

JUNIO 2019

UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

GRADO EN DERECHO



**GESTACIÓN
SUBROGADA Y LA
DETERMINACIÓN DE
LA FILIACIÓN.**

**«PATER SEMPER CERTUS EST. MATER
SEMPER INCERTA EST»**

Autora: Carolina Martín Cruz

Directora: Alba Paños Pérez

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	3
II.	CUESTIONES PRELIMINARES	4
	1. Análisis de la nomenclatura de la gestación subrogada	4
	2. Definición y problemática social	5
III.	SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA	6
	1. Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Claves para una Posible regulación de la maternidad subrogada en España	6
	2. Iniciativa legislativa	8
	3. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada	15
IV.	DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL CONVENIO DE GESTACIÓN SUBROGADA	21
V.	DERECHO COMPARADO	23
	1. Países donde está permitida la gestación subrogada	23
	1.1. Estados Unidos y Ucrania como destinos favoritos	24
	1.2. México, Grecia y Reino Unido	27
	2. Breve análisis comparativo de la gestación subrogada en Portugal	29
	2.1. La Ley Portuguesa nº 25/2016, de 22 de agosto, que regula el acceso a la gestación por sustitución –LGS (modifica la anterior LPMA)	29
	2.2. Regulación a través del Reglamento Portugués nº 6/2017, de 31 de julio	31
	2.3. Declaración de inconstitucionalidad del artículo 8 LPMA	32

VI. ¿ES EFICAZ EN ESPAÑA EL CONVENIO DE GESTACIÓN SUBROGADA?	34
1. Gestación subrogada vs adopción	34
2. Determinación de la filiación derivada de convenio celebrado por españoles en países donde se permite	35
3. Instrucciones de la DGRN de 14 de febrero de 2019 y de 18 de febrero de 2019	36
4. Situación actual de españoles en Kiev	41
VII. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES	43
1. Interés superior del menor como fundamento de la inscripción en el Registro Civil español	43
2. El interés superior del menor no es argumento suficiente para permitir la inscripción en el Registro Civil español	45
3. Posición de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo respecto a la gestación subrogada	48
4. Posición de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia respecto a la gestación subrogada	50
5. Posición del TEDH respecto a los convenios de gestación por sustitución	51
6. Dictamen de la Gran Sala de 10 de abril de 2019	53
VIII. CONCLUSIONES	55
IX. BIBLIOGRAFÍA	57

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este trabajo es realizar un análisis de la repercusión jurídica que la gestación subrogada supone en nuestro país y las vías mediante las cuales se puede proceder a legalizar una situación que actualmente se considera alegal.

El auge de la gestación subrogada en países vecinos ha supuesto que miles de personas recurran a esta técnica con objeto de ver cumplido el deseo de ser padres biológicos.

El emerger de esta figura no significa que anteriormente fuese inexistente; su actual apogeo radica en el gradual avance que han experimentado los países de nuestro entorno al proceder a su regularización, lo que ha supuesto que se haga visible algo que siempre ha existido pero nunca se ha regulado, ya sea por considerarse inmoral o contrario a la ética.

Ante esta inminente realidad que azota nuestro ordenamiento jurídico, se necesitan respuestas rápidas y eficaces que doten de seguridad jurídica a aquellos más vulnerables.

La sociedad evoluciona progresivamente y demanda cuestiones que en un pasado hubiesen sido impensables, por lo que se torna necesario que el Derecho y los poderes públicos, cuya tarea principal es aplicar las leyes e interpretarlas, caminen a la par que la sociedad, y orienten su labor en la elaboración de normas que permitan dar respuestas adecuadas a problemas actuales y carentes de regulación.

«Ya que el Señor me impide ser madre, únete a mi esclava.

Tal vez por medio de ella podré tener hijos». Y Abraham accedió al deseo de Sarai.

