdo, frente a 173 votos en contra.

8- “¿Accederías a la gestación subrogada en caso de no poder tener hijos?”.

Considero que es muy importante saber si independientemente de que un porcentaje mayoritario, por pequeño que sea, esté a favor de la legalización en España de la gestación subrogada, es interesante saber si acudirían a este método de fecundación *in vitro*, en caso de no poder tener hijos de forma biológica o fallando el resto de alternativas de reproducción asistida. Pues bien, los resultados de la encuesta son los siguientes, un 58% de los participantes, no acudiría a este método de fecundación *in vitro* en caso de no poder tener, frente al 42% que sí acudiría. Por lo que 233 personas no acudirían a la gestación subrogada, y 169 que sí.

- 9- “¿Crees que un bebé, nacido por gestación subrogada en un país en el que es legal, tiene derecho a adquirir la nacionalidad de los padres de intención en otro en el que es ilegal?”.

Aquí sí podría decirse que hay una opinión más unánime, un 70,6% de los encuestados han respondido que sí tendría derecho el bebé a adquirir la nacionalidad de los padres de intención, frente a un 29,4% de los encuestados que consideran que no. Traducido en número de votos serían 284 a favor, frente a 118.

4.2 La maternidad subrogada y el feminismo

La relación entre el feminismo y las técnicas de reproducción asistida es una historia de encuentros y desencuentros. Entre las técnicas de reproducción asistida, es, probablemente, la gestación subrogada la que más debate genera actualmente.

Lo primero que tenemos que tener en cuenta es qué se entiende por feminismo. Según la Real Academia Española.

- 1. Principio de igualdad de derechos de la mujer y el hombre.*
- 2. Movimiento que lucha por la realización efectiva en todos los órdenes del feminismo.*

Por tanto, en términos generales, el feminismo es un conjunto de movimientos políticos y teóricos que luchan por la reivindicación de las mujeres.

No obstante, aparte de la definición de la Real Academia Española, hay que tener en cuenta las diferentes corrientes de feminismo: feminismo radical, feminismo de clase, feminismo liberal y feminismo interseccional o afrofeminismo.

El feminismo radical tiene su origen en los años setenta, y se denomina “radical” porque su objetivo es determinar la raíz de la dominación. Su principales obras de referencia son “La política sexual” de Kate Millet y “la dialéctica del sexo” de Shulamith Firestone, en los cuales se hace referencia a conceptos fundamentales como patriarcado o género. Su lema es “lo personal es político” por el cual entendían el ámbito de lo privado como un centro de dominio patriarcal, probando que a las mujeres se las oprime por el mero hecho de serlo.

Por feminismo de clase, también conocido como feminismo marxista, se conoce a la corriente del pensamiento feminista que sostiene que la razón de la opresión femenina se encuentra en la relación entre el sistema patriarcal y el sistema capitalista.

La tercera de las corrientes es el feminismo liberal. Este feminismo, que tiene como representante más conocida a Betty Friedan y cuyos objetivos se pueden resumir en una lucha por la libertad, derechos y autonomía femeninas, se caracteriza por el naturalismo, el idealismo, el individualismo, el voluntarismo y el moralismo. Las feministas generaron teorías propias que dieran cuenta de la opresión que experimentaban. Por eso, el feminismo liberal es un movimiento político, pero también teórico y epistemológico que tiene lugar desde la segunda mitad del siglo XX, en Estados Unidos y Europa principalmente. La principal lucha del feminismo liberal es lograr la igualdad de oportunidades con base en una crítica a la distinción entre el espacio público y el espacio privado, porque históricamente a las mujeres se nos ha relegado al espacio privado o doméstico, lo que ha hecho que tengamos menos oportunidades en el espacio público, por ejemplo, en el acceso a la educación o el trabajo.

Respecto al feminismo interseccional o afrofeminismo, es un movimiento social y político que nace de la necesidad de acabar con la opresión de la mujer. Pese a mantener su objetivo, este movimiento ha ido evolucionando e incorporando nuevas corrientes y aportaciones que nutren el conocimiento de la teoría feminista. Actualmente, el concepto de interseccionalidad es la clave en el entendimiento del movimiento feminista contemporáneo.

La activista Kimberlé Crenshaw en 1989 acuña el término interseccionalidad que hace referencia al enfoque por el que cada sujeto sufre opresiones o discriminaciones en base a su pertenencia a diferentes categorías sociales, entre las que encontramos género, raza, clase, etnia, discapacidad, sexualidad, etc.

En lo que respecta al marco discursivo en torno a la gestación subrogada, se puede señalar la existencia de dos posturas enfrentadas y diferenciadas, las abolicionistas y las regulacionistas, que desde un punto teórico han elaborado un amplio argumento tanto a favor como en contra de esta práctica, enfocando la cuestión desde ópticas tan variadas como la economía, la social o la moral.

Un primer gran bloque de argumentos en contra entiende que éstos son una forma de explotación de las mujeres, lo cual une directamente con el derecho a la propiedad del propio cuerpo. En esta línea, consideran que la explotación no consiste en una vulneración de derechos, sino que su explotación es posible gracias a la violación de sus derechos.

Un segundo bloque de argumentos en contra de la gestación subrogada son aquellos que consideran que admitir o legalizar los vientres de alquiler supondría la apertura a nuevas formas de explotación de las mujeres, especialmente de aquellas que están en una situación económica, social, cultural o étnica no ventajosa, lo cual las llevaría a aceptar esta clase de contratos por pura necesidad, beneficiando a personas con un alto poder adquisitivo.

Por otro lado, algunos argumentos hacen referencia a la gestación subrogada como legalización de un acto antinatural; los problemas derivados del derecho de contratos; la desigualdad de género producida; la influencia del lucro económico en la autonomía personal; las desigualdades fruto de la raza – etnia y la clase social, o la hipermedicalización y violencia obstétrica presentes en esta práctica.

En lo que respecta a los argumentos a favor de la gestación subrogada, se puede señalar, en primer lugar, que la legalización tendría sentido con la postura legal que considera la maternidad y paternidad como una decisión voluntaria y libre, al mismo tiempo que conllevaría la disuasión del llamado “turismo reproductivo”, que explicaré detalladamente más adelante. También se defiende que no tendría sentido hablar de comercio de partes del cuerpo si lo que se permite es la gestación subrogada altruista, pues equivaldría a situaciones como la donación de sangre u órganos.

También existe quien defiende esta práctica, basándose en la existencia de un instinto maternal natural inherente a la mujer, que explica el deseo de todas las mujeres de ser madres y la inclinación natural a los cuidados. En este sentido, algunos argumentos, defienden que el hecho de considerar la reproducción parte de la identidad femenina no implica que dicha identidad se vaya a alterar por la firma de un contrato de subrogación. También defienden que no todas las mujeres con capacidad de gestar deban ser vistas como madres, permitiendo a las mujeres incapaces de hacerlo asumir la responsabilidad maternal.

De manera más concreta, el feminismo liberal critica que las posturas abolicionistas de la gestación subrogada reflejan “una actitud paternalista y que coarta la libertad de las mujeres, que las trata como no racionales si se les imposibilita esta elección”.

Por último, dos argumentos de peso en esta cuestión corresponderían, por un lado, a la defensa de la legalización como manera de diferenciar más eficazmente las prácticas lícitas de las ilícitas, y por otro lado, a aquellos que entienden que la gestación subrogada

es un trabajo comparable a otros, defendiendo que vender el propio cuerpo es una decisión individual y prohibirlo constituye una negación de la propiedad sobre su propio cuerpo.

5 MATERNIDAD SUBROGADA BAJO LA ÓPTICA INTERNACIONAL.

5.1 Su estudio en el derecho comparado

Actualmente, no existe ningún instrumento legal a nivel internacional relativo a la maternidad subrogada, de modo que el legislador de cada país ofrece una regulación acorde a su propio ordenamiento jurídico.

En este punto analizaremos como han abordado esta situación diferentes países, bien permitiéndolo, ya sea en la modalidad altruista o en la modalidad comercial, o bien prohibiéndolo. Además, también destacaremos los casos particulares de India y Brasil.

