

Universidad Internacional de La Rioja
Máster en el ejercicio de la abogacía

Regulación jurídica en España de la maternidad subrogada

Trabajo fin de máster presentado por:	Blanca Lucía García Vaquero
Titulación:	Máster en el Ejercicio de la abogacía
Área jurídica:	Derecho Civil
Director/a:	Prof. Dra. Carolina Miguel Sancha

Logroño
Enero de 2019
Firmado por: Blanca Lucía García Vaquero

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS	3
RESUMEN / ABSTRACT	4
INTRODUCCIÓN	5
DESARROLLO	7
I. LA MATERNIDAD SUBROGADA	7
I.1 Concepto	7
I. 2. Marco doctrinal de referencia: La filiación	9
I. 2. 1. Filiación natural. Concepto y clases. Acciones.	9
I. 2. 3. Acciones de filiación.....	11
II. FILIACIÓN Y LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. LA LTRHA	14
II. 1. Concepto de “reproducción asistida”	14
II. 2. Determinación de la filiación en la reproducción asistida.....	15
II. 2. 1. Parejas casadas.	15
III. REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA	18
III. 1. Normativa española.....	18
III. 2. La Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN.	19
III. 3. La posición del Tribunal Supremo	21
III. 4. Controversia DGRN vs. TS.....	23
IV. POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA	26
V. DERECHO COMPARADO	28
V. 1. La maternidad subrogada en Europa	28
V. 1. 1. El caso de Ucrania.....	29
V. 2. La maternidad subrogada en Estados Unidos: California	31
V. 2. 1. Antecedentes	32
V. 2. 2. Características de la gestación subrogada en California	34
V. 2. 3. Procedimiento de acceso a la maternidad subrogada en California	36
CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	46
FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS	49

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
DGRN	Dirección General de Registros y Notariado.
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
MF	Ministerio Fiscal
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TS	Tribunal Supremo.

RESUMEN / ABSTRACT**REGULACIÓN JURÍDICA EN ESPAÑA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA**

La maternidad subrogada es actualmente una opción para convertirse en padres cuya valoración ética y aceptación social es objeto de controversia, siendo su regulación heterogénea. El posible encuadre de la maternidad subrogada en la legislación española pasa por su inclusión en la figura jurídica de la filiación, dentro de la cual cabe destacar la filiación a consecuencia de las técnicas de reproducción asistida. Estas técnicas son indisociables a la gestación subrogada, hasta el punto de que la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida es el único texto legal que la cita explícitamente, para prohibirla. En este trabajo se analizan jurídicamente ambos conceptos, la posición de la Dirección General de Registros y del Notariado así como la del Tribunal Supremo, y se estudia el estado de la cuestión en los países de nuestro entorno para culminar analizando la situación de la gestación subrogada en California como referente a nivel internacional.

Palabras clave: gestación subrogada, vientre de alquiler, comitentes, madre gestante, filiación.

LEGAL REGULATION IN SPAIN OF SURROGATE MOTHERHOOD

Surrogate motherhood is currently an option to become parents whose ethical assessment and social acceptance is subject to controversy, being its regulation heterogeneous. The possible framing of surrogate motherhood in Spanish legislation goes through its inclusion in the juridical figure of filiation, within which it is worth highlighting the affiliation as a result of assisted reproduction techniques. These techniques are inseparable from surrogate pregnancy, to the point that the Assisted Human Reproduction Techniques Law is the only legal text that explicitly cites it, to prohibit it. In this paper, both concepts are analysed legally, the position of the Dirección General de Registros y del Notariado as well as that of the Supreme Court, and the state of the matter is studied in the surrounding countries to conclude by analysing the situation of the surrogate pregnancy in California as a reference internationally.

Key words: surrogate gestation, surrogacy, commissioners, pregnant mother, filiation.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo surge de la necesidad de investigar acerca de la cabida en nuestro Derecho de la novedosa forma de filiación de la maternidad subrogada, aún no inserta en nuestro ordenamiento jurídico, pero sí en nuestra sociedad, aunque de manera primitiva e incipiente.

Pues bien, dicha forma de filiación, la de la maternidad subrogada, pone sobre la mesa el hecho de que habrá una familia creadora de un hijo, una familia receptora del mismo y, por supuesto, el menor.

Como ya el lector puede ir sospechando, a nivel jurídico aquí puede llegar a haber una infinidad de controversias, no sólo por lo novedoso de dicho tipo de maternidad, sino porque como uno de los sujetos interesados en ella (podrá decirse que el que más) nos encontramos a un menor de edad.

Esto nos hace poner de relieve la imperiosa necesidad de proteger al menor, archiconocida ya dentro de la disciplina jurídica española pero que no está nunca de más recordar. Sobre todo porque, a lo largo del desarrollo de este trabajo se manifestaba dicha necesidad, posiblemente heredada de los anteriores estudios de Derecho cursados, donde se hizo especial hincapié en ella.

Para el desarrollo de este trabajo ha sido necesario consultar numerosa bibliografía referente a la filiación, pues es en esta institución jurídica en la que se encuadraría en nuestro Derecho este tipo de maternidad, pero también ha sido vital consultar páginas en Internet que trataban sobre este tema.

Se utilizará el método analítico para realizar este trabajo porque investigaremos desde un punto de vista objetivo, basándonos en los estudios que sobre la maternidad subrogada tienen autores de reconocido prestigio, especialistas en la materia.

El objetivo de este análisis va dirigido a averiguar si dicho tipo de maternidad podría tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico actual, teniendo siempre en cuenta que el Derecho va por detrás de los problemas sociales, y posiblemente hubiera que reformar algunos preceptos.

Además, se torna necesario investigar acerca de la filiación en nuestro derecho, debido a que es la figura jurídica en la cual se encuadran los tipos de maternidad entre otros supuestos.

Debemos indicar, que en el trabajo se tratan conceptos genéricos de la filiación, pues comenzamos la investigación del tema desde un punto muy inicial, casi la ignorancia absoluta y tuvimos que, para poder llegar a donde deseábamos, sentar primero unas bases firmes.

Así mismo, es importante reconocer y prestar atención al grave conflicto ético que este tipo de maternidad provoca, pues son muchos los agentes sociales implicados con opiniones muy dispares. A lo largo de este trabajo, hemos podido cerciorarnos del grave sufrimiento emocional que provoca a menudo la imposibilidad de materializar el deseo de ser padre, haciendo ello que se considere la maternidad subrogada como una forma más de poder convertirse en una familia. Precisamente, la maternidad subrogada altera algunos de los preceptos que definen actualmente la familia como institución, de modo que a menudo las posturas contrarias a ésta responden a este conflicto.

En caso de que se opte por legalizarla, es necesario regular la maternidad subrogada para evitar la desprotección de derechos de las partes implicadas: padres comitentes, madre gestante y, sobre todo, el menor objeto de la misma.

DESARROLLO

I. LA MATERNIDAD SUBROGADA

I.1 Concepto

Para iniciar este trabajo es de suma importancia identificar con precisión la materia objeto de estudio, por ello se torna necesario matizar qué se entiende por “maternidad subrogada”. Comenzaremos pues con las definiciones que proporciona la Real Academia Española (RAE) de los términos “maternidad” y “subrogar”.

Según la RAE, el término “maternidad” significa el estado o cualidad de madre, siendo ésta definida en sus acepciones primera y segunda como la mujer o animal hembra que ha parido a otro ser de su misma especie o la mujer o animal hembra que ha concebido.

Por otro lado, “subrogar” lo define como sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.

Sin embargo, y pese a que estamos ante un tema de relevancia social en los últimos tiempos, no disponemos de una definición como tal proporcionada por la legislación, sino que hemos de estar a lo dispuesto doctrinalmente.

Así pues, la maternidad por subrogación consiste en la gestación, convenida en un contrato, con o sin precio, por una mujer, que renuncia a la filiación materna y consiente que la filiación del niño o niños quede determinada a favor del contratante/s o de un tercero/s. El supuesto se denomina de diversos modos: maternidad subrogada o maternidad por sustitución, vientres de alquiler o madres de alquiler¹.

También se podría definir la maternidad subrogada como aquel negocio jurídico en virtud del cual una mujer accede, de forma onerosa o gratuita, a gestar para otra u otras personas un embrión humano, pudiendo tener éste vínculos genéticos con la gestante o con el o los comitentes, a parirlo y a renunciar a sus derechos sobre la criatura, entregándolo tras el parto a

¹ SANCIÑENA ASURMENDI (2014: 1).

los comitentes, que podrán determinar la filiación del niño a su favor, ya sea antes o después de su nacimiento².

Como podemos apreciar, son varias las aproximaciones al concepto, pero ninguna es taxativa e inamovible, creando no sólo una multitud de hipótesis acerca de sus efectos, sino también lo que se entiende por cierta inseguridad jurídica.

Dicha inseguridad, no se percibe tanto en los derechos de los progenitores (tanto biológicos como subrogados), puesto que es obligatorio que sean personas adultas a las que ya se les presupone cierta conciencia. A quien perjudica la mencionada inseguridad jurídica es al menor, pues podríamos afirmar que su interés legítimo se ve gravemente mancillado a consecuencia de estas prácticas no del todo delimitadas legalmente.

Continuando con el tema de la definición, hemos indicado más arriba que debemos atenernos a lo que la doctrina expone, debido a que la legislación no proporciona un concepto cerrado de maternidad subrogada. Esto no es así por un capricho del legislador, sino porque dicha práctica, en el ámbito del derecho español está prohibida.

A tal conclusión llegamos si leemos con atención el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida³ (en adelante, LTRHA), en la que se indica de forma tajante y sin dejar lugar a dudas que 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.

Asimismo, en el apartado 2 de dicho artículo se expone que la filiación de los hijos nacidos por medio de esta técnica será determinada por el parto. Con dicha afirmación podemos interpretar que la verdadera y única madre del bebé que nazca será la que lo haya gestado y dado a luz, obviando de quién sea el material genético que ha hecho posible la creación de una nueva vida.

La redacción de la mencionada Ley es de suma importancia, debido a que, entre otras cosas, nos está enmarcando la técnica de la maternidad subrogada. Lo vemos a continuación.

² ALBERT (2017: 178)

³ Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE 2006-9292)

I. 2. Marco doctrinal de referencia: La filiación

Al ser la maternidad subrogada una cuestión sin regulación positiva en España y controvertida, es necesario enmarcarla de modo correcto en el plano doctrinal.

Para tratar desde un punto de vista jurídico la técnica de la maternidad subrogada es necesario explicar a grandes rasgos la parte del Derecho en la que la misma encuentra cabida. Esta parte no es otra que la institución jurídica de la filiación.

En general se entiende por *filiación* aquella relación jurídica entre padres e hijos que genera derechos y deberes recíprocos, pudiendo ser esta natural o civil. La natural es aquella derivada de la procreación y se distingue entre matrimonial y no matrimonial, mientras que la filiación civil es la derivada de un proceso de adopción⁴.