Génesis, 16, 2

II. CUESTIONES PRELIMINARES

1. Análisis de la nomenclatura de la gestación subrogada

Para abordar adecuadamente el tema, es necesario establecer qué entendemos por gestación subrogada, por tanto, la gestación subrogada sería aquella técnica de reproducción humana asistida, mediante la cual una mujer acepta gestar mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida contempladas por la ley y dar a luz al hijo de otras personas o persona (progenitores subrogantes)¹.

Se encuentra en la gestación subrogada aquella solución por la que las parejas que no pueden tener hijos y desean un hijo biológico acuden a este medio, en el que una mujer se ofrece a gestar en su vientre a ese hijo deseado, bien mediante el material genético de uno de los progenitores, o bien procedente de terceros donantes.

Pero, llegados a este punto es imposible abordar bien la cuestión si de primeras no nos referimos correctamente a ella, ya que a lo largo del tiempo se han referido de muchas formas a este medio de gestación, siendo la más habitual la de gestación subrogada, pero a veces utilizando vulgarmente el término de madre de alquiler o vientre de alquiler².

También ha sido utilizado el término de gestación por sustitución, pero entiendo que este último término, al igual que el de gestación subrogada, no engloba en su amplitud el tema, puesto que no sólo las mujeres optan por este medio para ser madres, sino también hombres que pretenden constituirse en familia monoparental o en pareja homosexual, para que, en paralelo con la situación de la mujer individualmente considerada (en España es lícito acudir a técnicas de reproducción humana asistida a través de inseminación con material reproductor de banco de órganos), quepa también la «paternidad en solitario» o el «derecho del hombre a ser padre solo», dado que también el hombre tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad y a la paternidad, pudiendo proporcionar al hijo todas las condiciones para su correcto desarrollo, en

¹ Vid. VELA SÁNCHEZ, A.J. “Comentario a la iniciativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España” en Diario *La Ley*, núm. 8457, 13 de enero de 2015, p.3.

² Vid. AZPIROZ VILLAR, J.E. “El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del tribunal Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias (la mercantilización y la cosificación de la vida humana)”, en *Actualidad civil*, núm. 2º, Ed. Wolters Kluwer, 2017, pp.72-81.

igualdad de condiciones que en el supuesto de la mujer sola³. Por ello, carece de fundamento referirnos a ella como gestación subrogada cuando es una pareja de hombres la que opta por este medio de gestación, por lo que llegamos a la conclusión que es más apropiado denominar a este instrumento como gestación por encargo, aunque en este trabajo seguiremos refiriéndonos a él como gestación subrogada, por ser más habitual en la práctica.

2. Definición y problemática social

Para adentrarnos en el tema, es preciso establecer una definición del convenio de gestación subrogada, el cual quedaría definido como sigue: “El convenio de gestación por sustitución es un negocio jurídico especial de Derecho de Familia, oneroso o gratuito, formalizado en documento público notarial, por el que una mujer, con plena capacidad de obrar, consiente libremente en llevar a cabo la concepción -mediante técnicas de reproducción asistida- y gestación, aportando o no su óvulo, con el compromiso irrevocable de entregar el nacido -cuyo origen biológico debe constar claramente- a los otros intervinientes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o de hecho, plenamente capaces y de los cuales al menos uno sea aportante de material genético⁴”.

Analizando la definición del convenio, vemos que se califica como un negocio jurídico especial de Derecho de Familia, con lo que se pretende evitar la calificación de contrato civil y que así no se declare nulo, puesto que si se considerase como un contrato civil se podría alegar que su objeto es la vida de un ser humano. Por esta razón, con la finalidad de que no se declare nulo, es necesaria una regulación de esta materia, pero ante la carencia de regulación y la necesidad de inscripción, la única

³ Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C. “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, el autor comenta que <<al ser nulo el convenio de gestación subrogada en España, ello supone excluir el derecho del varón a ser padre solo, por lo tanto actualmente en España <<se puede ser madre sola pero no padre solo>>, por esta razón, sobre todo hombres solos o en pareja homosexual acuden a países donde sí se permite la gestación subrogada>>, en Diario *La Ley*, núm. 7777, 2012, p.9.