5.1.1) Países donde está prohibida la gestación subrogada

Bajo la óptica del Derecho Comparado, dentro de nuestro continente, observamos que la gran mayoría de los países prohíben la gestación subrogada y contemplan la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución. Por tanto, en estos casos, al igual que ocurre en España, se declara que el contrato de gestación subrogada es nulo, que no ilegal. Hay que matizar, por tanto, que porque un contrato sea nulo de pleno derecho, no significa que sea ilegal. Ahora bien, estableceremos las diferencias pertinentes, pues existen casos en los que llevar a cabo esta tipología contractual fuera de España tiene sanciones como consecuencia. Aquí pues, entra en juego una característica de norma regulativa que prohíbe llevar a cabo el contrato de gestación subrogada.

En cuanto a aquellos países donde la gestión subrogada está prohibida, nos centraremos en los casos de Francia, Italia y Alemania.

En Francia, no se reconoce como técnica de reproducción asistida y es objeto de una estricta prohibición. El Comité Consultivo Nacional de Ética francés en sus opiniones sobre la materia, se ha manifestado en contra de esta práctica. Entienden que es contraria a la dignidad humana por lo que puede causar graves secuelas emocionales en los hijos, todo ello con el argumento de que puede servir a intereses comerciales llevando a la explotación de las mujeres involucradas.

Tampoco cree en la gestación subrogada altruista, y en cualquier caso, no le parece ética. El Comité piensa que “el argumento económico es el elemento esencial de la operación y la solidaridad con los padres intencionales puede ser un elemento de segundo

orden, si no menor”. Defiende también este argumento, estableciendo que las gestantes son en su mayoría mujeres de países pobres y de países intermedios con fuertes disparidades económicas.

También expone los riesgos médicos y psíquicos que la maternidad subrogada supone a los niños de este modo. Defiende que el bebé no puede ser objeto de actos de disposición, ya sea a título oneroso o gratuito.

Además, el Código Civil Francés, en su artículo 16.7, establece la prohibición a la gestación subrogada. “Todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro será nulo, por razones de orden público”.

Una de las principales diferencias entre España y Francia es que, en este último, 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 la gestante y los padres de intención, lo que conlleva la ilegalización en la práctica de las empresas que facilitan el contacto entre ambas partes, así como la realización de los contratos entre los mismos.

También, en el artículo 227-13 del Código Penal Francés se establece que los casos de sustitución voluntaria, simulación o engaño de datos que puedan amenazar la rectitud del estado civil de un niño serán castigados con tres años de cárcel y multa de 45.000 euros.

Por último, en su artículo 511-24 del Código Penal también establece que recibirán represalias los integrantes del sector de la salud que quieran desarrollar un procedimiento de gestación subrogada o vientre de alquiler en Francia, con multas de 75.000 euros y cinco años de prisión.

En cuanto a la filiación, tomando como referencia el artículo 47 del Código Civil Francés, está permitida. Los Tribunales deben facilitar el reconocimiento de la nacionalidad francesa a los niños extranjeros, de padre genético o adoptante francés, que hayan nacido en otros países por el método de gestación subrogada, siempre y cuando no figuren componentes que demuestren su irregularidad, falsedad o que los hechos manifestados no correspondan con lo que es en realidad.

En Italia, se refleja en la Ley de 19 de febrero de 2004, N° 40 sobre normas en materia de procreación médica asistida, la prohibición de recurrir a cualquier técnica de gestación por sustitución, ya que el artículo 12.6 establece expresamente 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”. Por tanto, no sólo están prohibidos los programas de gestación subrogada, sino que también cualquier otro tipo de tecnologías de reproducción asistida están muy limitados.

En Italia, podemos destacar el Caso Paradiso e Campenalli. Dicho caso, tiene su origen en el nacimiento de un hijo en Rusia mediante un contrato de gestación subrogada. Una vez nacido el niño, la mujer gestante dio su consentimiento escrito para que aquél fuera inscrito a nombre de los padres de intención, en el Registro Civil de Moscú. El certificado de nacimiento ruso fue apostillado de acuerdo a la Convención de La Haya. El problema vino cuando los padres de intención quisieron inscribir el certificado ruso de nacimiento de su hijo en el Registro Civil Italiano.

Las autoridades administrativas y judiciales se negaron a practicar la inscripción solicitada, argumentando que el certificado era falso, pues no había vínculo de entre los padres de intención y el bebé, dado que había sido concebido por gestación subrogada, práctica prohibida en el Derecho Italiano. Como consecuencia de ello, el niño fue puesto a cargo de las autoridades sociales, considerado en estado de abandono y confiado en acogimiento, siendo declarado idóneo para la adopción.

En Sentencia de 27 de enero de 2015, la Sección Segunda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Italia por considerar que las actuaciones descritas atentaban contra el artículo 8 del Convenio de Roma. Sin embargo, tal Sentencia fue revocada por la “Gran Sala” por la Sentencia de 24 de enero de 2017, ECHR 034 (2017), que ha entendido que no existió vulneración del derecho al respeto a la vida privada y familiar.

En Alemania la gestación subrogada está prohibida por la legislación. La Ley de Adopción prohíbe y castiga la gestación subrogada, en general, pero es la Ley de Protección del Embrión, número 745/90⁶, de 13 de diciembre de 1990, donde en su

⁶ 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.

artículo 1º: “utilización abusiva de las técnicas de reproducción”, detalla las conductas merecedoras de sanción.

El Tribunal Supremo alemán estime que una mujer no puede ser reconocida como madre de un hijo si éste ha nacido por gestación subrogada, aunque haya sido concebido con un óvulo suyo, a menos que lo adopte formalmente.

A juicio de la Corte Alemana, al recién nacido por gestación subrogada se le debe aplicar el derecho alemán, que no permite este método de fecundación y que reconoce legalmente como madre, sólo a la persona da a luz, mientras no haya adopción.

5.1.2) Países donde está permitida la gestación subrogada altruista

Respecto a la admisión de la gestación subrogada en su modalidad altruista, me centraré los casos de Portugal, Reino Unido, Canadá y Grecia.

Portugal, es uno de los pocos países europeos que se muestra favorable a la gestación subrogada. No obstante, exige una serie de requisitos para poder acceder a este método de fecundación.

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 permite su aplicación entre en vigor el 1 de agosto de 2017. La principal particularidad que presenta Portugal, es que los hombres solteros y las parejas homosexuales masculinas no tienen derecho al tratamiento. No obstante, sí pueden acceder a ella las parejas heterosexuales y parejas homosexuales femeninas. Sin embargo, la ley de gestación subrogada y si decreto reglamentario mencionan expresamente la palabra “pareja”, por lo que excluyen también que una mujer sola pueda recurrir a la gestación subrogada.

También se exigen otra serie de requisitos y condiciones que han de cumplirse para poder acceder al método de gestación subrogada:

- Será legal en los casos en los que las mujeres carezcan de útero o haya alguna lesión o enfermedad de este órgano que impida de alguna forma el embarazo. Ha de destacarse que, en el caso de sufrir alguna enfermedad, el proceso no conllevará ningún coste para la mujer que quiera ser madre por este método.

- Sólo podrá llevarse a cabo en centros públicos o privados autorizados para tal fin por el Ministerio de Sanidad.
- La mujer gestante no podrá recibir ningún tipo de compensación o donación económica por llevar a cabo el proceso.
- Los padres de intención (“beneficiarios”, según la Ley 25/2016), podrá hacerse cargo de los gastos por consecuencia de los servicios sanitarios llevados a cabo.
- Con el fin de evitar posibles chantajes, no se permite que exista relación laboral alguna o de subordinación económica entre la mujer gestante y los padres beneficiarios.
- Este método sólo puede ser utilizado en beneficio de quien tenga al menos dieciocho años de edad y no se encuentre inhabilitado por alguna enfermedad psíquica.
- Sólo podrá realizarse si al menos uno de los futuros padres aporta los óvulos o espermatozoides para el proceso. Es decir, la mujer que se someta al embarazo nunca podrá ser la donante de óvulos.
- La gestación subrogada se podrá llevar a cabo con una previa autorización del Consejo Nacional de Procreación Clínicamente Asistida, cuya función será supervisar el proceso para asegurar que se cumplen todas las garantías y condiciones.
- Y finalmente, habrá de hacer un contrato de gestación por sustitución por escrito, supervisado por el consejo Nacional de Procreación Clínicamente Asistida, donde deberá constar de forma obligatoria las acciones a realizar en el caso de malformaciones o enfermedades fetales y en caso de interrupción voluntaria del embarazo.