Sin embargo, hay otros tipos de filiación, como son la derivada de reconocimientos de conveniencia y la que es consecuencia de la fecundación artificial. Más adelante trataremos estos tipos con mayor profundidad debido a la relevancia para el tema objeto de este trabajo.

Además, puede ocurrir que un hijo tenga padres biológicos jurídicamente desconocidos, esto es, que no se conozca la relación biológica de forma manifiesta entre padres e hijo. Ante esto, no significa que el hijo no tenga padres biológicos en el sentido estricto, pues de alguien hemos tenido que nacer todos, sino que ese hijo no tiene ninguna persona que desempeñe el papel legal de padre biológico. Al no tener determinada su filiación, por tanto, ese hijo queda formalmente sin estado de filiación. Sin embargo, si aparecen unos padres que resulten legalmente determinados (si llegan a resultarlo), se manifestará que les ha correspondido ser legalmente padres no desde que esto sucede, sino desde que el hijo existió.⁵

I. 2. 1. Filiación natural. Concepto y clases. Acciones.

La filiación natural es consecuencia del coito, fecundación, gestación y alumbramiento, siendo el material genético y el ecosistema del filiado biológicamente de sus progenitores en todas las fases.

⁴ MARTÍN MINGUIJÓN (2006: 606)

⁵ ALBALADEJO (2008: 207-208).

Según el artículo 108 del Código Civil⁶ (en adelante, CC), la filiación natural puede ser matrimonial o no matrimonial.

- Filiación matrimonial:

En este supuesto de filiación matrimonial materna y paterna es necesario indicar que quedará determinada legalmente por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres o por sentencia firme tal y como expone el artículo 115 CC.

- Filiación no matrimonial:

La filiación no matrimonial tanto materna como paterna quedará determinada legalmente por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público, por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil o bien, por sentencia firme y, además, respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil (artículo 120 CC).

En este punto, se torna necesario traer a colación el reconocimiento de la filiación no matrimonial debido a que un tipo concreto del mismo es relevante para la maternidad subrogada tal y como veremos más adelante. El objeto de dicho reconocimiento es admitir el hecho de la relación biológica existente entre la persona que lo lleva a cabo y aquel o aquella a quien se encuentra referido.

Ahora bien, en este punto cabe preguntarse si es característica del acto que determina la filiación no matrimonial ser una declaración de ciencia o de voluntad, siendo el reconocimiento por complacencia una figura clave a tener en cuenta. Es decir, una persona sin que haya relación biológica y siendo plenamente consciente de ello, dispone reconocer un hijo como suyo. Aquí estamos hablando de que sin ser hijo biológico ni adoptivo se establece una relación de filiación.

La conclusión en este supuesto es clara, podría producirse una inseguridad jurídica total, no ya sólo de cara al menor, sino hacia toda la sociedad en su conjunto.

⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 1889-4763). Texto consolidado.

Una vez analizado lo anterior, pasamos a estudiar el reconocimiento desde el punto de vista del menor.

En cuanto al hijo menor o incapaz, la regla general es que su reconocimiento requiere, además de la aprobación del progenitor legalmente conocido (en caso de que exista), alternativamente el conocimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial. Este reconocimiento está regulado en el artículo 124 del CC. En el caso de los hijos mayores de edad, éstos deben dar su consentimiento de forma expresa o tácita, según lo que expone el artículo 123 del CC. Por ello, entiendo que al menor filiado a consecuencia de la maternidad subrogada, se le deja en una posición de vulnerabilidad jurídica y se produce un agravio comparativo en relación a los menores no filiados a consecuencia de dicho tipo de maternidad.

Además de los medios de determinación no matrimonial presentados anteriormente, es interesante no olvidarnos de los siguientes: el expediente gubernativo, la sentencia firme y del caso del artículo 47 de la Ley del Registro Civil⁷, el cual permite a la madre “desconocer la filiación”.

I. 2. 3. Acciones de filiación.

Entre las reglas comunes a dichas acciones, entre otras, encontramos en primer lugar la del requisito previo de un principio de prueba. En segundo lugar, la regla que permite la acción de reclamación de filiación permitirá la impugnación de la filiación contradictoria con la que se reclama. Además, cuando se reclama otra filiación, necesariamente se debe impugnar la que se ataque. Y, en tercer lugar, el hecho de que si hay posesión de estado, está legitimado cualquiera con interés legítimo (art. 131 CC).

- Reclamación de filiación.

Al hilo de dichas acciones, hemos de tratar la reclamación de la filiación, pues quien es padre, madre o hijo tiene el derecho de demostrarlo *erga omnes*. Para ello recordemos que será necesario aportar toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

Para reclamar la filiación, se han de distinguir dos supuestos: cuando la persona que sea disfruta de la posesión del estado de filiación que se reclama para ella, y cuando, por el

⁷ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE 2011-12628).

contrario, no posee dicho estado. También es diferente, a los efectos de la posesión de estado cuando la filiación que se reclama es matrimonial o no.

En la primera de ellas que es la que nos interesa, se llama posesión de estado a la apariencia creada gracias a los hechos que manifiesta que puede haber una relación paternofamiliar, tales como, que la relación sea pública dentro del ámbito social en el que viven padre e hijo, que se conozca al hijo por el apellido del padre etc.

- Impugnación de la filiación.

Finalmente, y como casi todos los derechos concedidos, existe la figura jurídica de la impugnación, el cual se basa en la verdad biológica.

En nuestro caso, hemos de preguntarnos por qué, si se concede importancia a la verdad biológica como para tumbar un reconocimiento de complacencia que no tiene vicios en el consentimiento, se va a admitir la maternidad subrogada, que es una figura análoga a un reconocimiento contra la verdad biológica.

Sin embargo, cabe preguntarnos qué significa realmente y qué implicaciones tiene dicha impugnación. Pues bien, en cuanto a la impugnación del reconocimiento por complacencia, esto es, el que realiza quien reconoce sabiendo a ciencia cierta que el reconocido no es hijo biológico suyo. ALBALADEJO destaca que en este supuesto, la doctrina manifiesta que para que el reconocimiento de un hijo sea eficaz no se exige que el reconocedor sea verdaderamente progenitor biológico del reconocido, sino que exista la voluntad no viciada de ser el padre de ese hijo.

El artículo 141 del Código Civil le permite interponer ésta acción a quien haya otorgado el reconocimiento habiendo concurrido alguno de los vicios del consentimiento.

Esta acción caduca al año de que se haga efectivo el reconocimiento o desde que el vicio cese. Además, se entiende que no es impugnabile, pero ALBALADEJO⁸ trae a colación unas cuantas sentencias del Tribunal Supremo en las que, según él, se está comenzando a imponer la opinión cuyo fundamento principal es el respeto a la verdad biológica⁹. Siendo entonces

⁸ ALBALADEJO (2008: 249-253).

⁹ En este sentido ALBALADEJO cita las SSTs de 5 de julio 2004, de 29 de octubre 2008 y de 5 de diciembre de 2008.

esto así, la impugnación del reconocimiento de complacencia no se regularía por el artículo 141 del Código Civil, sino por el 140, provocando así la legitimación del reconocedor para impugnar el reconocimiento al no ser el reconocido su hijo biológico.¹⁰

¹⁰ ALBALADEJO (2008: 249-253).

II. FILIACIÓN Y LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. LA LTRHA

En este apartado es muy relevante la LTRHA debido a dos razones:

- Porque contiene en su articulado la prohibición de la maternidad subrogada, siendo tajante y expresa, puntualizando que la filiación materna la determina el parto.
- Porque comparte en gran medida el supuesto de hecho: fecundación no por un acto procreador de los progenitores sino por inseminación o fecundación in Vitro. La diferencia –decisiva para el legislador- es que la gestación y parto tampoco es de los progenitores.

II. 1. Concepto de “reproducción asistida”

Como ya hicimos anteriormente con el término “maternidad subrogada”, hemos de hacer ahora con el de “reproducción asistida”. En primer lugar, interesa un acercamiento etimológico que la RAE establece así en su Diccionario: Por “reproducción asistida” se entiende el conjunto de técnicas médicas que favorecen la fecundación en caso de impedimentos fisiológicos del varón o de la mujer.

Sin embargo, es el concepto jurídico el que nos interesa y qué mejor que la ley entonces para aproximarnos al concepto. Pues bien, la LTRHA, manifiesta en su exposición de motivos que “la aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los 70 supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología”.

De esta aseveración entonces, podríamos decir que se deriva que este tipo de procreación, es aquella en la que, sabiendo ya que la pareja no podrá (aparentemente) tener descendencia de forma natural, esto es, coito o cópula mediante, la ciencia se pone a su servicio, para poder engendrar el hijo que desean.

Ahora bien, hay autores que definen esta filiación como natural, por el hecho de la gestación y parto por la madre. Aquí la procedencia del material genético no tendría relevancia a estos efectos, así como tampoco el coito o cópula.

Dentro de la reproducción asistida, para el fin perseguido pueden utilizarse distintas clases de

técnicas, entre las que se encuentran: la inseminación artificial, la fecundación in Vitro y la inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones.

La diferencia de cada una radica en que mientras la inseminación artificial es la introducción del semen, previamente tratado, de forma no natural, en el aparato reproductor femenino, en la fecundación in Vitro, los ovocitos se fecundan en el laboratorio fuera del organismo de la mujer y, posteriormente se transfieren al útero para que allí continúen su desarrollo de forma natural, siendo la inyección intracitoplásmica un tipo de fecundación in Vitro en la que sólo se introduce un único espermatozoide en el interior del citoplasma del óvulo.¹¹

II. 2. Determinación de la filiación en la reproducción asistida

LACRUZ BERDEJO expone que la Ley remite a las leyes ordinarias, esto es, el Código Civil, en el que se manifiesta, en su artículo 7.1 que “la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida, se regulará por las leyes civiles”.¹²

Además, la normativa habrá que aplicarla distinguiendo si se trata de pareja casada, de pareja no casada o de mujer soltera (el autor se refiere a ella como “mujer sola”). Asimismo, habrá que diferenciar en los dos primeros casos si la procreación es llevada a cabo con semen del varón de la pareja o con semen de donante.

II. 2. 1. Parejas casadas.

En caso de procreación asistida con semen del varón de la pareja en el supuesto de pareja casada, se aplicarán los artículos 116 y siguientes del Código Civil, cuya única particularidad es la artificial forma de hacer llegar los gametos masculinos cerca del óvulo de la mujer, pues, las demás condiciones necesarias, tales como son el material genético y la voluntad del marido, coinciden completamente con la reproducción natural.

¹¹ JIMÉNEZ MUÑOZ (2012). Y también: NAVARRO ESPIGARES - MARTÍNEZ NAVARRO - CASTILLA ALCALÁ - HERNÁNDEZ TORRES (2006).

¹² LACRUZ BERDEJO (2010: 359-361).

Aquí, se ha de tener en cuenta un supuesto que, aunque poco verosímil, no es imposible, como es la hipótesis de que la esposa sea inseminada con semen de su marido pero éste ni conociera ni consintiera tal acción. Ante esto, LACRUZ BERDEJO expone que parece difícil negar la condición matrimonial del hijo, en primer lugar porque genéticamente lo es, y en segundo porque el hijo es el interés preponderante.