⁴ Vid. VELA SÁNCHEZ, A.J. “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010” en Diario *La Ley*, núm. 7621, 3 de mayo de 2011, p. 5.

forma que tenemos para proceder a la inscripción de hijos nacidos mediante este medio es a través de la Instrucción de la Dirección General del Registro y Notariado (en adelante DGRN) de 5 de octubre de 2010, que desarrollaremos inmediatamente.

III. SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

1. Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Claves para una posible regulación de la maternidad subrogada en España.

Actualmente el convenio de gestación subrogada está expresamente prohibido en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante LTRHA)⁵, y por lo tanto, todo contrato de gestación subrogada en España es nulo de pleno derecho. Pero, incluso si no existiera el artículo 10 LTRHA, sería nulo igualmente por ilicitud de causa y por razón de su objeto, al considerarse fuera del comercio de los hombres la capacidad de gestar⁶.

Nuestro ordenamiento no sólo declara nulo el convenio de gestación subrogada, sino que además está penado por nuestro Código Penal, en su artículo 221.1, que establece: *«Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a 5 años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de 4 a 10 años. 2.*

⁵ Vid. “Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”, art. 10, en BOE núm. 126 de 27 de mayo de 2006. Art. 10 LTRHA: *«1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».*

⁶ Vid. DÍAZ ROMERO, M.D.R. “Autonomía de la Voluntad y Contrato de gestación subrogada: efectos jurídicos”, ED. Aranzadi, S.A.U, Enero de 2018.

Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero»⁷.

Sentadas las bases, entonces ¿cómo es posible inscribir en el Registro Civil la filiación derivada de un convenio por gestación?

La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 fue pionera en abordar este tema, al permitir la inscripción en el Registro Civil español de una filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución existiendo certificación registral extranjera que determinaba dicha filiación respecto de un progenitor español⁸, pero esta resolución fue objeto de impugnación por entenderse que el reconocimiento en España de dicha filiación no es posible, puesto que se trata de un contrato nulo.

Planteado el problema, se dictaría la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, la más importante hasta ahora, puesto que es la única que permite la inscripción en España de la filiación de los nacidos mediante gestación subrogada realizado en aquellos países en los cuales se permite y siempre que al menos uno de los progenitores sea español. Esta Instrucción ha sido la que ha establecido la estructura básica del convenio de gestación subrogada, de forma que podemos afirmar que sus claves serían, en primer lugar, la fecundación de la mujer gestante con la aportación de material genético de, al menos uno los padres intencionales; en segundo lugar, la capacidad de obrar plena y consentimiento voluntario de las partes contratantes; en tercer lugar la irrevocabilidad del consentimiento prestado; y en cuarto y último lugar la posibilidad de que el hijo conozca su origen biológico⁹.

Una vez establecida la estructura básica del convenio, es necesario hacer hincapié en el proyecto de regulación del convenio de gestación subrogada en España.

⁷ Vid. DÍAZ ROMERO, M.R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico” en *Diario La Ley*, núm. 31, 2010, pp. 1-15.

⁸ Vid. HEREDIA CERVANTES, I. “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol.66, fasc. II, 2013, pp.687-715.

⁹ Vid. “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”. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317

2. Iniciativa legislativa

La Instrucción de la DGRN de 2010 y los Tribunales son los únicos que han permitido la inscripción en el Registro civil español de los hijos nacidos mediante gestación subrogada en países que lo permiten.

Ante la carencia de regulación, en 2014 el Ministerio de Justicia se comprometió a llevar a cabo una reforma legislativa de esta materia que diera seguridad jurídica a todas las partes implicadas, pero hasta el momento, no se ha llevado a cabo ninguna propuesta. La manifestación más notable de que sigue existiendo un conflicto la encontramos en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2016, que señala: “En cuanto a las inscripciones de nacimiento de menores nacidos mediante gestación por sustitución, se mantiene la misma situación que en los años anteriores. El Fiscal, se opone a la inscripción de nacimiento y filiación por estimar que el contrato es contrario al orden público internacional español, pero, por el contrario, la DGRN acuerda que se practique la inscripción de nacimiento de los nacidos mediante gestación por sustitución y aplica su Instrucción de 5 de octubre de 2010 por la que se fijan los criterios a seguir para la inscripción registral de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”¹⁰.