El 24 de abril de 2018, el Tribunal Constitucional de Portugal decidió anular varios puntos de la ley aprobada por el Parlamento, ya que consideraron que violaban principios y derechos constitucionales. En primer lugar, la resolución del Tribunal Constitucional 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 lesionan “principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución”.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional rechaza que la gestante no pueda revocar el consentimiento prestado en el contrato hasta la entrega del bebé. Para la mayoría de los jueces del Alto Tribunal, 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 una posible anulación del contrato con carácter posterior al nacimiento del bebé.

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 que tendrá que volver al Parlamento para que se modifiquen los aspectos vetados por el Alto Tribunal.

Por lo tanto, la gestación subrogada se regula como una medida de carácter terapéutico, es decir, como una técnica extraordinaria que tiene como finalidad remediar la imposibilidad de gestar por parte de una mujer, y ha de tener siempre carácter gratuito. Se prohíbe que los beneficiarios paguen a la gestante cualquier tipo de compensación económica como contraprestación por la gestación del niño, no obstante, sí está permitido el pago de gastos médicos. Para garantizar la libertad de la gestante, se prohíbe que pueda celebrarse el contrato entre las partes cuando exista alguna relación de dependencia económica, en particular, de naturaleza laboral o de prestación de servicios.

Cumplidos estos requisitos, una vez que la gestante de a luz, será entregado a los respectivos padres beneficiarios. En cambio, todos los negocios de gestación subrogada que sean onerosos o que, siendo gratuitos, no se ajusten a los requisitos legales, serán nulos, previéndose, además, sanciones penales para quienes los celebren.

Respecto a la filiación de los menores nacidos por gestación subrogada en Portugal, son considerados hijos de los padres de intención, es decir, no se hará referencia a la mujer gestante, ni al recurso a la gestación por sustitución en el certificado de nacimiento. Y el parto se considerará como si hubiera sido la mujer beneficiaria (madre de intención), quien haya dado a luz.

Y, por último, la ley de gestación subrogada aprobada en Portugal, no se especifica que esta práctica esté reservada únicamente para ciudadanos o residentes portugueses.

Por lo que, la presidente de la Asociación Portuguesa de Fertilidad, ha manifestado que toda persona que respete la ley podrá acceder a la gestación subrogada en Portugal.

Además, la gestante asimismo podrá ser extranjera y residir en otro país, siempre que el tratamiento se lleve a cabo totalmente en Portugal, desde la confirmación del diagnóstico de infertilidad de la madre beneficiaria, hasta el parto, pasando por los seguimientos médicos correspondientes.

En Reino Unido, la Ley que regula la gestación subrogada se llama “*UK Surrogacy act of 1985*”, que se implantó en el año 1985, aunque con el tiempo se han ido haciendo ligeras modificaciones legales hasta la actualidad. El tipo de gestación subrogada que se considera legal es el de la modalidad altruista. La mujer gestante no puede recibir una compensación económica por llevar a cabo el proceso, pero sí puede recibir una cuantía económica por los gastos derivados del embarazo, así como revisiones médicas, traslados, ropa de maternidad y por los días de trabajo perdidas a causa del embarazo.

No obstante, existe una particularidad que no se encuentra presente en el resto de ordenamientos jurídicos, y es que cuando la madre gestante da a luz, ella es la madre legal del bebé, aunque no esté genéticamente relacionada con el mismo. Y si está casada, su pareja será el otro padre legal, en caso contrario, el bebé no tendría padre legal. Para que los padres intencionales aparezcan como padres legales del bebé, deben presentar una solicitud ante el tribunal de familia.

Por otro lado, según la legislación de Reino Unido, es ilegal anunciar que se busca una mujer gestante o que una mujer está dispuesta a llevar a cabo un proceso de subrogación o programa de gestación subrogada. Al igual, que están prohibidas las agencias comerciales que pretenden lucrarse con estos procesos. Solamente las agencias sin ánimo de lucro pueden ayudar a parejas a encontrar mujeres gestantes para los procesos y en algunos casos, clínicas de fertilidad.

Respecto a los requisitos, la legislación inglesa permite acceder a este método de reproducción asistida o subrogación, a quienes cumplan con los siguientes requisitos:

- Ser matrimonio o pareja de hecho heterosexual u homosexual. En este caso, las personas solteras no pueden acceder a la gestación subrogada.
- Ser ciudadano inglés o extranjero. No obstante, en el caso de ser una pareja extranjera, al menos uno de los dos miembros de la pareja debe estar residiendo

en Reino Unido para poder acceder a la gestación subrogada en este país. Por lo que, podemos decir que esta práctica restringe el acceso a los extranjeros.

La filiación según la ley británica, como he dicho anteriormente, establece que está considerada como la madre legal del bebé, la mujer que da a luz con independencia de cómo haya sido concebido el bebé. El proceso que deben llevar a cabo los padres intencionales para establecerles como padres legales del bebé, consiste en la obtención de una resolución judicial mediante una solicitud de paternidad.

Además, para obtener esta resolución judicial se tiene que cumplir con los siguientes requisitos: ambos padres deben tener más de dieciocho años; la concepción del bebé debe haber sido de forma artificial; por lo menos, uno de los padres de intención debe tener relación genética con el bebé; al menos, uno de los padres de intención debe residir en el Reino Unido; el bebé debe vivir con sus padres de intención y la gestante y su pareja deben consentir la orden.

En Canadá la gestación subrogada está permitida a través de la Ley de Reproducción Humana Asistida, conocida como "*Assisted Human Reproduction Act*", la cual, entró en vigor en 2004. No obstante, el único lugar de Canadá en el que está prohibida realizar este método reproductivo es en Quebec, donde la ley considera nulo el contrato de gestación subrogada.

Únicamente se contempla este método reproductivo en su modalidad altruista. Es decir, las mujeres gestantes no pueden recibir una compensación económica por prestarse a realizar el proceso. Sólo pueden recibir dinero de los padres de intención para cubrir los gastos básicos de un embarazo, como comida, ropa, revisiones médicas, etc.

En Canadá la sanidad es pública, por lo que supone una ventaja ya que los gastos médicos de la gestante, como podría ser una complicación durante el parto, los cubre el servicio público. En el caso de que los padres de intención fuesen extranjeros, dichos gastos médicos no estarían cubiertos por la seguridad social de Canadá, aunque el bebé obtuviese la nacionalidad canadiense, por lo que serían los padres de intención quienes se harían cargo de los gastos económicos que ello conlleve.

En el caso de Canadá pueden acceder a la gestación subrogada todos los modelos de familia, independientemente de su condición sexual o estado civil, a diferencia de lo que ocurre en Portugal o Reino Unido. Por tanto, pueden acceder a este método de

fecundación tanto ciudadanos canadienses como extranjeros, hombres y mujeres solteras, parejas homosexuales (hombres y mujeres), así como parejas heterosexuales.

Para que el proceso de gestación subrogada sea legal, es necesario cumplir una serie de condiciones: no se puede pagar u ofrecer una compensación a la mujer gestante para que realice el proceso de gestación subrogada, por eso decimos que impera la modalidad altruista; no se puede pagar ni aceptar remuneraciones por gestionar los servicios de un proceso de gestación subrogada, al igual que tampoco se pueden anunciar estos servicios a través de publicidad; las mujeres gestantes no pueden ser menores de veintiún años; está prohibida cualquier agencia que pone el contacto a mujeres gestantes con padres intencionales; también está prohibida la venta de esperma, óvulos o embriones.

Respecto a la filiación, se obtiene a través de una sentencia judicial a 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 cualquier tipo de problema que pudiese surgir a la hora de inscribirlo en el registro civil español⁷.

En Grecia, desde el 2002, la gestación subrogada altruista está regulada legalmente en el Código Civil Griego y por la Ley 3305/2005 de Reproducción Médicamente Asistida. 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.