Esta tesis de que el hijo nacido por procreación asistida con semen del marido, no provoca ningún problema a la hora de determinar la filiación como matrimonial, también la sustenta LASARTE¹³.

En el supuesto de fecundación asistida con semen de tercero y con consentimiento del marido, manifiesta LACRUZ BERDEJO que es una situación complicada, puesto que se aúnan dos elementos muy importantes que proceden de personas diferentes, por un lado está el consentimiento que presta el marido y por otro, el material genético del tercero donante. Ante esta situación, el autor expone que el elemento más relevante para la determinación de la filiación es sin duda el elemento volitivo o decisión de traer a ese hijo al mundo, puesto que el material genético podría ser sustituido en todo caso por otro varón, pero la voluntad no. Por todo ello, el hijo deberá ser considerado como suyo y matrimonial, tal y como indica el artículo 8.1 de la LTRHA.

Este autor, en cuanto al supuesto de procreación asistida con semen de tercero pero sin consentimiento del marido, asevera que, si bien la situación descrita no ha sido específicamente contemplada por nuestra legislación de procreaciones asistidas, el marido no consintiente no es titular del material genético empleado para que nazca el hijo, por tanto, aun constante matrimonio, ese hijo será extramatrimonial y vinculado sólo a la madre. Ahora bien, si dicho hijo se inscribiera como matrimonial al amparo del artículo 116 del Código Civil, la paternidad marital podrá impugnarse según las reglas generales.

En los supuestos de fecundación con semen del compañero en parejas no casadas mediando consentimiento del varón, la LTRHA no prevé nada, por lo que se aplican las normas y principios generales de las parejas casadas por analogía. Hemos de destacar que aquí no

¹³ LASARTE (2008: 306-307).

juegue la presunción legal *pater is est* por lo que dicha paternidad sólo se considerará jurídica por los mecanismos del artículo 120 del Código Civil.

En el caso que no se dé consentimiento del varón, el supuesto apenas se diferencia de la procreación gracias a donante anónimo, puesto que éste no ha asumido ninguna responsabilidad y, si voluntariamente no efectúa el reconocimiento, es discutible que pueda declararse su paternidad en un proceso de reclamación de filiación.

Ante este supuesto, la inseminación artificial homóloga en caso de convivencia *more uxorio*¹⁴, LASARTE no se plantea en ningún momento que pueda no darse el consentimiento del varón, presuponiendo, quizás de forma un tanto arriesgada, el consentimiento de ambos progenitores.

En los casos en que la fecundación asistida, dentro del ámbito de una pareja no casada, se lleva a cabo con semen de tercero, también hace LACRUZ BERDEJO distinción en el caso de que haya o no consentimiento del varón compañero sentimental de la madre.

Cuando hay consentimiento, se aplicarán los mismos principios y argumentos que en el mismo supuesto pero dentro de las parejas casadas, por lo que la paternidad del hijo corresponderá al varón que presta el consentimiento, que asume la responsabilidad y el rol social de padre. Si por el contrario, el compañero de la madre no ha consentido ni ha intervenido ni tampoco ha asumido responsabilidad previa frente a tal nacimiento y posible hijo, no se podrá relacionar jurídicamente con ese nuevo ser nacido.

Para el caso de la procreación asistida de mujer soltera, la ley no pone ningún tipo de restricción, teniendo en cuenta el párrafo 2º del artículo 6.1 de la LTRHA¹⁵, en el que LACRUZ BERDEJO afirma que jugarán los supuestos anteriormente examinados. Cuando una mujer por su cuenta y riesgo, sin varón que dé su consentimiento para una inseminación con semen de donante, se someta a ella y finalmente tenga el hijo, el nacido sólo tendrá la

¹⁴ En Derecho se llama convivencia *more uxorio* a las uniones de hecho entre dos personas que se desarrolla en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años practicada de forma extensa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunidad de vida amplia, de intereses y fines, en el núcleo del mismo hogar (STS 18/5/1992). Recuperado de: <http://www.ic-abogados.com/m/concepto-juridico-de-la-union-de-hecho/72> (consultado 16-11-18).

¹⁵ Podrá ser receptora o usuaria de las técnicas toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar.

filiación materna, puesto que nuestra ley le niega todo tipo de lazo con el donante anónimo de semen.¹⁶

III. REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA

III. 1. Normativa española

La única norma que regula actualmente la maternidad subrogada en España es la LTRHA, que como hemos visto, en su artículo 10, “Gestación por sustitución” establece que todo contrato cuyo objeto sea dicha gestación será nulo de pleno derecho, siendo la gestante la madre legal del menor y reconociendo el derecho del donante de semen a reclamar la paternidad del bebé.

Adicionalmente, son relevantes en cuanto a la protección de la infancia y la adolescencia la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁷ y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁸.

La práctica de la maternidad subrogada se ha extendido notablemente desde la aprobación de la mencionada LTRHA, legalizándose en varios países de nuestro entorno. Esto ha llegado hasta el punto de que en España el recurso a la maternidad subrogada en el extranjero constituye en la actualidad una vía más de acceso a la paternidad. Por lo tanto y a pesar de lo establecido en la LTRHA, la problemática en torno a la maternidad subrogada no está cerrada en nuestro país.

¹⁶ En la LTRHA se indica que la revelación de la identidad del donante, no implica en ningún caso determinación legal de la filiación. Es decir, la persona que dona, provee una célula, pero no un hijo. Además estas personas tienen el derecho al anonimato y la confidencialidad por parte de los bancos de gametos, de los registros de donantes y de la actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos de donantes tienen derecho a obtener información general, pero no tienen derecho a que se revele la identidad de quien donó la célula que hizo posible su existencia. Igual derecho tienen las receptoras de gametos y de preembriones. Sin embargo, en caso de peligro cierto para la vida o la salud del hijo, o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, sí podrá revelarse la identidad de los donantes. Tal revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso la publicidad de la identidad de los donantes.

¹⁷ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 2015-8222).

¹⁸ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 2015-8470).

III. 2. La Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN.

En este sentido, es imprescindible analizar la postura que la Dirección General de Registros y Notariado (en adelante DGRN) ha establecido a través de su Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución¹⁹.

Como no podía ser de otro modo, la DGRN deja bien claro que la gestación subrogada en España es nula de pleno derecho, para continuar explicando que existen ciertas acciones de reclamación de la paternidad que están legitimadas, además de indicar que se han dado casos en los que se han presentado recursos contra varios encargados de los Registros debido a que éstos denegaron la inscripción de un menor nacido por gestación subrogada en el extranjero. Por lo tanto, la DGRN viene a incidir en la problemática planteada al nacer un niño por gestación subrogada en el extranjero incluso a pesar de la prohibición expresa que pesa sobre esta gestación en nuestra legislación, dado que con este nacimiento aparecen un conjunto de derechos (los del menor) por los que se debe velar.

Por ello, expone cuáles son los criterios que determinan el acceso al Registro Civil de dichos menores, para lo cual es necesario que se aborden tres extremos importantes, a saber: que uno de los padres sea español, que la inscripción registral nunca debe permitir legitimar un caso de tráfico internacional de menores y, finalmente, la exigencia de la no vulneración del menor a conocer su origen biológico.

Además, la Instrucción continúa su redacción indicando que se deben valorar los intereses de la madre gestante junto con los del menor y no sólo los de este último y asevera que será un requisito previo garantizar los intereses de ambos.

En este sentido, se establece la necesidad de la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial emitida por el tribunal competente del país donde se ha producido el nacimiento por gestación subrogada. El contenido de esta sentencia, por ejemplo en el caso de California, es la renuncia expresa del derecho de filiación de la madre gestante hacia el bebé, en favor de los padres comitentes. Esta exigencia tiene como finalidad

¹⁹ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE 2010-15317).

garantizar el cumplimiento de la legislación aplicable en el país de referencia, así como la validez del contrato que reguló las condiciones de esa gestación subrogada, y de la madre gestante y del gestado.

El texto que nos ocupa también viene a exponer la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, en lo relativo a que dependiendo del tipo de procedimiento de que se trate, manifiesta que será o no necesario instar el exequátur de la sentencia extranjera.

Así las cosas, si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera está dictada en el marco de un procedimiento contencioso, denegará la inscripción, mientras que, si considera que la resolución extranjera está dictada en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, tan sólo controlará incidentalmente si la resolución puede reconocerse.

Aquí es necesario destacar que, en el caso en que se intente la inscripción de un menor sin aportar la resolución extranjera, esta inscripción será denegada.

Por todo ello, y porque estamos tratando de un tema controvertido, la DGRN se ha visto obligada a redactar unas directrices de funcionamiento, como son:

A)

- Que será necesario presentar la solicitud de inscripción junto con la resolución judicial.
- Que salvo que exista un Convenio Internacional que sea aplicable al caso, será necesario presentar ante el Registro Civil la solicitud de la inscripción además del auto judicial que dé por finalizado el exequátur.
- Que se vigilarán ciertos controles en caso de inscripción por jurisdicción voluntaria, tales como la regularidad y autenticidad de la resolución extranjera, la competencia judicial del Tribunal de origen del menor, la garantía de los derechos procesales de las partes implicadas (especialmente de la madre gestante), la no vulneración del interés superior del menor y de la madre gestante y, que la resolución judicial extranjera sea firme.

B) Que en ningún caso se admitirá para la inscripción una certificación extranjera o una simple declaración junto con una certificación médica relativa al nacimiento en la que no

venga recogida la identidad de la gestante.

Por lo tanto, a pesar de que la legislación vigente en España prohíbe expresamente la gestación subrogada, existe un caso en el que la DGRN entiende que legalmente debe reconocerse en nuestro país: se trata de la producida en el extranjero con padres comitentes de nacionalidad española, y siempre que se reúnan los requisitos antes mencionados.

Todo ello, nos hace reflexionar acerca de por qué la DGRN es contraria a la inscripción de la filiación determinada por reconocimiento de complacencia y en cambio es favorable a la originada por maternidad subrogada si estamos ante lo que parece un mismo supuesto de hecho: falta de verdad biológica y mero acto de voluntad de quienes se postulan como progenitores.

III. 3. La posición del Tribunal Supremo

El artículo 10.1 de la Constitución Española (en adelante, CE) recoge el principio al derecho a la dignidad de las personas. Este artículo, así como la mencionada prohibición expresa de la gestación subrogada contenida en el artículo 10 de la LTRHA constituyen los fundamentos jurídicos en los que se basa el Tribunal Supremo (en adelante TS) para establecer su doctrina contraria a la aceptación de la maternidad subrogada en España, también para los casos en que esta se produce en el extranjero (el único ámbito que, según hemos visto anteriormente, restaba abierta la posibilidad del reconocimiento de la gestación subrogada, de acuerdo con la DGRN).

En este sentido, cabe destacar la Sentencia número 835/2013 del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014, cuyo fallo deniega la inscripción de la filiación solicitada a favor de los padres comitentes, dos varones españoles casados entre sí que contrataron dicha gestación en California, EE. UU.