Dicho esto, y a modo introductorio, el Tribunal Supremo considera que no puede inscribirse la filiación de los nacidos mediante convenio de gestación por sustitución ya que dicha inscripción infringe el orden público, puesto que en España este convenio es nulo, y de realizarse se vulneraría la dignidad de la mujer gestante y del niño nacido, y por tanto se procedería a la mercantilización de la gestación y filiación. Frente a esto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye que la negativa a inscribir una filiación derivada de sentencia extranjera afecta al respeto de la vida privada y familiar del hijo así nacido y al principio del interés superior del menor, vulnerando el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹¹.

¹⁰ *Vid.* Memoria de la Fiscalía General del Estado, 2016, p. 785

¹¹ *Vid.* “El TEDH declara contraria al Convenio Europeo de los derechos humanos la negativa a reconocer la filiación a los hijos nacidos de vientre de alquiler” consultado en @noticiasjuridicas <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3900-el-tedh-declara-contraria-al-convenio-europeo-de-los-derechos-humanos-la-negativa-a-reconocer-la-filiacion-a-los-hijos-nacidos-de-vientre-de-alquiler/>

Como consecuencia de ello, una Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014, determinaba la plena vigencia de la permisiva Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, con lo cual, el encargado del Registro civil, de acuerdo con los art. 96 y 98.2 LRC (Ley del Registro Civil), se ve obligado a inscribir la certificación registral extranjera siempre que refleje una resolución judicial previa, pero si dicha certificación registral no refleja la resolución previa, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 deniega su inscripción¹².

La solución legislativa provisional era la de introducir una enmienda al Proyecto de Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, enmienda que fue finalmente introducida por la Ley 19/2015 de 13 de julio, en su artículo 2, que modificó la inscripción de nacimiento de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro civil, en el sentido de recoger el reconocimiento de la filiación jurídica derivada de resolución judicial extranjera¹³. Pero esto se refiere únicamente al convenio de gestación realizado en países cuya legislación lo permita, por lo que queda pendiente su regulación en España, donde actualmente existen dos Proposiciones de Ley reguladoras del derecho a la gestación por subrogación, una de ellas presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos¹⁴, con objeto de que sea debatida en las Cortes, y, por otro lado, el Proyecto de Ley por parte de la Asociación por la Gestación Subrogada en España¹⁵.

En este epígrafe vamos a analizar sus puntos más importantes y las diferencias más notorias entre uno y otro.

¹² Vid. ESPINAR VICENTE, J.M. “Algunas reflexiones sobre la nueva ley del Registro Civil”, en *Diario La Ley*, núm. 7771, ED. Wolters Kluwer, 2012, p.9 ss.

¹³ Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. “La inscripción de nacimiento en la ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad” en *Revista de Derecho Civil*, vol.V, núm. 1 (enero-marzo, 2018) p. 2.

¹⁴ Vid. Proposición de Ley núm. 122/000117, de 8 de septiembre de 2017, reguladora del derecho a la gestación por subrogación., consultado en @congreso.es http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF

¹⁵ Vid. Proposición de Ley, promovida por la Asociación Gestación Subrogada en España, consultado en [@gestacionsubrogadaenespana.es](http://gestacionsubrogadaenespana.es) <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley>

Ambos Proyectos establecen como objeto regular la gestación subrogada, en «condiciones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro, expresivas de la más intensa solidaridad entre personas libres e iguales»¹⁶. Por tanto, el objeto es el de regular en España el convenio gestacional para que todos puedan acceder a ella y así garantizar el derecho a la igualdad, derecho fundamental recogido en el art. 14 CE. Asimismo, en ambos Proyectos de Ley el convenio de gestación subrogada sigue teniendo naturaleza altruista.

Además se establecen una serie de definiciones, considerando la gestación por subrogación como aquella «técnica de reproducción humana asistida por la que una mujer acepta ser la gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida contempladas por la ley y dar a luz al hijo de otras personas o persona (progenitores subrogantes)»¹⁷.