La particularidad que presenta Grecia, y que comparte con Portugal es que la gestación subrogada está permitida tanto para parejas heterosexuales, como para mujeres solteras que no pueden tener hijos de otra manera. No obstante, la ley griega no permite la gestación subrogada a parejas homosexuales. Además, la legislación griega permite la gestación subrogada para los ciudadanos griegos desde hace años, y ahora también para ciudadanos extranjeros desde que en julio de 2014 ampliaron la legislación.

⁷ RODRIGO, A: “Gestación subrogada en Canadá: legislación y precio”, 2017. Disponible en Internet <https://babygest.com/es/canada/>

Los requisitos y condiciones para acceder a este método de gestación son los siguientes: ser matrimonio heterosexual, en el que la mujer sea menor de cincuenta años cuando acabe el proceso, o ser mujer soltera. No obstante, los hombres solteros y las parejas homosexuales no pueden acceder a este método en Grecia; es necesario que la madre de intención aporte un certificado médico que muestre su incapacidad de gestar, por cualquier causa; no se permite que la donante de óvulos sea la misma persona que la gestante, por lo que la modalidad de gestación subrogada que se permite en Grecia es la gestacional y por último, en caso de incumplimiento de las condiciones expuestas, las partes implicadas podrían ser multadas con cifras desde 1.500 euros y castigadas con penas de un mínimo de dos años de prisión.

Respecto a la filiación, como he comentado anteriormente, antes de empezar el proceso de gestación subrogada es imprescindible que un tribunal griego de la autorización para que se realice la transferencia de embriones a la mujer gestante, y además, en ese mismo proceso judicial se otorga la filiación del futuro bebé a los padres de intención. El bebé no tendrá derecho a adquirir la nacionalidad griega. No obstante, en el caso de que no pueda obtener la ciudadanía de sus padres de intención, sí se permitiría el registro del menor y la asignación de la ciudadanía griega al hijo.

El nombre de la mujer gestante no figura en ningún documento. Por lo que no es necesario recurrir a la adopción como en otros países. La sentencia judicial es el único documento donde aparece la identidad de la gestante, al que solo se puede acceder con una orden judicial expresa.

Y por último, la gestante puede desistir del contrato una vez iniciado el proceso. Es decir, podrá negarse a continuar con el proceso de gestación subrogada una vez comenzado. En ese caso, la filiación la determinará el parto.

En el caso de las parejas españolas que recurren a la gestación subrogada en Grecia, el Consulado español de Atenas, es el que garantiza la inscripción de los hijos.

5.1.3) Países donde está permitida la modalidad comercial

En los países donde está regulada la gestación subrogada en su modalidad comercial, se permite esta técnica a cambio de una contraprestación económica. Analizaré más detalladamente los casos de Rusia, Ucrania y Estados Unidos.

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 supone un ingreso para la gestante, ingreso que se debería sujetar a impuesto”⁸.

Otro dato a tener en cuenta sobre la legalidad de este proceso en este país es que sólo se permite la gestación subrogada gestacional, es decir, la mujer gestante no aporta sus óvulos, los óvulos y espermatozoides deben proceder de la pareja que acude a este método o, como alternativa, de un donante.

La Ley Rusa permite a padres de intención extranjeros acceder a un proceso de gestación subrogada siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos: únicamente pueden acceder a este proceso parejas heterosexuales y mujeres solteras; la madre de intención debe tener incapacidad médica para gestar como, por ejemplo, ausencia de útero, deformidad uterina, etc y en cuanto a las madres solteras, es necesario que aporten su dotación genética, es decir, no se permiten los óvulos de un donante.

Respecto a aquellas mujeres que deseen ser gestantes, también se establecen una serie de requisitos. En ningún caso, pueden aportar la carga genética, esta debe ser de los padres de intención o como alternativa de donantes, debe ser una decisión libre, ha de tener entre veinte y treinta y cinco años, ser madre de un hijo propio san y gozar de buena salud, tanto física como psicológica. Y en el caso de que la mujer gestante esté casada, debe contar obligatoriamente con el consentimiento de su marido.

“Sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia” es la ley que desde 2012 lleva a buen puerto todo lo relacionado con la gestación subrogada. Dicha ley, establece que bajo ningún concepto la gestante podrá reclamar la maternidad del bebé ni ejercer derecho alguno o tener la más mínima obligación, todo ello con penas de cárcel en caso de no respetar los acuerdos con los padres de intención.

⁸ ÁVILA HERNÁNDEZ, C.J: “La maternidad”. Cit., pp. 313-344.

La misma ley también reconoce a los padres de intención como padres del bebé desde el mismo momento en el que se crean los embriones, tanto si es material genético de los padres de intención como si hemos de recurrir a un donante de óvulos. Los donantes en Rusia han de ser personas anónimas y evidentemente tampoco pueden ejercer ningún derecho sobre los embriones.

Una vez que el bebé nace, los padres de intención reciben el certificado de nacimiento donde constan ambos como padres del bebé y la renuncia de la mujer gestante a la maternidad. En el caso de que nos quedásemos a vivir en Rusia, no haría falta hacer nada más, pero si queremos traer al bebé a España y sea reconocido como hijo de españoles extranjeros, debemos acudir al consulado español para realizar el trámite.

El problema llega, cuando el país de procedencia de la pareja es un país en el que la gestación subrogada no es legal, como es el caso de España. Para poder llevar a cabo este proceso, es necesario demostrar que el bebé es hijo biológico del padre, mediante una prueba de ADN. Si esto corresponde, el padre pasa a ser padre biológico.

Es imprescindible también una partida de nacimiento, en el que salga el nombre de la madre gestante, y esta a efectos legales, pasa a ser la madre biológica del bebé, pero como he dicho anteriormente, hay un papel que certifica que la gestante renuncia a todo derecho a ser madre.

Finalmente, después de presentar todos estos documentos, el padre queda como único padre biológico. En cuanto a la madre de intención, su única opción es una vez llegados a España, solicitar la adopción del hijo legal de su esposo y figurar así como madre adoptiva. Por esta razón, una mujer soltera española no suele acceder a la gestación subrogada en Rusia, porque a ojos de la ley española, la madre legal es la mujer que queda embarazada y da a luz.

En Ucrania, su Código Civil, permite la maternidad subrogada comercial, y establece el principio de libertad contractual como base de la legislación civil. En los últimos años se ha incrementado el número de nacidos mediante este método en Ucrania, debido a los menores costes del proceso con respecto a Estados Unidos, donde la gestación subrogada está también legalizada.

Los padres de intención que pueden acceder a la gestación subrogada, deben cumplir una serie de condiciones: ser pareja heterosexual casada, por lo cual, no pueden acceder a este método en Ucrania mujeres u hombres solteros, familias monoparentales

o parejas homosexuales; acreditar problemas de fertilidad y aportar material genético, como mínimo se requiere que el padre aporte material genético y aunque esté permitida la donación de óvulos, es preferible que sean ambos miembros de la pareja los que aporten carga genética.

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 Estados Unidos, es establecida a través de la adopción tal y como establece el artículo 10.3 Código Civil. 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”.

Y, por último, respecto a la mujer gestante también ha de cumplir una serie de condiciones. Debe ser mayor de dieciocho años, haber tenido un hijo propio y estar preparada física y mentalmente para poder gestar el bebé de otras personas.

En las clínicas de reproducción asistida de Ucrania, lo primero que se le hace a la mujer gestante es una prueba para detectar posibles infecciones o enfermedades. Además, se le realizan pruebas de sangre y orina para detectar si tiene alcohol o drogas en la sangre. Estos análisis se le repiten tres meses después y si todo sale negativo, empieza a participar en el programa de gestación subrogada. Y por último, la mujer gestante, no tiene derecho a reclamar la maternidad del bebé tras el parto según el contrato acordado entre ella y los padres de intención.

Por último, y quizás el caso más conocido es el de Estados Unidos, y es que la ley que regula la gestación subrogada no es general, sino que cada Estado marca sus propias directrices y condiciones, ya que Estados Unidos es un estado federal.