La mencionada sentencia establece que el reconocimiento de la certificación registral extranjera no puede consistir en la exigencia (y su verificación) de la coherencia de la legislación vigente en el país de origen con la estatal: Esta exigencia de coherencia debe limitarse a que las normas, los principios y valores de nuestra legislación sean respetados en dicha legislación extranjera. Pero la sentencia también manifiesta que en el Registro

extranjero deberían existir garantías análogas a las españolas.

En relación a la exigencia de coherencia, nuestro alto Tribunal considera que los principios y valores de nuestra legislación no aceptan la vulneración de la dignidad de la mujer gestante y del niño, cosa que se produce en la gestación subrogada al “cosificarse” el cuerpo de la mujer y al mercantilizarse la vida humana que está y debería estar fuera del comercio de los hombres, concluyendo que el contenido del art. 10 de la LTRHA integra el orden público internacional español. El TS destaca que el recurso a la maternidad subrogada en California por parte de los comitentes respondió exclusivamente al deseo o necesidad de “huir” de la legislación española (que los imposibilita), en un intento por lo tanto de saltarse sus principios y valores. En su análisis de esta sentencia, AZPIROZ²⁰ destaca la importancia de que el ordenamiento jurídico no acepte que se vulnere la dignidad de la mujer gestante y del niño, aunque ello suponga la limitación a las posibilidades de una pareja a acceder a la paternidad, y manifiesta que debe defenderse la soberanía nacional y que no deberían poder vulnerarse las leyes acudiendo a otra legislación debido a que, de hacerse, se vacía de contenido la ley.

De este modo, para el TS cualquier legislación internacional que contemple la gestación subrogada es contraria a los principios y valores de nuestra legislación, de modo que se imposibilita el reconocimiento de cualquier posible certificación registral extranjera puesto que se habría emitido en base a una legislación que no los respeta.

La misma sentencia, en relación con el interés superior del menor, el TS insta al Ministerio Fiscal (en adelante, MF) a que ejercite las acciones conducentes a determinar la correcta filiación de los menores, puesto que el derecho español permite que se determine la filiación paterna respecto al padre biológico, siempre y cuando con él se forme un núcleo familiar “de facto” y que la filiación más adecuada es la biológica, debido a ser especialmente esencial para la identidad del menor.

Cabe destacar que la sentencia que nos ocupa mereció el voto particular emitido por cuatro de sus ponentes, exponiendo que no denegaban la inscripción de los menores en el Registro Civil pero sí su filiación respecto de los padres comitentes.

²⁰ AZPIROZ VILLAR (2017: 77).

III. 4. Controversia DGRN vs. TS

Tal y como podemos apreciar, el Tribunal Supremo parece seguir más la línea conservadora de la LTRHA, en la que se prohíbe la maternidad subrogada, que aventurarse a fallar en la dirección apuntada por la Instrucción de la DGRN antes citada, que permitiría inscribir al menor en caso de cumplirse ciertas condiciones.

La aparente contradicción entre las posturas adoptadas por ambos órganos del Estado responde a puntos de partida distintos, que justifican tan dispares razonamientos.

Así, la postura de la DGRN pretende dar respuesta a una reclamación que se le formula a partir del recurso cada vez más habitual a la gestación subrogada en terceros países. Esta práctica está regulada y es legal en los países en los que se origina, por lo que tiene una cobertura legislativa que protege tanto a los padres comitentes como a la madre gestante y el interés superior del menor. Con su Instrucción, la DGRN pretende proteger los intereses del menor surgido de este contrato. Considera que ello se debe producir incluso a pesar del difícil encuadre de la legislación que legitima el contrato en el ordenamiento jurídico español.

En cambio, la doctrina del Tribunal Supremo no responde a la urgencia de una situación social generada, sino a un análisis en abstracto. Ello es debido a que se centra más en el cumplimiento de nuestra legislación que en la casuística del día a día en los Registros Civiles. De este modo, la apuesta del TS por la defensa de los derechos de la madre gestante y en contra de la mercantilización de su cuerpo y del menor tiene como consecuencia la denegación del acceso a la inscripción de la filiación pretendida, que no es la natural. En este sentido, AZPIROZ destaca que el alto Tribunal entiende que la mujer gestante y el niño quedan en la gestación subrogada deshumanizados, siendo así que este Tribunal ve en este caso cuestionado el art. 10 CE, que versa sobre la dignidad de la persona, entendiéndolo esta como un valor superior al supuesto derecho de ser padre.

El TS apunta la posibilidad de reformar la legislación actual, facultad que compete al legislador y no al poder judicial, viniendo a reconocer tácitamente el desequilibrio entre la realidad social y las leyes que deberían regularla, a la vez que negándose a modificar el sentido literal de éstas a través de sentencias. En este sentido, cabe destacar la mención que AZPIROZ hace de la consideración formulada por el notario Don Luís F. Muños de Dios

Sáez en relación con esta sentencia y auto, en la que manifiesta su preocupación debido a que la posesión de estado pudiera ser fuente de filiación, si bien el mencionado autor cita igualmente el parecer del Dr. Vela Sánchez, que propone la aprobación de leyes provisionales para dar respuesta a la controversia generada, mientras se sigue aplicando la Instrucción de la DGRN, y de los Dres. Calvo Caravaca y Carrascosa González, quienes entienden que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ha evidenciado las posturas retrógradas que defiende la ley en detrimento de los derechos individuales. Sin embargo, AZPIROZ insiste en que se trata de una colisión del derecho constitucionalmente reconocido a la dignidad de la mujer gestante y del niño con el supuesto derecho a ser padres, como hemos visto anteriormente.

La mención que formula el TS en su sentencia a la facultad del legislador de reformar la legislación ha tenido su reflejo en varias iniciativas legislativas.

En primer lugar, el mismo Ministerio de Justicia se comprometió a llevar a cabo una reforma legislativa, que todavía no se ha materializado. Este hecho provoca que siga habiendo las dos posturas referidas: por un lado, la Fiscalía se opone a la inscripción de los menores nacidos de un vientre de alquiler, y por otro, la DGRN no se opone a dicha inscripción.

Complementariamente, una moción en la que se instaba al Gobierno a promover cambios legislativos para poder inscribir en el Registro Civil el nacimiento de hijos españoles fruto de la maternidad subrogada en los países en que esta sea legal fue aprobada por el Senado.

Adicionalmente, UPyD presentó una Proposición No de Ley en el Congreso de los Diputados en la que se planteaba la derogación del artículo 10 de la LTRHA y se pedía un marco de regulación común a nivel europeo. La Comisión de Justicia del Congreso rechazó la Proposición por tres motivos: esta figura no es la ideal para modificar una ley, la legislatura estaba expirando (hablamos de 20 de octubre de 2015) y se entendía que la cuestión no estaba aún madura.

La Proposición 122/000117 de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos el 8 de septiembre de 2017 expone ciertos requisitos necesarios para ser madre gestante (madre de al menos un hijo, mayor de 25 años, española o residente legal, sin fines de lucro y con situación socioeconómico estable), así

como para ser padres comitentes (entre 35 y 45 años, español o residente legal, si es pareja, estar legalmente reconocida, y haber agotado la opción a la reproducción asistida) ignorando aquellos aspectos relativos al menor, como su filiación. El mismo grupo parlamentario retiró la mencionada Proposición de Ley en junio de 2018, por “no considerarla ahora prioritaria”²¹.

Finalmente, la Asamblea de Madrid votó una Proposición No de Ley dónde se demandaba la modificación de la legislación siempre y cuando la maternidad subrogada fuese altruista. Dicha proposición no prosperó.

Dichas iniciativas, por lo tanto, no han tenido todavía consecuencias en nuestra legislación, si bien AZPIROZ entiende que por la realidad social en la que vivimos finalmente podrá ser reivindicada la maternidad social, pasando así la factibilidad por encima de la ética: pese a la decisión del TS, las agencias de gestión de maternidad subrogada y la comunidad homosexual (en abierta confrontación con el movimiento feminista) piden que se derogue la nulidad contractual que pesa sobre esta gestación.

Como hemos visto, tanto la referida sentencia del TS como la igualmente referida Instrucción de la DGRN versaban sobre gestaciones subrogadas contratadas en países donde esta tiene cobertura legal. AZPIROZ refiere el caso de una madre gestante de Almería que se hizo pasar por pareja de un hombre gay para que este pudiera tener un hijo mediando precio, con su verdadera pareja, apuntando a que pronto se pedirá de nuevo la derogación del art. 10 de la LTRHA debido a que los futuros padres no tenían recursos económicos para contratar una mujer en el extranjero, poniendo de relieve así que el hecho de recurrir a la maternidad subrogada será sólo algo que los ricos puedan hacer.

El 11 de julio de 2014, con posterioridad a la sentencia del TS a la que nos hemos referido, la DGRN emitió un Informe²² en el que concluye que a pesar de lo establecido en dicha sentencia la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sigue siendo plenamente vigente, y entiende que ésta no constituye un obstáculo legal para inscribir el nacimiento y la filiación en el supuesto que nos ocupa.

²¹ GARCÍA (2018: 1).

²² REDACCIÓN ICAL (2014).

IV. POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

La maternidad subrogada en la Unión Europea está mayoritariamente prohibida. El Convenio Europeo de Derechos Humanos cuyo objeto es velar, entre otras cosas, por la dignidad de las personas, establece la prohibición del lucro con el cuerpo humano así como con sus partes.

Sin embargo, la Sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, reconoce el derecho de los menores nacidos por medio de la maternidad subrogada a su inscripción, así como a su filiación por parte de los padres contratantes. En caso contrario, entiende que se vería vulnerado el derecho a la vida privada y familiar según el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH).

A pesar de todo, esta sentencia no ha recibido un consenso absoluto. Así, en su comentario a la sentencia del TS antes mencionada, AZPIROZ²³ destaca que las autoridades judiciales francesas se negaron a inscribir en el Registro Civil a los menores nacidos de gestación subrogada por ser contraria esta inscripción al orden público francés y además, en uno de los casos, también se negó a inscribir el acta de notoriedad relacionada con la filiación por entenderla viciada desde el nacimiento de uno de los menores. En casación, el Tribunal de Casación francés aseveró que la maternidad subrogada impide el establecimiento del vínculo de la filiación con los comitentes. Para AZPIROZ hay que destacar de esta decisión judicial dos aspectos fundamentales: por un lado, la denegación de la inscripción de filiación solicitada, y por otro, la consideración de la maternidad subrogada como un factor impeditivo de forma absoluta de la filiación. Igualmente, el mismo autor cita el caso italiano de “Paradiso vs. Campanelli”, en cuya sentencia el TEDH manifiesta que hay una aparente violación del interés del menor debido al hecho de haberlo separado de los padres comitentes por haberse declarado nulo el contrato de maternidad subrogada. Recurrida esta sentencia por el Estado Italiano, la Gran Sala del TEDH declaró que, efectivamente, el Estado tiene la exclusiva competencia para reconocer los vínculos de filiación.