Como progenitor o progenitores subrogantes la persona o personas que acceden al convenio, sin necesidad que aporte su propio material genético.

La mujer gestante por subrogación sería la *persona que, sin aportar su material reproductor aceptaría gestar, con el objetivo de alumbrar al hijo del progenitor o progenitores subrogantes, sin que en ningún momento se establezca vínculo de filiación alguno entre la mujer gestante por subrogación y el niño o niños que pudieran nacer como fruto de esta técnica.*

Y siendo el contrato de gestación subrogada aquel documento «público por el que una pareja —formada por personas de igual o diferente sexo— o una persona, acuerdan o acuerda con una mujer que ésta será la gestante por subrogación».

La definición de convenio de gestación subrogada y mujer gestante no difieren en absoluto en ambos proyectos, en cambio, en cuanto al progenitor o progenitores subrogantes, en la Proposición de Ley de la Asociación (en adelante PLA) se establecía que los progenitores subrogantes podían aportar o no su propio material genético, en cambio, en el Proyecto de Ley de Ciudadanos (en adelante PLCs) se establece como obligatorio la aportación de material genético propio. Por otro lado, se prohíbe que la

¹⁶ Vid. Proposición de Ley núm. 122/000117, cit.

¹⁷ Vid. Asociación por la Gestación Subrogada en España., *sobre la Proposición de Ley*. www.gestaciónsubrogadaenespaña.es

mujer gestante aporte material reproductor con el objetivo de impedir que aquella sea considerada la madre legítima por el hecho del alumbramiento (*mater semper certa est*)¹⁸, con esto se rompería el vínculo entre ésta y el nacido.

El convenio sólo se admitiría como medio imprescindible para solventar problemas de infertilidad y no supongan graves riesgos para la salud de la mujer gestante y del hijo, por ello, antes de la celebración el convenio, deberán haber agotado todas las técnicas de reproducción humana asistida, exigiéndose que el consentimiento contractual sea previo a la inseminación artificial de la mujer gestante. El convenio gestacional está sujeto a requisitos que no difieren en ambos proyectos, excepto que el PLCs establece un cuarto requisito, no previsto en la PLA, en la que se requiere que la mujer gestante no tenga vínculo de consanguineidad con el o los progenitores subrogantes.

En lo que concierne a los requisitos de la mujer gestante, aquí hay una diferencia notoria entre ambas propuestas, ya que en el PLA, se determina la edad de 18 años, considerando la mayoría de edad suficiente para acceder al convenio de gestación subrogada, en cambio, en el PLCs se establece la edad de 25 años para poder celebrar el convenio. Por otro lado se requiere que la mujer gestante tenga buen estado de salud mental, que no haya sufrido episodios de depresión o desórdenes psíquicos, y que haya gestado al menos un hijo sano, requiriéndose en el PLA que dicho hijo esté vivo. Respecto a la nacionalidad, en el PLCs se requiere que la mujer gestante posea la nacionalidad o residencia legal en España, mientras que en el PLA basta con que la mujer gestante haya residido en España durante los dos años anteriores a la formalización del contrato, con objeto de evitar que del convenio se haga un negocio en el que las mujeres extranjeras vengan a nuestro país para celebrarlo. En el PLCs se requiere además que la mujer gestante no tenga antecedentes penales, ni antecedentes por abuso de drogas o alcohol, y que no haya sido mujer gestante por subrogación en más de una ocasión con anterioridad, y además, la obliga a someterse a evaluaciones psicológicas y médicas, debiendo estar dispuesta a proporcionar su historial médico e información económica y personal necesaria para acreditar que se cumplen todos los requisitos, ya que si no los reuniese, no podría inscribirse en el Registro ni realizar el convenio, requiriéndose además que dichos requisitos se cumplan con la antelación

¹⁸ Vid. PARRÓN CAMBERO, M.J. “¿Mater semper certa est?” en Diario *La Ley*, núm. 8293, 2014, p.1-3.