Existen territorios en donde la gestación subrogada está ligada a estrictas restricciones y otros estados que imponen menos restricciones. Por ejemplo, California, Illinois o Arkansas son estados en donde la gestación subrogada está sujeta a menos restricciones y donde los contratos se consideran legales. Sin embargo, hay otros estados

en donde la gestación subrogada no está prohibida completamente, pero sus estrictas condiciones hacen que acceder al proceso sea muy difícil como, por ejemplo: Luisiana, Nueva York o Michigan.

En general, el tipo de gestación subrogada que se lleva a cabo en Estados Unidos es la gestación subrogada gestacional, en el que la mujer gestante, como ya he comentado anteriormente, no aporta sus óvulos para el proceso, se encarga únicamente de gestar, por lo que ella y el bebé no tienen vinculación genética que les una.

Para acceder a esta técnica de reproducción asistida en Estados Unidos, es necesario que los padres de intención no tengan antecedentes penales y que estén de acuerdo con los trámites jurídicos que se llevan a cabo durante el proceso de gestación. A diferencia de los casos mencionados anteriormente, en Estados Unidos, los padres de intención pueden escoger a la persona que quieren que sea la gestante y será la última la que decida aceptar o no. Dependiendo de si existe una compensación económica o no para la mujer gestante podemos encontrar que hay algunos estados en los que se permite la gestación subrogada comercial o altruista, y otros en los que la gestación subrogada comercial se encuentra prohibida y se considera ilegal, como en Nueva York. También se acepta la donación de óvulos, y existe la posibilidad de que si los padres de intención quieren conocer a la donante, pueden hacerlo, siempre y cuando se firme un contrato para conocerse y la donante, esté de acuerdo.

De forma general, la ley estadounidense permite acceder a la gestación subrogada a parejas heterosexuales, casadas o no; parejas homosexuales, casadas o no; mujeres solteras con o sin relación genética con el bebé y hombres solteros, con o sin relación genética con el bebé. No obstante, aunque generalmente se establece lo dicho, depende del estado en el que se vaya a realizar el proceso, ya que la ley y los requisitos a cumplir varían de un estado a otro.

Respecto a las mujeres gestantes, las condiciones para acceder a serlo varían de un estado a otro, pero generalmente se tienen que cumplir unos requisitos: no se permite que la gestante done sus propios óvulos. Por lo que el método que se suele llevar a cabo es la subrogación gestacional; la gestante debe haber tenido un hijo propio previamente; debe tener más de dieciocho – veinte años y menos de cuarenta; debe tener un nivel socioeconómico medio – alto, con el fin de asegurar que los motivos por los que se implican en el proceso no son solo económicos y la gestante debe elegir a la pareja que

quiera ayudar en el proceso y luego la pareja debe aceptar que sea ella la que geste al bebé.

En Estados Unidos la sanidad es privada, por lo que normalmente se contrata un seguro médico para cubrir alguna necesidad económica tanto para la gestante, como para el bebé.

El que más impacto tiene de entre todos los presentes, es California, ya que gracias a la jurisprudencia que se ha ido consolidando durante décadas, a día de hoy 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, independiente de su estado civil, orientación sexual o procedencia. Por ello, es el destino prioritario para los hombres solteros y las parejas homosexuales.

La filiación en dicho estado se establece por 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 establecido 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 nacimiento⁹.

5.1.4) Peculiaridad del caso de Brasil

En Brasil no está permitida la gestación subrogada comercial, ya que la Constitución prohíbe la comercialización con órganos y tejidos. 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 establecido una serie de requisitos imprescindibles que deben cumplirse.

La gestante debe hacerlo de forma altruista; la mujer gestante debe ser un familiar de primer, segundo, tercer o cuarto grado de uno de los padres de intención. Esto quiere decir, que la gestante debe ser la madre, la hermana, la hija, la tía o la prima; ni la madre de intención, ni la gestante pueden tener más de cincuenta años; la madre de intención

⁹ GUTTON, I: “Gestación subrogada en Estados Unidos”, 2017. Disponible en <https://babygest.com/es/estados-unidos/>

debe tener un problema médico que impida o contraindique la gestación y por último, las parejas homosexuales también pueden tener descendencia por este método.

5.1.5) *El caso de la India*

Desde 2002, la gestación subrogada era una práctica permitida en la India, tanto para nacionales como para extranjeros. Sin embargo, en 2015 se introdujo un cambio en la ley que establecía que la gestación subrogada estaba permitida 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. Es decir, la Ley India sólo permitía acceder a la gestación subrogada a los nacionales y, en cuanto a los extranjeros, solamente a aquellas parejas heterosexuales casadas en cuyo país fuese legal dicha técnica reproductiva.

No obstante, con el objeto de frenar el turismo reproductivo, la India obliga a las parejas heterosexuales extranjeras a solicitar 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 de los padres solicitantes que van a cuidar a los hijos nacidos a través de la gestación subrogada; un contrato legal entre los padres de intención y la gestante india; una prueba de que el proceso se iba a realizar en una clínica de reproducción registrada y reconocida como tal y una carta de la clínica confirmando que la compensación en total para la gestante había sido totalmente pagada según el contrato.

Sin embargo, en octubre de 2015 el Gobierno de la India presentó un nuevo proyecto de ley ante la Corte Suprema con el fin de prohibir a todos los extranjeros la gestación subrogada, con el fin de frenar la llegada masiva de extranjeros en busca de una gestante para poder tener un hijo. La nueva ley fue aprobada el 21 de noviembre de 2016 bajo el nombre *Surrogacy (Regulation) Bill, 2016*.

Tras la entrada en vigor de esta ley, únicamente pueden acceder a la gestación subrogada quienes cumplan las siguientes condiciones: ser de origen indio, extranjero residente en la India o extranjero casado con un ciudadano de la India; ser un matrimonio heterosexual con problemas de fertilidad y estar casada desde hace al menos cinco años. Asimismo, la gestación subrogada deberá hacerse de forma altruista y la gestante deberá ser un familiar cercano.

Respecto a la mujer gestante, debe ser menor de treinta y cinco años; debe tener al menos un hijo y una vez firmado el contrato, pierde el derecho de interrumpir de forma voluntario el embarazo (salvo situaciones concretas). Y además, para evitar aspectos emocionales, no podrá existir ninguna relación entre los padres de intención y la gestante, así como tampoco podrá tener relación genética con el futuro bebé. Lo cual supone, que la gestante no puede actuar como donante de óvulos, ni someterse a una inseminación artificial para conseguir el embarazo.

5.2 Turismo reproductivo

La prohibición legal existente en nuestro país, unida al hecho de la transposición a la legislación nacional de la Directiva 2011/24/UE de asistencia sanitaria transfronteriza, ha incrementado el fenómeno que llamamos turismo de circunvalación, también conocido como, turismo reproductivo. En este sentido, se entiende por turismo de circunvalación al turismo médico consistente en viajar a otro país para obtener servicios sanitarios que son ilegales en el país de origen pero legales o permitidos con ciertas restricciones, en el país de destino. Los tres casos principales en los que suele concurrir este fenómeno son el aborto, el suicidio asistido y las tecnologías o servicios reproductivos, donde se incluye la maternidad subrogada¹⁰.

Para los nacionales de nuestro país, dicho turismo ha situado como destinos frecuentes para llevar a cabo contratos de gestación subrogada a Ucrania o a otros países donde la opción es viable pero con restricciones, como en el caso de Reino Unido y Holanda.

En general, quienes acuden a este tipo de turismo son personas que asumen el coste de su tratamiento, de modo que suele tratarse de pacientes de rentas altas, hecho que atrae a un sector comercial compuesto por intermediarios con ánimo de lucro, que atraen a pacientes, a posibles mujeres gestantes, seleccionan los hospitales de destino y el equipo médico, el viaje, la transmisión de historias clínicas, etc.

Por tanto, puede afirmarse que este tipo de turismo es sólo una opción para personas que pueden económicamente permitírselo, dado que tiene un alto coste. Por otro lado, se considera preocupante, puesto que es imposible un control exhaustivo en la calidad y

¹⁰ Javier García Amez y María Martín Ayala: “*Turismo Reproductivo y Maternidad Subrogada*”.

seguridad de los servicios ofertados que pueden aumentar el riesgo de explotación de mujeres que viven en países en vías de desarrollo.