Entendemos que ello puede constituir una violación del derecho a la dignidad del menor, sin entrar a valorar el impacto que esta sentencia pudo tener en su identidad e incluso estabilidad psíquica. A pesar de ello, es evidente que tanto la postura del Estado Italiano como la

²³AZPIROZ VILLAR (2017: 76).

finalmente adoptada por el TEDH responde a la legítima necesidad de salvaguardar la soberanía del Estado.

Finalmente, AZPIROZ expone el caso del Tribunal Supremo Alemán, el cual indicó que reconocer en Alemania una resolución de filiación por maternidad subrogada de California no era contrario al orden público, reservándose el poder cambiar de opinión debido a las particulares circunstancias del supuesto práctico presentado.

Por su parte, el Parlamento Europeo aprobó el 17 de Diciembre de 2015 su Informe Anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo, en el que condena de forma manifiesta la maternidad subrogada y estima que debería estar prohibida por ir en contra de la dignidad de la mujer y considera que debe prohibirse esta práctica.

De la misma manera, el Consejo de Europa rechaza la existencia de la maternidad subrogada en su Informe “Sutter”, cuyo objeto era la protección de los derechos de los niños nacidos de la maternidad subrogada.

Como podemos apreciar, de forma teórica, la posición de la Unión Europea no dista mucho de la ofrecida por la LTRHA y por el Tribunal Supremo, pues todos coinciden en que la maternidad subrogada debe estar prohibida. Ahora bien, la realidad social se va imponiendo poco a poco, provocando que tanto la DGRN, el TS y el TEDH tengan que abrirse doctrinalmente a esta nueva forma de tener un hijo.

Así, pese a que jurisprudencialmente el TEDH tiene precedentes positivos en cuanto a permitir el reconocimiento de la filiación, las Instituciones de la Unión Europea no se muestran partidarias de la regulación de la maternidad subrogada. Quizá esta disparidad se deba a que el reconocimiento de la filiación podría venir a proteger la integridad del menor una vez haya nacido. Sin embargo, en Europa no estaríamos preparados para aceptar la regulación de los vientres de alquiler de forma abstracta, esto es, cuando los bebés objeto de dicha maternidad aún no han nacido.

V. DERECHO COMPARADO

V. 1. La maternidad subrogada en Europa

En la totalidad de los países europeos son numerosas las formas de tratar la maternidad subrogada, en la mayoría de países está prohibida, pero no en todos ellos la respuesta hacia este tipo de maternidad es idéntica²⁴.

En Albania, Georgia, Croacia, Holanda, Rusia, Reino Unido, Grecia y Ucrania la maternidad subrogada está legalizada. En el caso de Alemania, este tipo de maternidad no está permitida: el único modo de legalizar un hijo de una mujer que no es la esposa es la adopción, y no es posible inscribir en el Registro Civil los hijos nacidos por subrogación.

Por su parte Suiza prohíbe la maternidad subrogada, pero existe una sentencia en apelación acerca de este tema frente al Tribunal Federal Suizo.

En el caso de Francia, el Gobierno manifestó su deseo de reflexionar acerca de su posible regulación. Sin embargo, en Austria, Estonia, Finlandia, Islandia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia y Turquía se muestran mucho más herméticos, prohibiéndola de forma expresa. En un estadio parecido está Italia, que a través de la ley 40/2004 la prohíbe expresamente; pese a ello se encuentra ante el fallo de la sentencia del caso “Paradiso vs. Campanelli” antes mencionado.

Entre los países que la toleran de forma parcial, nos encontramos con Bélgica, Luxemburgo, Polonia y la República Checa.

En Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumanía, San Marino y Bosnia-Herzegovina, no está expresamente prohibida, pero o no está aceptada o no hay regulación al respecto. La República de Irlanda trabaja actualmente en una regulación específica sobre esta materia.

Como vemos, la realidad europea es bastante heterogénea. España forma parte, como ya sabemos, de los países que tienen la maternidad subrogada expresamente prohibida, tal y

²⁴ Elaborado por MUJER, MADRE Y PROFESIONAL (2015: 8)

como nos percatamos al haber analizado lo establecido en la LTRHA y la postura del TS, que van en la misma línea de prohibición de la Unión Europea. Sin embargo, España es aperturista en cuanto al reconocimiento de la filiación se refiere, pues la DGRN, con ciertas obligaciones mediante, lo permite (en contradicción con la postura del TS, como hemos visto).

Esta realidad heterogénea debe convivir con las distintas directrices que emanan de las instituciones europeas, cuyo sentido (TEDH vs Parlamento y resto de instituciones comunitarias) es contradictorio, como hemos analizado con anterioridad.

V. 1. 1. El caso de Ucrania

Si bien Ucrania figura entre los países europeos que admiten legalmente la contratación de vientres de alquiler, es conocido por la opinión pública el caso de las treinta familias españolas atrapadas en Ucrania, país al que acudieron para obtener un hijo por gestación subrogada y que no pueden abandonar con este hijo. Este caso ha reactivado la controversia acerca de la inscripción de los niños nacidos a través de maternidad subrogada en el extranjero, así como la legalidad misma de esta técnica. La anteriormente mencionada sentencia del TEDH ha sentado precedente en el marco de la Unión Europea y ha provocado que se ordenara a los Consulados españoles que inscribieran a los niños nacidos de un vientre de alquiler, pero sólo en aquellos países en que dicha inscripción fuera lícita. Situación ésta que en Ucrania no sucede, dada la ingente cantidad de requisitos necesarios, muchos de los cuales no responden a la necesidad de garantizar la necesaria seguridad jurídica sino a una burocracia artificial e innecesaria.

De la información publicada por la prensa generalista a raíz de caso mencionado, cabe destacar la relativa a las madres gestantes²⁵. Se trata de mujeres jóvenes, de perfil socioeconómico bajo, normalmente habitantes del campo ucraniano, a las que no les es posible acceder a la cara vida de la ciudad. Normalmente tienen el primer contacto sobre la maternidad subrogada a través de internet, y usualmente aceptan prestarse a esta gestación porque durante el tiempo que esta dura ganan más dinero que trabajando durante años (el salario mínimo en Ucrania es de unos 100 euros mensuales, y el medio no llega a los 300 euros). La motivación económica que se intuye en estas informaciones queda confirmada

²⁵ LARRAÑETA (2018: 1).

cuando una de las madres gestantes se sorprende de que los españoles acudan a su país a contratar estos servicios y no a EE. UU. o a Canadá porque allí el coste es mucho más elevado. Su respuesta es que “habrá que ir a ser gestante a Canadá”.

Otros países que anteriormente eran destino de los demandantes de vientres de alquiler a menor coste que el exigido en los países más garantistas, son India, Nepal o México, los cuales han cerrado la posibilidad de la gestación subrogada para comitentes extranjeros. Ello ha provocado que la demanda se incremente notablemente en Ucrania, que sigue admitiendo esta opción. Sin embargo, la comparativamente elevada retribución que estas gestantes reciben en relación con el nivel de renta medio de su país esconde a menudo abusos y desprotecciones. La generalización de anuncios relativos a esta práctica en el entorno cotidiano del país, en los que se indica tendenciosamente que prestarse a gestar un bebé no implica riesgos para la salud (cuando cualquier gestación los supone), conjuntamente con la alta retribución antes mencionada, ha comportado que esta práctica se perciba como una opción más de acceder a unos ingresos inalcanzables de otro modo e incluso, que en muchas ocasiones sea el propio entorno familiar próximo de las posibles gestantes quien presione para que accedan a ello.

En relación con los comitentes españoles que acudieron a la gestación subrogada en Ucrania, DE LORENZO²⁶ considera que ha habido un intento de fraude de leyes españolas (en sintonía con las consideraciones del TS y otros autores anteriormente expuestas) pero destaca que existe un menor al que debemos proteger, de acuerdo con el art. 39 CE. El mismo autor considera que, en relación con la problemática generada por las gestaciones subrogadas efectuadas en el extranjero, si se sigue pensando en regular en base al deseo de ser padres en vez de regular un marco internacional que proteja la dignidad de la persona (en este caso, el menor), no avanzaremos. Prueba de ello es que no existe un pronunciamiento judicial global, siendo el único ejemplo de pronunciamiento a nivel internacional el del Informe Anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo (2014) del Parlamento Europeo, anteriormente citado, que condena el atentar contra la dignidad de la mujer. Adicionalmente, considera que si el debate no se centra en los límites de la libertad individual teniendo en cuenta la protección del menor y el orden público, se seguirá mercantilizando la filiación.

²⁶ DE LORENZO (2018: 1)

AZPIROZ apunta en su análisis a algún paralelismo entre la legalización del aborto que se vivió en España con lo que actualmente vivimos en relación con los vientres de alquiler. Precisamente, una de las cuestiones conflictivas en relación a ambas prácticas es la pretendida libertad de quien opta por abortar o, en nuestro caso, a prestarse a gestar por subrogación. En ambos casos, el círculo familiar cercano tiene fuerte capacidad de influencia sobre la mujer, que usualmente debe tomar una decisión que aunque se pretenda libre tendrá amplias repercusiones en este ámbito cercano. En este sentido, las informaciones recabadas en cuanto a la subrogación en Ucrania confirman que la mejora económica que esta práctica supone en la gestante, pero sobre todo en su círculo cercano, a menudo se traducen en presiones a favor de tan personal decisión.

El caso de Ucrania es paradigmático de la situación de inseguridad jurídica generada en España en relación con la aplicación de una legislación extranjera (que admite la gestación subrogada) en el orden público internacional español (que no admite la inscripción registral de los frutos resultantes de la misma). La dramática situación de las familias españolas que, ciertamente en fraude de ley, han accedido a la gestación subrogada en ese país nos muestra también que la componente económica de este fenómeno influye también en los padres comitentes. No pudiendo acceder a un contrato con mayor seguridad jurídica, como el que sin lugar a dudas presta el celebrado en California (como veremos a continuación), han optado por uno mucho más incierto, aún a costa de renunciar a garantías no sólo jurídicas sino también sanitarias, psicológicas y de toda índole.

Si bien no nos hemos extendido en ello, es evidente que la situación generada en estas familias genera unos daños económicos pero también emocionales a los comitentes y, sobre todo en cuanto a los emocionales, a los hijos nacidos por esta vía. A ellos la inseguridad jurídica del caso no les amenaza la perfección de un deseo hasta entonces frustrado, sino su identidad y estabilidad psicológica al comprometer su futuro: al nacer han sido separados de la madre gestante y la administración puede separarles incluso de la familia comitente.

V. 2. La maternidad subrogada en Estados Unidos: California

Como hemos visto, varios países europeos (Albania, Georgia, Grecia, Holanda, Reino Unido, Rusia y Ucrania) permiten expresamente la gestación subrogada. Aparte de nuestro

continente, otras naciones permiten dicha práctica, destacando entre ellas la India y Estados Unidos.