mínima de un mes a la celebración del contrato. Por otro lado se establece que se podrá fijar una compensación económica resarcitoria para compensar las molestias derivadas del embarazo, los gastos de desplazamiento (transporte) y laborales y el lucro cesante inherente al procedimiento, proporcionándose a la mujer gestante las condiciones idóneas para llevar el embarazo y el parto, y el post-parto, por lo que, en correlación con esto, la mujer gestante sería beneficiaria de un seguro que cubriría las contingencias que pudieran derivarse del convenio gestacional, y en especial en caso de fallecimiento, invalidez o secuelas físicas. Respecto a su derecho al aborto, la mujer gestante lo tiene reconocido, y aunque su consentimiento se haya prestado ab initio, ésta tiene derecho a abortar sin que pueda ser impedido por la pareja intencional, si bien es cierto que podría ser penalizado civilmente mediante la adición de cláusulas penales en el convenio gestacional, pero esta obligación de indemnizar sólo derivaría si se produce por el ejercicio voluntario de aborto, pero si se produce por causas no imputables a la mujer gestante, la obligación de la pareja intencional de recompensar a la mujer gestante debe subsistir.

En cuanto a los requisitos del progenitor o progenitores subrogantes, en el PLCs, se requiere que haya agotado todas las técnicas de reproducción humana asistida y que aporte necesariamente su material genético. Igualmente, se establece la misma edad de 25 años (en el PLA 18 años) para poder celebrar dicho contrato, estableciéndose los 45 años de edad como límite para celebrar el convenio. Asimismo, deberán tener nacionalidad española o residencia legal en España, con al menos dos años de antigüedad, y deberán inscribirse en el Registro Nacional de Gestación por Subrogación, todo ello con el objetivo de evitar que personas que no sean españolas puedan acudir a nuestro país con el propósito de realizar el convenio. Por otro lado los progenitores subrogantes están obligados a hacerse cargo del hijo nacido con independencia de que nazca con alguna discapacidad.

En cuanto al contrato de gestación por subrogación, no hay diferencias entre ambos proyectos, debiendo celebrarse el contrato de gestación subrogada ante el Notario, que será quien supervise que se cumplen los requisitos establecidos en la ley para que el convenio esté sujeto a la legalidad, prohibiéndose la celebración de contrato de gestación subrogada cuando exista relación de subordinación económica de naturaleza laboral o de prestación de servicios entre las partes implicadas. Igualmente, se establecen una serie de previsiones que deberán contenerse en el contrato gestacional,

como la compensación económica que percibirá la mujer gestante o la técnica de reproducción humana asistida que se empleará, entre otras.

Respecto a la filiación de los hijos nacidos mediante gestación subrogada, tampoco se diferencian, excepto que en el PLCs se extiende más y prevé que, en caso de parejas, el progenitor subrogante que no hubiese aportado material genético podrá manifestar que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto del hijo o hijos del progenitor subrogante que si lo hubiese aportado.

En lo relativo a la posterior inscripción en el Registro Civil, deberán constar los datos personales de las personas interesadas y los de la mujer gestante, con lo cual es posible que en el Registro Civil conste la identidad de esta última, a diferencia del PLA, que establece que en ningún caso se reflejará en el Registro Civil los datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación. Respecto al tercero donante, su identidad es totalmente secreta, por lo que no constaría en ningún documento.

En cuanto a la determinación legal de la filiación, en ambos proyectos se prevén los mismos requisitos, y además, al ser irrevocable desde el inicio el convenio gestacional, se torna necesario que el comitente o comitentes no puedan impugnar la filiación jurídica. La mujer gestante no puede en ningún caso aportar su material reproductor, lo que conlleva que no se permita el ejercicio de acción de reclamación de filiación, puesto que no existe ese vínculo.