Este tipo de turismo no está dirigido solamente a parejas con problemas para tener un bebé. También acuden a ella diferentes modelos de familia como parejas heterosexuales con infertilidad, tanto masculina como femenina; parejas homosexuales; madres solteras y padres solteros.

También hay que añadir los problemas que se suscitan cuando los padres de intención deciden llevar al bebé nacido a su país de origen, complicaciones tales como el reconocimiento de la resolución extranjera concerniente a la filiación legal del menor o la inscripción del certificado de nacimiento extranjero en el Registro Civil correspondiente.

En este contexto el Comité de Bioética de España, órgano colegiado independiente de carácter consultivo sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud, publicó un informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, elaborado a iniciativa del propio Comité, dada la preocupación que suscitaba a sus miembros el debate presente en la opinión pública, y en algunas instituciones sobre la conveniencia de regular o, al menos, dotar de legalidad, a los contratos de maternidad subrogada.¹¹ Como pone de manifiesto el propio informe, son dos los principales problemas jurídicos que se plantean: el primero, es que la maternidad subrogada es contraria a la ley nacional y, sin embargo muchos españoles consiguen ser padres recurriendo a ella en otros países donde es legal. El otro problema es que de la práctica de la maternidad subrogada nace una nueva vida por cuyo interés el derecho tiene que velar y, entre otras cosas, reconocerle una filiación legal, ya que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación subrogada, será determinada por el parto.

No obstante, favorable al reconocimiento del derecho a la inscripción registral de este tipo de filiación, basada en el interés del menor, se encuentra la Sentencia de la sala cuarta del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016, donde se justifica que el encargado

¹¹ Informe del Comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Disponible en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf

del Registro Civil español, no determina la filiación jurídica conforme a nuestro derecho, sino que se limita a registrar la filiación ya determinada legalmente conforme a una legislación extranjera vigente.

6 GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL

6.1 Evolución legislativa de la reproducción asistida en España

6.1.1) Origen de la reproducción asistida

En España, el primer nacimiento por fecundación in vitro fue el 12 de julio de 1984 en Barcelona. En la década de los 80, los esfuerzos se centraron en poner en marcha protocolos de estimulación ovárica más efectivos, desarrollar técnicas de criopreservación de embriones y realizar los primeros ciclos de donación de gametos.

El primer nacimiento a nivel mundial tras la criopreservación y descongelación de embriones fue gracias al equipo australiano dirigido por Trounson y Mohr en el año 1983. Ese mismo año, este grupo publicó el primer nacimiento a partir de donación de ovocitos.

En nuestro país, fue el Instituto Universitario Dexeus (Barcelona) el que consiguió en Julio de 1987 el primer parto tras congelación y descongelación de embriones, y un año más tarde, en 1988, los primeros éxitos de la donación de ovocitos.

Las técnicas de microinyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) y el diagnóstico genético preimplantacional (DGP), desarrolladas para solucionar problemas de fertilidad importantes como los factores masculinos severos o las enfermedades genéticas hereditarias, no surgieron hasta los años 90.

Así, en 1992, Gianpiero Parlermo desarrolló una nueva técnica de reproducción asistida, la inyección de un solo espermatozoide en el interior del citoplasma del ovocito, conocido como la microinyección espermática o ICSI (Intra - Cytoplasmic Sperm Injection). El ICSI supuso un gran avance para el tratamiento de la esterilidad de origen masculino y desde su introducción gozó de gran aceptación por parte de la comunidad científica. Ese mismo año se produjo el nacimiento del primer bebé conseguido por microinyección espermática en España gracias al Instituto Universitario Dexeus. Esta técnica fue utilizada por el Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI) para conseguir el primer embarazo en España y el segundo en el mundo con espermatozoides testiculares.

En 1994, el Instituto Universitario Dexeus en colaboración con la Universitat Autònoma de Barcelona consiguieron el primer nacimiento en España logrado como resultado de un diagnóstico genético preimplantacional para la selección del sexo del

embrión. Y en 1995, el Instituto Valenciano de Infertilidad consigue el primer embarazo del mundo con espermatozoides congelados procedentes del testículo.

En 2002 nacieron en España los primeros niños tras la congelación y descongelación de ovocitos. Este éxito se debió al instituto CEFER (Dr. Simón Marina).

En 2007, nacen en España los primeros niños tras la vitrificación de ovocitos. También, en marzo de 2009, consiguieron el primer embarazo en España gracias a un trasplante de tejido ovárico.

En España cada vez más son las parejas que acuden a tratamiento de reproducción asistida para ser padres. España se convierte así en el primer país de Europa, y el tercero del mundo, en elegir este tipo de terapias, según el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. La razón fundamental de este dato es que la ley española sobre la donación de gametos es distinta de la de otros países, sobre todo en el tema del anonimato.

En nuestro país, la Seguridad Social proporciona tres intentos de fecundación in vitro para las parejas que no pueden tener hijos y sólo lo cubre a mujeres hasta los treinta y nueve años.

6.1.2) *Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida*

España cuenta con una regulación sobre esta materia desde hace más de treinta años. Concretamente, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En su artículo 10 establece:

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

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

El gran avance de las técnicas reproducción asistida puso de manifiesto las carencias o limitaciones que tenía esta ley, que poco a poco, y con el paso de los años iba quedando desfasada y aparecían situaciones que quedaban fuera de su alcance, surgiendo una situación de inseguridad jurídica. No obstante, con esta ley fueron contenidas por primera vez en España las técnicas de reproducción asistida. Ello dio lugar, a que se

aprobara la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, con el fin de resolver los problemas planteados con el avance de la ciencia en este campo.

6.1.3) Ley 45/2003 de 21 de noviembre, por lo que se modifica la Ley 35/1988 de 22 de noviembre¹²

El objetivo de la reforma contenida en esta ley es el de resolver el problema grave y urgente de la acumulación de preembriones humanos sobrantes, cuyo destino no está determinado. La reforma se concreta en la modificación de los artículos 4 y 11 de la Ley 35/1988, para evitar la generación y acumulación de preembriones supernumerarios, a la vez que se intenta reducir la tasa de embarazos múltiples.

Para ello, se ha optado por una solución que combina el compromiso y la responsabilidad por parte de los centros y los usuarios, con la flexibilidad necesaria para asegurar la eficacia de las técnicas en las distintas circunstancias en las que acuden las mujeres usuarios de las técnicas de la fecundación *in vitro*.

Las principales cambios entre ambas leyes fueron que en esta nueva ley, se establecía un límite máximo al número de preembriones que pueden ser transferidos a una mujer en cada ciclo; dicho límite máximo está fijado en tres preembriones por ciclo.

No obstante, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida manifestó desde la publicación de la citada ley, que debía realizarse una reforma legislativa, buscando solución a las deficiencias e intentar adoptarla lo máximo posible a la realidad actual. Estos problemas fueron solucionados por la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)

6.1.4) Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, por lo que se modifica la Ley 45/2003, de 21 de noviembre¹³

La Ley 14/2006 introduce nuevas opciones terapéuticas como la congelación de ovocitos y tejidos ováricos con fines reproductivos y el Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) en combinación con la determinación de antígenos de histocompatibilidad con fines terapéuticos para terceros.

Las técnicas de reproducción asistida que pueden practicarse también son objeto de nueva regulación. Se incluyen la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* e

¹² Ley aprobada por el Gobierno de D. José María Aznar López.

¹³ Ley aprobada durante el Gobierno de D. José Luis Rodríguez Zapatero.

inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones y la transferencia intratubárica de gametos.

6.2 Evolución Doctrinal y Jurisprudencial

6.2.1) Resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2009

La primera vez que la Dirección General tuvo que pronunciarse sobre esta materia fue en la Resolución de 18 de febrero de 2009, cuyo origen se encuentra en el recurso planteado por una pareja de dos hombres de nacionalidad española ante el Registro Consular de Los Ángeles.

El encargado del Registro denegó la inscripción de los certificados de nacimiento estadounidenses en los que constaba la paternidad a favor de los recurrentes de dos niños mellizos nacidos por gestación subrogada en California a partir del material genético de uno de los recurrentes y de óvulos de una donante anónima.