El análisis del caso de los Estados Unidos es especialmente significativo respecto a otros países como la India. Aparte de disponer de un ordenamiento jurídico más homologable al nuestro, nos es culturalmente más cercano y, como veremos, su legislación al respecto incide en algunos aspectos que se han apuntado en las propuestas formuladas para regular esta práctica en España (nos referimos al carácter remunerado o altruista del papel de la madre gestante). Adicionalmente, la existencia de un sistema básico de protección social que, aún siendo incomparablemente peor al español, es sensiblemente mejor al indio, permite establecer cierta comparación a nivel socioeconómico. Adicionalmente, en la actualidad la India no admite el acceso a la gestación subrogada en su territorio por parte de comitentes extranjeros.

V. 2. 1. Antecedentes

De acuerdo con MARTÍN CAMACHO²⁷, el primer antecedente de maternidad subrogada mediante inseminación artificial tuvo lugar en Estados Unidos en el año 1976, a través de la creación de la *Surrogate Family Service Inc.* por parte del abogado Noel Keane.

Tan temprana irrupción del fenómeno de la maternidad subrogada en Estados Unidos responde indudablemente al desarrollo que en este país habían alcanzado las técnicas de reproducción asistida, inseparablemente vinculadas a la posibilidad de esta maternidad. El tiempo transcurrido desde esa primera gestación subrogada, así como los sucesivos casos ocurridos en Estados Unidos permiten localizar la gran variedad de situaciones que se pueden dar en esta práctica, al haberse documentado litigios por la maternidad del niño gestado tanto por madres exclusivamente gestantes, sin vinculación genética con él (caso *Jhonson vs. Calvert*²⁸) como por madres gestantes que a la vez lo son genéticamente de la criatura, al haber aportado el óvulo a fecundar (caso *Baby M*²⁹).

²⁷ MARTÍN CAMACHO (2009: 2)

²⁸ MEDINA (1997: 2-3)

²⁹ WHITEHEAD, M.B- SCHWARTZ- NOBEL, L. (1989)

La naturaleza federal del sistema legislativo de los EE. UU. motiva que actualmente coexistan en el mismo país estados con legislaciones dispares en relación con la gestación subrogada. Nuestro interés se centrará en el caso particular del estado de California, por ser el estado en que tuvo lugar la maternidad subrogada por mandato de un matrimonio español que finalmente fue objeto de la sentencia del TS analizada en este trabajo. Adicionalmente, la experiencia de California es interesante por haber tenido lugar en este estado el caso Jhonson vs. Calvert³⁰, resuelto por la suprema Corte de California en el año 1993, que legalizó la maternidad subrogada *de facto* en ese estado, por disponer de una legislación específica favorable a la maternidad subrogada, y por tener acceso a dicha información.

El mencionado caso Jhonson vs. Calvert versa sobre un matrimonio heterosexual cuyo mayor deseo era ser padres. Pero la mujer, tras sufrir una operación, no podía concebir pero sí producir óvulos. De este modo, la posibilidad de subrogar un vientre se tornaba óptima. Una vez encontrada una madre gestante que pudiera y estuviera dispuesta a ayudarles, ésta y la pareja convinieron legalmente que el embrión formado gracias al material genético de los comitentes sería implantado en la gestante.

De esta forma, la madre gestante asumió que el bebé sería hijo de la pareja, renunció a sus derechos como madre y aceptó el pago de 10.000 dólares. Así mismo, la pareja decidió que para la protección de la madre gestante era buena idea que esta tuviera un seguro de vida, y se lo contrataron. Más tarde, el embrión fue implantado en la madre gestante, y poco después se confirmó el embarazo.

Sin embargo, los comitentes y la gestante comenzaron a no tener buena relación, debido a que ésta había dado a luz anteriormente a hijos sin vida y había tenido algunos abortos, información que había omitido a los comitentes, hecho que no les agradó.

Por su parte, la gestante entendió que los comitentes no habían cumplido a rajatabla ciertas obligaciones, y además dijo haberse sentido abandonada una vez se iniciaron unos dolores prematuros.

³⁰ MEDINA (1997: 2-3)

Por todo ello, la gestante exigió que se le abonara el dinero que se le debía, amenazando que si no lo hacían, no entregaría el bebé. Ante esto, la pareja decidió atestiguar mediante acción legal que ellos eran los padres del bebé, siendo la contestación de la madre gestante la misma pero en sentido inverso. Ambas peticiones se unificaron, y se esperó al nacimiento del bebé, momento en el cual se llevaron a cabo pruebas médicas para determinar que, efectivamente, la gestante no era la madre biológica del menor.

Así las cosas, el niño debía convivir con los comitentes, pero con un régimen de visitas para la gestante de forma temporal.

Una vez resuelto el caso judicialmente, se determinó que los comitentes eran los padres biológicos, provocando esto que a la gestante le fuera negado el régimen de visitas. Sin embargo, ella decidió apelar, pero no ganó, puesto que la Corte Suprema del Estado de California entendió, entre otras cosas, que la intención de los comitentes era traer al mundo a un niño, y aunque la gestante hubiera querido hacerlo, sin esta intención de los comitentes, no hubiera sido posible. Por tanto, se determinó que nada podía invalidar que la madre comitente es la verdadera madre del bebé.

V. 2. 2. Características de la gestación subrogada en California

La abogada Rose Pondel reconoce que la maternidad subrogada en California es una industria que moviliza todo un conjunto de profesionales (abogados, médicos, psicólogos, etc). Gracias a este aspecto, California tiene un sistema muy bien articulado que lo hace punto de referencia en la maternidad subrogada. Como hemos indicado antes, esta maternidad no goza del mismo trato legal en todos los Estados de la Unión, pero en los EE. UU. “si se desea se consigue”³¹.

Si bien desde 1993 la maternidad subrogada tiene cobertura legal en California, este amparo se ha ido perfeccionando a través de la jurisprudencia que han ido generando los numerosos y variados casos producidos desde entonces. Adicionalmente, la maternidad subrogada se introdujo en el Código de Familia de California en 2012³². Dicha modificación legislativa introduce cambios sustanciales en cuanto a la seguridad jurídica de los comitentes y los derechos de la madre gestante. Así, establece algunas obligaciones que podríamos calificar de

³¹ XIMÉNEZ DE SANDOVAL, P (2017:1)

formales, como que es obligatorio que tanto los comitentes como la madre gestante dispongan de abogados, que deben ser distintos. Igualmente, dicha modificación legislativa obliga a que el contrato se formule por escrito y a que sea protocolizado notarialmente antes del inicio del proceso. Finalmente, y más significativo, permite la obtención de un mandato a favor de los padres comitentes en virtud del cual se les nombra padres del bebé antes de su nacimiento.

Como se puede observar, este último requisito es de vital importancia por ser la piedra angular de la seguridad jurídica que diferencia el alquiler de un vientre en California de hacerlo en terceros países, como la India, Ucrania o cualquier otro estado que la contemple en su legislación.

El abogado Andrew Vorzimer, que estuvo implicado en la redacción de la Assembly Bill n. 1217³³, considera que esta ley elimina cualquier forma de discriminación³⁴, y destaca que en California hay algunos límites a la gestación subrogada, por ejemplo el hecho de que se estudie a los padres comitentes para garantizar que no sean abusadores de menores. Sin embargo, expone que en general hay pocos límites para el alquiler de vientres en este Estado, debido a que la única barrera es la ética y siempre habrá alguien dispuesto a traspasarla por dinero.

Las leyes en California protegerían a casi cualquier tipo de cliente. Por ejemplo, un padre español debe cumplir muchos requisitos para poder adoptar, pero no tantos para subrogar. Las leyes son muy garantistas con los adultos implicados, pero no así con los menores.

Llegados a este punto, es interesante referir algún caso significativo, al que tenemos acceso a través de los artículos de prensa generalista que informan sobre esta práctica³⁵. Así, el caso de un comitente que subrogó un vientre al que se implantaron tres embriones, y los tres prosperaron. Este comitente únicamente deseaba obtener dos niños, de modo que planteó a la madre gestante dos opciones relativas al tercero: el aborto o darlo en adopción. Ella se negó y

³³ El 23 de septiembre de 2012, el gobernador Jerry Brown decretó la ley AB 1217, una modificación del Código de Familia de California en relación con acuerdos de maternidad subrogada: Assembly Bill No. 1217, disponible en http://www.leginfo.ca.gov/pub/11-12/bill/asm/ab_1201-1250/ab_1217_bill_20120923_chaptered.pdf; fecha de la última consulta 23-12-2018).

³⁴ XIMÉNEZ DE SANDOVAL, P (2017:1)

³⁵ XIMÉNEZ DE SANDOVAL, P (2017:1)

el caso se judicializó, pero los tribunales de California sentenciaron que la gestante no tenía ninguna potestad sobre los gestados de modo que debía cumplir con el deseo del comitente.

Este caso nos muestra hasta qué punto los límites éticos se encuentran sobrepasados en esta industria de la gestación.

En California nada impide que la propia gestación subrogada tenga la condición de trabajo para la madre gestante, convirtiéndose por lo tanto la relación contractual con los comitentes en una relación laboral. Este hecho ha sido objeto de críticas, especialmente centradas en cuanto al carácter remunerado de la gestación subrogada, entendiéndose que esta remuneración no debería ser la única o principal motivación de la madre gestante para acceder a tal contrato. Actualmente las agencias que intermedian en la maternidad subrogada en California suelen ofrecer entre 30.000 y 65.000 dólares por cada embarazo. Tan amplio abanico, que como vemos puede llegar a duplicar la cifra inicial, se justifica por la facultad de los padres comitentes de exigir ciertas características para elegir la madre gestante, tales como una opción religiosa concreta, que el parto sea vaginal, nivel de estudios, entre otras.

La protección que California otorga a los comitentes implica que el precio a afrontar en estos contratos se incrementa notablemente con respecto a las otras opciones disponibles a nivel internacional, siempre en estados que contemplan la gestación subrogada en su legislación. Así, un contrato para gestar gemelos en California llegaría a ascender a unos 150.000 euros. Este hecho confirma la posibilidad apuntada por el Dr. AZPIROZ de que la maternidad subrogada puede llegar a consolidarse como una opción de maternidad censitaria.

En California no se pone pegas a nada, se garantiza de forma absoluta que los padres comitentes tendrán a su bebé al final de la gestación y que la madre gestante tendrá su remuneración económica. Su legislación no contempla que haya cortapisas éticas ni religiosas de ningún tipo.

V. 2. 3. Procedimiento de acceso a la maternidad subrogada en California

A parte del caso referido anteriormente, relativo a la gestación de tres embriones de los que el comitente sólo deseaba dos, la prensa generalista nos permite acceder a otros casos. Así, el de

tres mujeres españolas con problemas de fertilidad³⁶ que acuden una semana a Los Ángeles con el objetivo de subrogar un vientre, de la mano de Sebastián Expósito, quien fundó en 2010 la empresa *VDA Fertility Consulting*, dedicada a intermediar entre españoles y gestantes norteamericanas. Su seguimiento nos permite identificar el proceso que siguen los comitentes para tener acceso a un contrato de gestación subrogada.