El principal argumento en el que se fundamentó la denegación fue el ya mencionado artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, afirmando que “es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas”. Así como el artículo 10.2 de dicha Ley “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

A juicio del Consulado Español, sólo procedía la inscripción a favor de uno de los padres y, el otro podría tramitar la adopción. No obstante, ambos interesados se negaron dado que el proceso de adopción era bastante prolongado en el tiempo y, además, alegaban que ambos bebés eran hijos de los dos por igual.

Ante esta situación, los padres de intención decidieron interponer un recurso contra el auto emitido por el Encargado del Registro Civil Consular de España en Los Ángeles ante la Dirección General de los Registros y del Notario (DGRN).

La DGRN finalmente estimó el recurso interpuesto frente a la resolución del Encargado del Registro Consular y precedió a la inscripción del certificado de nacimiento. Se le concedió el carácter de “auténtica decisión” a la certificación californiana de nacimiento y filiación de los menores. El 18 de febrero de 2009, se precedió a la inscripción registral del nacimiento de los bebés con idéntica filiación a la que constaba en el Registro Civil californiano, velando por el interés superior del menor.

La argumentación del Centro Directivo partía del siguiente presupuesto: la inscripción de un título extranjero que acredita una relación de filiación derivada de una gestación por sustitución no plantea un problema de determinación del Derecho aplicable a la filiación, sino un problema de “validez extraterritorial de decisiones”. Asumida esta idea, la DGRN identificó el título extranjero cuya inscripción se pretendía y tras considerar que constituía título suficiente para el acceso al Registro español, admitió su inscripción.

Para tomar tal decisión y expedir tal resolución, la DGRN se apoyó en un conjunto de fundamentos jurídicos.

- 1- Comienza analizando, en concreto, dos vías distintas o títulos jurídicos posibles para inscribir un nacimiento ocurrido en el extranjero: la declaración del nacimiento y la certificación de Registro extranjero. Y obvia por otro lado, el expediente registral de inscripción fuera de plazo y la resolución judicial.

Esta afirmación la basa la DGRN en un fundamento plasmado en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, conforme al cual “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o los Tratados Internacionales”.

Argumenta este punto afirmando la existencia de una decisión previa de una autoridad extranjera, frente a la que la cuestión suscitada ante la autoridad española es la de su validez extraterritorial en España. Respecto al control de la legalidad, las certificaciones extranjeras para acceder al Registro Civil español no requiere que estas sean idénticas a las que se adoptarían en el Estado español. Lo que se exige es que sean documentos públicos adoptados por una autoridad competente que realice funciones equivalentes a las autoridades registrales españolas y, sobre todo, que los efectos que ocasionen no sean contrarios al orden público internacional español.

- 2- La certificación registral no vulnera los intereses generales. El hecho de que dos personas sean del mismo sexo, en este caso varones, no atenta contra el orden público.

La DGRN consideró que si el Ordenamiento Jurídico Español admite la filiación adoptiva a favor de dos personas del mismo sexo, se debe llegar a la misma solución en el caso de los hijos naturales, respetando, uno de los principios jurídicos básicos del

derecho español, la igualdad de todos los ciudadanos españoles, recogido en el artículo 14 de la Constitución Española. Sosteniendo por tanto, que el no permitir la filiación de los niños a favor de los varones resultaría discriminatorio por razón de sexo (artículo 7.3 de la Ley 14/2006).

3- El hecho de que los nacidos podrían tener una determinada filiación en California, pero dicha solución resultaría ineficaz en España. Los interesados deberían volver a plantear *ex novo* la inscripción de los menores en el Registro Civil español, dando lugar a otra filiación, dando lugar, tal y como apuntó la DGRN a la vulneración de la economía procesal.

El hecho de llevar a cabo una duplicidad de procedimientos supondría una elevación de costes para litigar que perjudicaría a los particulares. Es imprescindible cumplir con los principios de derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso equitativo. El DGRN dejó claro que los menores debían tener la misma filiación, tanto en España como en California.

Finalmente, la inscripción de los bebés, llevada a cabo por la Resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2009, fue anulada a instancias del Ministerio Fiscal por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia, Número 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010. Tal decisión se basó en la aplicación del principio de jerarquía normativa que consagra la Constitución Española en su artículo 9.3. El Juez señaló que primaba la aplicación del artículo 23 LRC sobre los artículos 81 y 83 RRC¹⁴. Es decir, se

¹⁴ Art. 81 RRC: “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”.

Art. 83 RRC: “No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere exequátur, deberá ser previamente obtenido. Las sentencias o resoluciones canónicas, para ser inscritas, requieren que su ejecución, en cuanto a efectos civiles, haya sido decretada por el Juez o Tribunal correspondiente”.

obliga al Registrador a efectuar un control absoluto de la certificación californiana con el propósito de que no incurra en contradicción con la legislación española.

Por otro lado, la DGRN considera que al permitirse la inscripción de la filiación a favor de dos mujeres casadas, también debería permitirse la inscripción a favor de dos hombres casados. La Sentencia despeja cualquier tipo de duda respecto al principio de no discriminación, estableciendo el Juez que la nulidad de pleno derecho del contrato deviene de las consecuencias que se producen tras el alumbramiento, independientemente del sexo de las personas, distintas de la madre gestante, que pretenden ostentar la filiación del nacido, por la existencia de un contrato de gestación por sustitución.¹⁵

La sentencia también señala la existencia del principio de no disponibilidad del estado civil, y que éste se vulneraría en el caso que se pudieran alterar las normas que determinan el nacimiento de la relación paterno filial y la atribución de la condición jurídica de padre e hijo.

Esta sentencia lo que se plantea es la posibilidad de que el varón que hubiera aportado su material genético ejercite la acción de reclamación de la paternidad de los niños recogida en el artículo 10.3 LTRHA, y que, posteriormente, la mujer gestante renuncie a sus derechos de manera que el otro cónyuge inicie un procedimiento de adopción.

6.2.2) Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por subrogación.

La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notario surgió para solucionar problemas reales que se estaban dando en nuestra sociedad. 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 de reproducción asistida, evitando futuros problemas respecto al registro de los nacidos en los países en los que los contratos de gestación subrogada están permitidos.

¹⁵ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V., “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”. Anuario Facultad de Derecho, 2012, pp. 365-381.

Dicha protección constituye el objeto esencial de la presente Instrucción, contemplando desde una perspectiva global, lo que comporta, al menos, abordar tres aspectos igualmente importante: en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y, en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico.

La instrucción tenía como objetivos garantizar la protección del menor y en especial, la protección de la gestante. De ahí se deriva que como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, sea necesaria la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente.

Se exige una resolución judicial por los siguientes motivos: controlar que se cumple el contenido del contrato conforme al marco legal del país donde se ha formalizado, 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.

No obstante, en los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por exequátur, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante pueda instar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana y artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por tanto, regla general es que dicha resolución deba ser objeto de exequátur, en base al procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, salvo si ésta tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, y en dicho supuesto, será el encargado del Registro Civil quien controlará si dicha resolución puede ser reconocida en España, siempre con carácter previo a realizar la inscripción solicitada.

Respecto al “control incidental” del encargado del Registro Civil en los casos en los que la resolución judicial tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria. Según Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, sería un control incompleto, ya que no se incluye el orden público internacional, el cual si fue tenido en cuenta en la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009¹⁶. Dicho control consiste en:

- a. Comprobar la regularidad y autenticidad de la resolución extranjera y de todos aquellos documentos presentados al respecto para solicitar el reconocimiento de dicha inscripción.
- b. Que el Tribunal extranjero se haya basado en criterios que fuesen equivalentes a la legislación española.
- c. Que los derechos procesales de las partes se hayan visto garantizados.
- d. Que se haya producido una protección del interés superior del menor y de la madre gestante, luchando contra cualquier tipo de vulneración.
- e. Que la resolución judicial dictada en el extranjero sea firme. También será importante observar que el cumplimiento prestado sea de naturaleza irrevocable, o si éste tuviera un plazo para poder ser revocado, que dicho plazo haya transcurrido sin que la revocabilidad haya sido ejercitada.

6.2.3) La Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014

En este apartado analizaré el pronunciamiento del Tribunal Supremo respecto a un caso relativo de gestación por sustitución internacional.

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha resuelto en Pleno Jurisdiccional un recurso de casación en materia de impugnación de una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la filiación de dos niños nacidos en California por maternidad subrogada.

El Ministerio Fiscal presentó en el Decanato de los Juzgados de Valencia, una demanda de juicio ordinario contra la “Dirección General de los Registros y del Notariado” que acordaba la inscripción de dos menores en el Registro Civil, la cual había

¹⁶ CALVO CARAVACA A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. “Notas críticas en torno a la instrucción...”, página 253.

sido previamente denegada por el encargado del Registro Civil Consular de España en Los Ángeles. Dicha demanda, fue estimada en primera instancia y como consecuencia se dejó sin efecto la inscripción del nacimiento en el Registro de esos dos menores sin reconocer así la filiación con sus padres de intención, ambos varones. Tras esa resolución, los padres de intención interpusieron recurso de apelación contra la misma, la cual fue nuevamente desestimada por la Audiencia Provincial de Valencia. Y ante esta nueva desestimación interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 desestima el recurso de casación interpuesto, con voto particular de los Magistrados. Esta sentencia canceló la inscripción de nacimiento de los dos menores, con la consecuencia de no poder obtener la nacionalidad española. No obstante, la sentencia dice no negar su inscripción, pero sí su filiación a los recurrentes. En la sentencia se alega que en Europa es general la prohibición de la gestación por sustitución mediante precio, y que, en España concretamente, es un contrato nulo de pleno derecho, pues la filiación se determina por el nacimiento, es decir, por el parto.

El voto particular plantea que esta situación se tenía que resolver no basándose en el artículo 10 de la Ley 14/2006, sino que tuvo que haberse hecho desde “el análisis del orden público internacional en relación con el interés superior del menor”, pues parece que en este caso, en base al principio del orden público en solitario, se le priva de su identidad y de su familia a dos menores. El voto particular añade que “no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, y perfectamente individualizada”.

Mediante esta sentencia, el Tribunal Supremo es doctrina en base al reconocimiento de la filiación de un contrato que surge por gestación por sustitución, en los supuestos de previo reconocimiento extranjero de la misma mediante resolución judicial.

7. CONCLUSIÓN

Tras haber analizado la situación jurídica en la que se encuentran los españoles que deciden recurrir a esta técnica de reproducción asistida y las resoluciones judiciales de los Tribunales españoles, podemos observar como nos encontramos ante un debate que aun no está finalizado y del cual no hay una opinión unánime respecto al tema.

En mi caso, he experimentado un cambio de opinión conforme he ido desarrollando e investigando sobre el tema, ya que mi postura inicial era defender la gestación

subrogada y tras haber realizado el trabajo, tengo un opinión más crítica, que a continuación desarrollaré.

El hecho de que se legalice esta práctica de reproducción asistida en España, ayudaría a muchas parejas y personas solteras a formar una familia que, como he dicho a lo largo del trabajo, tienen problemas para poder gestar o, por ejemplo, en el caso de los hombres, sólo pueden cumplir ese sueño mediante la adopción.

Ahora bien, para poder implantar y legalizar este método se debe garantizar que se haga de una forma segura, que no haya ninguna posibilidad de mercantilizar con los menores y garantizar los derechos y la dignidad de las mujeres gestantes.

A continuación, paso a explicar los puntos fundamentales que considero que se deberían tener en cuenta en el supuesto de que la gestación por sustitución se regularizase en España.

Las mujeres gestantes no deben tener ningún tipo de vinculación genética con el bebé, pues, esa vinculación puede suponer un *hándicap* a la hora de entregarlo a los padres o padre o madre de intención, y porque legalmente es más fácil inscribirlo posteriormente como padres legales a los padres de intención. Por otro lado, a la mujer gestante, se le debe reconocer su autonomía y plenitud de derechos desde el momento de la transferencia embrionaria hasta el instante del nacimiento, en el sentido de que podrá interrumpir la gestación o continuarla contra el criterio de la pareja. En el caso de optar por la interrupción ajustándose, en todo caso, a los plazos legales para abortar.

Por otro lado, deberían tener acceso a dicha práctica de reproducción asistida todos los ciudadanos, independientemente del sexo o de si se trata de una pareja heterosexual u homosexual. En el caso de que no fuese así, se estaría infringiendo el artículo 14 de la Constitución Española, el cual establece que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra contradicción o circunstancia personal o social”.

Respecto a los motivos por los que se podría acudir a la gestación subrogada, debería ser única y exclusivamente por problemas médicos en cualquiera de uno de los miembros de la pareja, o persona soltera que quiera tener hijos y, previamente se deben haber agotado todas las vías posibles para poder gestar. En el caso de las parejas homosexuales masculinas u hombres solteros, se entiende que previamente no han podido

acudir a ningún otro método de fecundación, por lo que sí tendrían acceso a la gestación subrogada.

El método más adecuado para evitar la comercialización de los menores sería la modalidad altruista, en el que la mujer gestante no reciba compensación económica más allá de los gastos originados por el embarazo, así como un seguro médico privado. También las mujeres gestantes deberán demostrar que perciben ingresos, que tienen una familia y no se encuentran en situación de necesidad.

Ahora bien, todo lo dicho anteriormente e incluso si se añadiesen más restricciones para garantizar las coberturas de la gestación subrogada, ¿realmente garantizarían los derechos de las mujeres gestantes y de los menores?.

A mi parecer, la teoría de la gestación subrogada, todo lo que engloba y en definitiva, todo lo que pretende, lo comparto y lo defiendo. Ahora bien, analizando las experiencias que han tenido otros países en donde ya está legalizada esta práctica, llevarlo a cabo y garantizar al cien por cien los derechos de las mujeres gestantes y de los menores, así como evitar todo tipo de comercio extraoficial, lo veo inviable. Es más bien una especie de utopía, difícil de llevarla a la práctica. Es muy complejo, por no decir imposible, garantizar un buen método para evitar cualquier tipo de explotación y negocio paralelo.

8. BIBLIOGRAFÍA

AITOR ROMEO ECHEVARRÍA: “*Gestación subrogada y movimiento feminista. Una aproximación cuantitativa*”. Fecha de recepción 30 de abril de 2019.

ÁVILA HERNÁNDEZ, C.J: “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”.

BAYARRI MARTÍ, M.L.: “Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España”, 2015. Disponible en <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. Disponible en <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/05/19/591ed27122601d986d8b460e.html>.

CELESTE LÓPEZ: “Lo que hay detrás de los vientres de alquiler”, 2019. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/vivo/lifestyle/20190705/463293445253/asi-es-contrato-gestacion-subrogada-ventre-alquiler.html>

FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la gestación por sustitución en California. Cuestiones que plantea la Resolución de DGRN, de 18 de febrero de 2009”, en INDRET 1/2010. Barcelona 2010.

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

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

Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por subrogación. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317

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

LÓPEZ PELÁEZ, P., “La filiación de los niños y niñas nacidos en virtud de contratos de gestación por sustitución en el Derecho español”, en VVAA.

MARCOS, J.: “El PSOE rechaza la gestación subrogada”, 2017. Disponible en https://politica.elpais.com/politica/2017/06/17/actualidad/1497724807_29_3567.html

MATEO, J.J.: “Ciudadanos quiere que la gestación subrogada sea altruista y solo para mayores de 25 años”, 2017. Disponible en https://politica.elpais.com/politica/2017/06/27/actualidad/1498547026_59_4714.html

MONTSE BOADA: “La nueva ley de reproducción asistida”, Revista *ASEBIR*, nº 11, 2006.

Naciones Unidas Derechos Humanos: Oficina del Alto Comisionado. Disponible en Internet <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Children/Pages/ChildrenBornSurrogacyArrangements.aspx>

NATALIA ÁLVAREZ: “Historia de la gestación subrogada: antecedentes y casos previos”. Disponible en <https://babygest.com/es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/#la-gestacion-por-sustitucion-en-el-antiguo-testamento>

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

Resolución de 18 de febrero de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Disponible en <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-5006>

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

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

Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014. Disponible en <https://supremo.vlex.es/vid/filiacion-reconocimiento-extranjero-494106606>

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.

VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, en Revista de Derecho UNED, no 14, 2014.