Sebastián Expósito es padre soltero de una niña concebida por maternidad subrogada en California. Publicó esta condición con el fin de movilizar la opinión pública sobre el caso de los niños nacidos por esta técnica, dado que aún siendo legalmente hijos de españoles, estos bebés tenían la condición de residentes extranjeros hasta que la Instrucción de la DGRN que hemos analizado anteriormente dio respuesta a estas situaciones.

La empresa *VDA Fertility Consulting* antes mencionada es una más de tantas empresas que han surgido en España para ofrecer los servicios de maternidad subrogada a familias españolas (en realidad, intermedian entre los comitentes y las madres gestantes en el extranjero, aparte de concertar cuantos servicios profesionales complementarios se estimen necesarios). Esta situación es indicativa del gran movimiento de dinero que los vientres de alquiler implican, indicando que efectivamente se trata de un negocio en auge. Nótese que el señor Expósito, a partir de su experiencia como padre comitente, ha adquirido unos conocimientos que le han llevado a ejercer una actividad empresarial en este ámbito.

Una vez en EE. UU., las futuras comitentes son sometidas a varios exámenes médicos con el objeto de determinar su incapacidad para gestar. La legislación de California así lo establece, dado que para poder concertar un contrato de maternidad subrogada el o los comitentes deben reunir este requisito. De este modo se pretende excluir el acceso a la maternidad subrogada a aquellas personas que aleguen motivos tales como no querer arruinar su figura con un embarazo o simplemente, no querer pasar por el trance del parto: Toda gestación implica una serie de riesgos que en el caso de la maternidad subrogada son asumidos por la madre gestante. Así, la legislación pretende evitar que la maternidad subrogada sea una vía para externalizar estos riesgos en terceras personas.

El perfil de las tres comitentes del caso comentado es variado. Una de ellas, soltera y con problemas de fertilidad, pensó en adoptar pero se encontró con la dificultad de acceder a una

³⁶ COBO, V (2013:1)

adopción internacional para familias monoparentales. Su médico personal la puso en contacto con el señor Expósito. Otra de las comitentes tuvo una hija que falleció a los dos años; con cuarenta y cinco años ya no podía ser madre, y decidió acudir a la gestación subrogada junto a su marido debido a los largos plazos para acceder a la maternidad que implica una adopción internacional. La tercera de las comitentes descritas en el artículo sufrió un cáncer de mama, el cual puede reproducirse si se queda embarazada debido a las alteraciones hormonales que la gestación produce de modo natural. Acude a la gestación subrogada después de haber sabido de ella a través de un libro.

Aparte de los exámenes médicos antes referidos, los comitentes se reúnen con varios abogados. La legislación de California obliga a que tanto los comitentes como la madre gestante, así como el bebé, dispongan de su propio abogado.

Dado que la gestación subrogada se produce por fecundación in-vitro, el semen que ha de fecundar los óvulos se obtiene bien de uno de los comitentes, o bien de un banco de esperma. La legislación de California permite que, una vez contratados los servicios de este banco de esperma, los comitentes tengan acceso a un dossier con las características de los potenciales donantes, cuyos datos incluyen fotografías hasta los 12 años de edad del mismo. Son los comitentes los que eligen el donante, en función de sus preferencias.

La elección de la madre subrogada es doble. Por una parte, los comitentes pueden elegir qué mujer consideran la adecuada para esta tarea, en función de múltiples criterios (algunos de los cuales hemos apuntado anteriormente). Pero del mismo modo, la futura madre gestante puede aceptar o declinar gestar el bebé de un comitente en función de sus preferencias, que pueden incluir criterios basados en aspectos culturales, raciales o de orientación sexual. Ello ha generado la aparición de agencias destinadas a facilitar este necesario consenso. Las mismas establecen una serie de requisitos para aceptar candidatas a gestantes, los cuales son: haber dado a luz al menos una vez en tu vida, tener un sistema reproductivo sano, buenos hábitos de salud y tener un perfil psicológico equilibrado.

Obtenido un primer acuerdo en cuanto a las preferencias de ambas partes, y hasta la celebración del contrato correspondiente, cualquiera de las partes es libre de negarse a formalizarlo en base a aspectos como la falta de afinidad personal, la cual se pretende garantizar a través de una entrevista entre las partes, cuya celebración puede tener lugar a

través de internet.

Una vez formalizado el contrato e iniciada la gestación, los contratantes están obligados a conocerse personalmente entre la semana 20 y 26 de la gestación. En estas semanas los comitentes viajan a los EE. UU. para acudir a una sesión judicial en la que se determina que el bebé es suyo, y no de la madre gestante, como hemos visto. Esta sentencia es la que los comitentes, en el caso de ser españoles, aportarán al Registro Civil para poder inscribir al recién nacido, de acuerdo con la Instrucción de la DGRN antes mencionada. California es el único estado que emite este documento de oficio al estar estipulado así en su legislación. En otros países, como India o Rusia, los progenitores legales del bebé obtenido por gestación subrogada son la madre gestante y el padre donante de semen. La madre gestante debe renunciar a la maternidad, y así el otro cónyuge comitente puede adoptar al bebé.

La Asociación Gestación Subrogada en España está recogiendo firmas para facilitar el acceso a la maternidad subrogada en nuestro país. Considera que es injusto que las personas que desean ser padres por esta vía deban pagar los precios que el mercado internacional de gestación subrogada exige.

CONCLUSIONES

En este trabajo hemos analizado jurídicamente la maternidad subrogada como técnica de acceso a la paternidad. Su marco doctrinal de referencia, la filiación, presenta tensiones evidentes para acoger este concepto en su seno. Así, la filiación natural no responde a la que se podría obtener a consecuencia de esta técnica. Sin embargo, es posible realizar cierto paralelismo con la adopción, debido a cómo trata el tema de la maternidad subrogada el Registro Civil, especialmente la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Además del paralelismo con la adopción, es indispensable encuadrar la maternidad subrogada en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida. En primer lugar, porque sin estas técnicas aquella no tendría posibilidad según la conocemos, y, sobre todo, porque no son los padres biológicos los que por sus propios medios pueden llegar a concebir y gestar el hijo que finalmente se obtendrá.

Si embargo, este encuadre, como hemos visto, no es perfecto. Deja muchos cabos sueltos en relación con la filiación del menor y, en menor medida, con la aceptación o rechazo por parte del legislativo de la maternidad subrogada.

A pesar de que la legislación española rechaza explícitamente la posibilidad de una gestación subrogada, la práctica social se impone a través del recurso de esta técnica en el extranjero, provocando una suerte de fraude de la ley nacional que tiene consecuencias una vez el menor ha nacido y por lo tanto es sujeto de derechos.

En este sentido, la Instrucción de la DGRN antes mencionada viene a dar cobertura a los mencionados derechos del menor, aunque ello sea causa de numerosas controversias en el ámbito jurídico español. Así, la Sentencia 835/2013 del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014, entra en aparente contradicción con dicha Instrucción al considerar que la inscripción de estos menores en el Registro Civil iría en contra del orden público internacional español. Entendemos que con su resolución, nuestro alto Tribunal apuesta por proteger la integridad de dicho orden público internacional español, pero falla en detrimento del interés superior del menor, al dejar sin reconocimiento legal la unidad de convivencia que constituye su vida

familiar. En este sentido, es significativo el antecedente del caso “Paradiso vs. Campanelli” referido anteriormente, relativo al reconocimiento de la filiación de un menor obtenido por gestación subrogada por padres italianos.

En este trabajo, hemos realizado una pequeña mención al distinto trato que, a nivel legislativo, merece la maternidad subrogada en los países de nuestro entorno, dándonos cuenta de que todos los tipos de regulación realizan aportaciones positivas, pero también presentan fallos importantes a resolver. Así, nuestra legislación opta por obviar tan evidente realidad social. Las tensiones anteriormente referidas entre la legislación española específica sobre la maternidad subrogada y la del Registro Civil son buena muestra de ello. Tanto si el legislador opta por mantener el criterio de excluir la gestación subrogada como si opta por legalizarla, deberá afrontar cambios que permitan encajar la realidad social a este mandato.

Las informaciones disponibles relativas a la gestación subrogada en Ucrania la refieren a una situación de desprotección de la mujer en una sociedad empobrecida. El carácter pretendidamente altruista que en algunos casos (en California y en las propuestas de legalización de esta práctica para España) se le supone a la gestante allí no tiene cabida.

Por lo tanto, el caso de Ucrania nos muestra que el altruismo no sólo no es el motor de las gestaciones subrogadas en este país, sino que lo es la precariedad económica de las gestantes. Dicha precariedad menoscaba la capacidad de las posibles gestantes para decidir libremente. Por todo ello, parece que una hipotética legislación que amparase esta práctica debería garantizar que en ningún caso la motivación económica pudiese estar presente entre los argumentos para acceder a ella, ni mucho menos ser la principal.

El caso de California, que podríamos considerar “avanzado” respecto al desarrollo de la gestación subrogada es paradigmático en cuanto a la falta de protección de la madre gestante: al reconocer en los comitentes a los padres legales del bebé durante su gestación implica que ésta deja de tener capacidad de decisión sobre aquellos procesos que inciden en la gestación del bebé, tales como su propia alimentación u otras prácticas que pudiesen tener una incidencia en la salud o el desarrollo del gestado, incluida su intimidad.

Cabe destacar, por lo tanto, que este reconocimiento implica la cosificación del cuerpo de la madre gestante, que pasa a estar a disposición de los comitentes durante el desarrollo del

embarazo, deshumanizándola. La mujer pierde buena parte de su libertad como ser humano, al haberla cedido por contrato a los padres comitentes.

En este sentido, por lo tanto, el legislador ha optado en California por proteger el deseo de ser padres de los comitentes (que no podemos reconocer como derecho personal) por encima de los derechos de la madre gestante. Es verdad que esta acepta la formalización de un contrato legalmente celebrado, pero las condiciones que este le impone implican el menoscabo a su dignidad, libertad e independencia en caso de desacuerdo, hasta el punto de que pierde toda capacidad de decisión sobre su cuerpo y el control de su intimidad durante la gestación del bebé. Es igualmente cierto que la legislación prevé un cierto control de quién puede ser madre gestante (que tiene por objeto, entre otros, evitar que éstas presten dicho “servicio” con fines de lucro o movidas por la necesidad económica) pero sospechamos que este control es realmente difícil de verificar tal y como hemos visto en el caso de Ucrania.

Siguiendo con el ejemplo “perfeccionado” de California, es especialmente significativa la elusión de los derechos del menor en la legislación relativa a la maternidad subrogada. Si hemos indicado que este legislador ha optado por priorizar el pretendido derecho a ser padres de los comitentes por encima de la libertad de la madre gestante, no podemos obviar que los derechos del menor ni siquiera disfrutan de las medidas de control que se proponen para la madre gestante, aparte de un excesivamente básico control relativo a evitar que los padres sean presuntos abusadores de menores. En el contrato que la regula, el niño fruto de la gestación subrogada no es un objeto de derecho sino el producto de la perfección de dicho contrato, y su “titularidad” (filiación) es objeto de mayores garantías que la propia integridad del mismo. A este respecto, cabe destacar el caso antes mencionado relativo a la facultad de los comitentes para prescindir de uno de los embriones aún en contra de la opinión de la madre gestante.

Apuntes para una nueva legislación

Para terminar, se nos plantea la cuestión relativa a cómo resolver la situación de inseguridad jurídica que la gestación subrogada en el extranjero plantea en España. Como hemos apuntado anteriormente, consideramos que la principal prioridad del legislador en el tema que nos ocupa debería ser la regulación de la filiación de los menores respecto de los padres comitentes. Entendemos que, de acuerdo con los artículos 10 y 39 de la CE éste es un bien

superior a proteger. Aun siendo legítimo que el Estado, como hizo Italia en el caso “Paradiso vs. Campanelli”, defienda su ordenamiento jurídico frente al fraude que supone acudir al extranjero para acceder a negocios prohibidos en el país de origen, y pretender después legalizar su fruto, no podemos ignorar que este fruto es un sujeto de derecho que merece especial protección. En la legislación española, son los padres los garantes de la protección de los hijos hasta que estos adquieran la mayoría de edad.

A lo largo de este trabajo hemos podido detectar que, en todos los posibles escenarios legislativos en relación con la maternidad subrogada (prohibición, no regulación, permisibilidad, legalización...) el menor no solamente es el sujeto de derecho más vulnerable, sino el más desprotegido y el que puede sufrir conductas abusivas sin haber tenido opción a decidir.

Una posible solución sería que se legislase en el sentido que, no teniendo reconocida legalmente la filiación el bebé así obtenido, este sea considerado objeto de adopción nacional, siendo los comitentes los candidatos prioritarios a acceder a ella en caso de superar el proceso de idoneidad correspondiente.

Esta posible medida recoge el limitado paralelismo que la gestación subrogada tiene con la adopción. Con ello no sólo se le da al menor una cobertura legalmente consolidada también a nivel internacional (el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional está ampliamente ratificado por la comunidad internacional) sino que se desplaza la atención y la protección del pretendido derecho a ser padres al cierto derecho del menor. En este sentido, la adopción, al contrario que la maternidad subrogada, tiene un amplio recorrido en nuestro ordenamiento jurídico y está plenamente consolidada. La obtención de la idoneidad por parte de los padres adoptantes es un proceso igualmente garantista para el menor, al responder al derecho de este a tener una familia adecuada, con independencia del deseo (que obviamente debe darse) de acceder a la paternidad por parte de los adoptantes.

Entendemos que con esta medida la inseguridad jurídica que actualmente pesa en nuestro país sobre la gestación subrogada celebrada en el extranjero desaparecería, al poder obtener los futuros padres comitentes la idoneidad antes de formalizar el contrato de gestación subrogada, en el caso de que una vez obtenida esta, no decidiesen continuar con el proceso natural, esto

es, la adopción internacional.

A pesar de nuestra propuesta, no pretendemos incentivar el recurso a la maternidad subrogada en el extranjero. Tampoco en España, cuyo encaje consideramos difícil dado nuestro marco constitucional. Pero entendemos que los derechos de los menores nacidos por esta técnica deben ser protegidos.

Limitaciones y propuesta de futuras líneas de investigación

Este trabajo se encuentra limitado por su naturaleza, debido a tratarse de un trabajo final de máster y a iniciarse con unos conocimientos escasos en la materia. Si bien entendemos que se ha analizado el papel jurídico que juegan los principales agentes implicados en la gestación subrogada (padres comitentes, madre subrogada y menor obtenido por subrogación), resta por analizar el papel que las empresas intermediarias juegan en lo que sin lugar a duda constituye un negocio de gran calado económico.

Nos referimos tanto a las empresas que intermedian en España como a aquellas que en los terceros países conciertan los contratos entre comitentes y gestantes, o prestan servicios de toda índole a estos (abogados, psicólogos, médicos, todos ellos especializados en mayor o menor medida en el trato con estos agentes). Consideramos que un mayor conocimiento de estas empresas de servicios, en tanto que están configurando un potente grupo de interés, permitiría definir con mayor precisión la necesaria legislación que pueda garantizar los derechos que con la gestación subrogada se ven amenazados.

Siguiendo el paralelismo que en cierto modo nuestra propuesta establece con la adopción internacional, esta se vehicula en España a través de la existencia de entidades sin finalidad de lucro que orientan y acompañan a los padres adoptivos hasta la perfección de la adopción, ciertamente con un coste económico considerable por parte de los padres.

Sin embargo, entendemos que por la actualidad que vive la maternidad subrogada será objeto de numerosas investigaciones futuras. En este sentido, consideramos que, si bien aquí se han apuntado las cuestiones más fundamentales, sin duda la realidad social continuará avanzando provocando más controversias de las que hoy nos planteamos. Posiblemente en el futuro las técnicas de reproducción asistida experimentarán una gran evolución que ahora no somos

capaces ni tan siquiera de vislumbrar. Sea como sea, ello implicará cuestiones de índole jurídica a resolver que no podremos ignorar.

Aunque hemos limitado este trabajo, elaborado en el marco del Máster en el Ejercicio de la Abogacía, a las consideraciones jurídicas que la maternidad subrogada plantea, no podemos obviar una consideración sobre las consecuencias éticas que esta supone. Las tensiones que esta figura genera en nuestro ordenamiento jurídico son buena muestra del difícil encaje ético que esta práctica supone. Con independencia de lo que establezca cualquier legislación, la vida y la dignidad humana deberían ser bienes superiores que proteger. Difícilmente el legítimo derecho a acceder a la paternidad puede justificar algunos de los extremos documentados a lo largo de este trabajo.

En Zamora, a veintitrés de diciembre de 2.018

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M (2008). *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de familia*. Madrid, Ed. Edisofer, págs. 207-208.

ALBERT, M (2017). “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”. *CUADERNOS DE BIOÉTICA XXVIII 2017/2^a* (disponible en <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/177.pdf>; fecha de la última consulta: 12-11-2018)

AZPIROZ VILLAR, JE (2017). “El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del Tribunal Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias (la mercantilización y cosificación de la vida humana)”. *ACTUALIDAD CIVIL* (disponible en https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/09/vientres_legalidad.pdf; fecha de la última consulta: 09-12-2018)

COBO, V (2013). “Vientres sin ley” (disponible en https://elpais.com/sociedad/2013/11/01/actualidad/1383337785_128269.html; fecha de la última consulta 22-12-2018)

DE LORENZO, R (2018). “El limbo jurídico de los bebés nacidos por sustitución en Ucrania” *REDACCIÓN MÉDICA* (disponible en <https://www.redaccionmedica.com/opinion/el-limbo-juridico-de-los-bebes-nacidos-por-sustitucion-en-ucrania--8023>; fecha de la última consulta 14-12-2018)

GARCÍA, O (2018). “Ciudadanos aplaza su polémica Ley de Gestación Subrogada porque ahora ya no la ve prioritaria”. *CADENA SER* (disponible en https://cadenaser.com/ser/2018/06/18/politica/1529339676_032423.html; fecha de la última consulta: 18-12-2018)

JIMÉNEZ MUÑOZ, FJ. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid, Ed. Reus.

LACRUZ BERDEJO, JL (2010). *Elementos de Derecho civil IV Familia*. Madrid. Ed. Dykinson,

págs. 359-361.

LARRAÑETA, L (2018). “Los niños ahora vienen de Kiev: unas 200 parejas españolas viajan cada año para que las ucranianas les hagan padres”. 20 MINUTOS (disponible en <https://www.20minutos.es/noticia/3432725/0/ninos-espanoles-vienen-de-kiev-gestacion-subrogada/>; fecha de la última consulta: 13-12-2018).

LASARTE, C (2008). *Derecho de familia, principios de Derecho civil VI*. Madrid. Ed. Marcial Pons, págs. 306-307.

MARTÍN CAMACHO, J (2009). “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores” (disponible en <https://www.fundacionforo.com/uploads/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>; fecha de la última consulta: 15-12-2018).

MARTÍN MINGUIJÓN, AR. “Filiación”. *DICCIONARIO JURÍDICO*. 6ª edición, Madrid, Aranzadi, pág. 606.

MEDINA, G (1997). “Maternidad por sustitución - Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana” (disponible en <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Maternidad-por-sustitucion2.pdf>; fecha de la última consulta: 16-12-2018).

MUJER, MADRE Y PROFESIONAL. PROFESIONALES POR LA ÉTICA (2015). “Vientres de alquiler. Maternidad subrogada. Una nueva forma de explotación de la mujer y de tráfico de personas” (disponible en https://www.unav.edu/matrimonioyfamilia/observatorio/uploads/33183_PpE_Vientres-alquiler-2015.pdf; fecha de la última consulta: 12-12-2018)

NAVARRO ESPIGARES, JL; MARTÍNEZ NAVARRO, L; CASTILLA ALCALÁ, JA; HERNÁNDEZ TORRES, E. (2006). “Coste de las técnicas de reproducción asistida en un hospital público”. *GACETA SANITARIA* (disponible en http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0213-91112006000500007&script=sci_arttext; fecha de la última consulta: 15-11-2018)

REDACCIÓN ICAL (2014). “La DGRN remite a los criterios establecidos por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 para la inscripción registral de los niños nacidos de vientre de alquiler” (disponible en <https://www.ical.es/actualidad/noticias/la-dgrn-remite-a-los-criterios-establecidos-por-la-instruccion-de-5-de-octubre-de-2010-para-la-inscripcion-registral-de-los-ninos-nacidos-de-ventre-de-alquiler/1583>; fecha de la última consulta 06-12-2018).

SANCIÑENA ASURMENDI, C (2014). “Padres a La Carta, Hijos por Encargo y Madres de Alquiler”. ESCRITOS JURÍDICOS TFW (disponible en https://www.unav.edu/matrimonioyfamilia/observatorio/uploads/32045_TFW-Sancinena_Padres-2014.pdf; fecha de la última consulta: 12-11-2018).

WHITEHEAD, M.B- SCHWARTZ- NOBEL, L. (1989), *La historia de una madre: la verdad sobre la Criatura M Caso*, St. La prensa de Martin.

XIMÉNEZ DE SANDOVAL, P (2017). “Por qué California es la meca de la gestación subrogada” (disponible en https://elpais.com/internacional/2017/02/23/actualidad/1487854048_748059.html; fecha de la última consulta 21-12-2018).

FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS

Fuentes normativas

Código Civil:

Art. 108

Art. 115

Art. 116 y ss.

Art. 120

Art. 121

Art. 123

Art. 124

Art. 126

Art. 131

Art. 141

Constitución española

Art. 10

Art. 39

Convenio Europeo de Derechos Humanos

Art. 8

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por substitución.

Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida:

Art. 6.1

Art. 8.1

Art. 10

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

Art. 47

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Proposiciones legislativas

Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (122/000117).

Fuentes jurisprudenciales

2014

STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 2013/835)

2015

STEDH de 27 de enero de 2015 (25358/12)