En lo relativo a la premoriencia de uno de los dos progenitores y al fallecimiento de ambos progenitores subrogantes durante la gestación, no difiere en ambos Proyectos. Si el comitente fallecido no tenía que aportar su material reproductor el contrato debe producir todos sus efectos jurídicos, convirtiéndose el nacido en heredero forzoso; en cambio, si el comitente fallecido fuera el portador del material reproductor, se niega la determinación legal de la filiación respecto del mismo si a su muerte su material reproductor no se hallase en el útero de la mujer gestante o no se usare en los 12 meses siguientes a su fallecimiento cuando hubiese prestado su consentimiento. Para el supuesto de muerte de ambos padres, (o del comitente biológico) antes del nacimiento se estima necesario el nombramiento de un tutor del menor.

Respecto al Registro Nacional de Gestación por Subrogación y la consiguiente inscripción, no hay diferencias entre ambos proyectos. En este Registro se inscriben las

mujeres gestantes, considerándose como un instrumento jurídico para fortalecer las garantías de este convenio, y estimándose que en el caso de que el comitente conozca a alguien y quiera que sea la mujer gestante, ésta deberá inscribirse en el Registro, con el objeto de permanecer en el marco de la legalidad y determinar si cumple los requisitos establecidos.

Aquí terminarían las similitudes y diferencias entre ambos Proyectos, pero el PLCs se extiende más en su articulado, estableciendo tres capítulos más, relativos a los centros donde se llevaría a cabo la gestación subrogada y las posibles infracciones y sanciones en las que se puede incurrir por un mal ejercicio de dicho convenio, por lo que vamos a analizar los artículos no vistos con anterioridad.

El PLCs, desarrolla un Capítulo V, denominado de “Centros y servicios sanitarios autorizados para llevar a cabo la gestación por subrogación”, en el cual se establece que los centros habilitados para llevar a cabo la técnica de gestación subrogada, tendrán la consideración de centros y servicios sanitarios, rigiéndose por la legislación estatal y autonómica que les resulte aplicable, en particular, la de sanidad.

El Capítulo VI, denominado “Asesoramiento y orientación de la utilización de la gestación por subrogación” establece que la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida será el órgano encargado de asesorar, orientar e informar sobre el ejercicio de este derecho y de las técnicas de reproducción complementarias.

El capítulo VII, de “Infracciones y sanciones” desglosa a grosso modo las infracciones y sanciones que pueden imponerse por un mal uso del convenio. Respecto a las infracciones, se establece que las infracciones en materia de gestación subrogada serán objeto de sanciones administrativas correspondientes, sin perjuicio de responsabilidades civiles, penales o de otro orden que pudieran concurrir. Por otro lado, si la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, la sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa, admitiéndose la posibilidad de adoptar medidas cautelares para asegurar la eficacia de la resolución que se dicte en los procedimientos sancionadores graves o muy graves, pudiéndose adoptar dichas medidas antes de la iniciación del expediente sancionador en los casos de urgencia y para la inmediata protección de los intereses implicados. Las infracciones en esta materia se califican como leves, graves o muy graves, considerándose como leves cualquier incumplimiento

que no sea tipificado como grave o muy grave¹⁹; siendo las graves aquellas relativas a la realización del convenio cuando este suponga un riesgo para la salud de la mujer gestante o del niño o que las partes no cumplan los requisitos establecidos, y de forma negligente realicen el convenio; y finalmente siendo las muy graves la realización del convenio por parte de la mujer gestante y de los padres comitentes sin cumplir los requisitos de forma dolosa o realizar el convenio sin haber agotado todas las técnicas de reproducción asistida, entre otras”²⁰.

Finalmente, en cuanto a las sanciones, éstas se estimarán de acuerdo con el tipo de infracción que se haya cometido, sancionándose las infracciones leves con multa de hasta 1.000 €; las graves con multa de 1.001 euros hasta 10.000 euros; y las muy graves desde 10.001 euros hasta un millón de euros, y además de la multa pecuniaria, en los delitos relativos a los centros sanitarios donde se realice la gestación, se podrá acordar la clausura o cierre temporal o definitivo de dichos centros. En cuanto a la prescripción de las infracciones, las muy graves prescribirán a los tres años; las graves a los dos años; y las leves a los seis meses.

3. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada

En España no está permitido celebrar el convenio de gestación subrogada, por esa razón las personas que quieren ser padres biológicos y ante la imposibilidad de serlos naturalmente recurren a esta técnica en países donde se permite, como Estados Unidos, Reino Unido, Canadá o Portugal, entre otros. Carentes de regulación, el Comité de Bioética, en lugar de propiciar una regulación del convenio, termina mostrando rechazo hacia cualquier atisbo de regulación, siendo primera prueba de ello la manera de referirse a la gestación subrogada, decantándose por la acepción de maternidad subrogada, y aduciendo como fundamento que utilizar las palabras gestación por sustitución o gestación subrogada supone ocultar la palabra maternidad. En este sentido, parte de que la finalidad del convenio de gestación subrogada no es otra que la

¹⁹ Vid. Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación 8 de sept., *cit.* pp.10-12

²⁰ Vid. Proposición de Ley, núm. 145-1, reguladora del derecho a la gestación por subrogación., *cit.*

de «privar de la condición de madre a quien ha dado luz a un niño y atribuirla a otra u otras personas»²¹.

En el Informe se da relevancia a los aspectos biológicos y psico-sociales entre la mujer gestante y el hijo durante la gestación, afirmando que la «gestación es una forma de simbiosis temporal entre el hijo y la madre que genera una huella corporal permanente en ambas partes; el cuerpo, y especialmente el cerebro, de la mujer gestante cambian durante el embarazo; a la urdimbre afectiva del hijo no es ajena la voz, el sabor y olor del cuerpo de la madre»²², fundamentando lo anterior en el vínculo que se establece en el útero, que aunque no lleve los genes de la mujer gestante, es receptor del estilo de vida y las percepciones que la mujer gestante percibe, por lo que la relación futura entre los padres intencionales y el hijo sería reprobable moralmente. Aunque en esta sede, ellos mismos reconocen que entre los padres adoptivos y el hijos se genera un vínculo natural, tras un contacto íntimo y diario con él, y citan un Estudio de 2016, que señala que los niños de 5 a 15 años gestados mediante gestación subrogada no presentaban diferencias psicológicas significativas con respecto a los procedentes de FIVET o concepción natural²³.

El Comité es consciente de que se va a seguir celebrando el convenio mientras existan países donde se permita, lo que conlleva que el Estado se encuentre con que no logra proteger el bien que pretendía, y además sin llevar a cabo una regulación de la materia con todas las garantías debidas, previendo entonces dos posibilidades, la primera, la aprobación de una regulación universal básica, y la segunda la aprobación de una regulación de alcance universal que sólo permitiese el uso excepcional de esas

²¹ Vid. VELA SÁNCHEZ, J.A. “¿En serio? Yo alucino con el comité. A propósito del «Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 19 de mayo de 2017” en Diario *La Ley*, núm. 9035, ED. Wolters Kluwer, 6 de Septiembre de 2017 p.3.

²² Vid. Comité de Bioética en España, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada” p.12, consultado en @comitedebioetica.es http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf .

²³ Vid. Comité de Bioética en España, comentario extraído de “Söderström-Anttila, V., Wennerholm, U.B., Loft, A., Pinborg, A., Aittomäki K, Romundstad, L.B., Bergh, C. (2016) Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families -a systematic review. *Hum Reprod Update*” , pp.260-276.

prácticas. Sin embargo, como veremos, finalmente se propugnará una prohibición absoluta y universal del convenio gestacional.

El Informe parte del axioma romano *mater semper certa est* y considera que se propone sustituir esta premisa por la voluntad individual del individuo, trayendo consigo que la procreación deje de verse como un acontecimiento natural, y que se conciba como un deseo (e incluso derecho) del individuo, y la gestación pase a verse como un servicio que cualquier mujer puede prestar de forma desinteresada o lucrativa, pero sin especiales efectos negativos para ella ni para el niño²⁴.

Para elaborar su Informe, el Comité parte de una serie de preguntas, siendo la primera si debería ser lícita la gestación subrogada altruista, teniendo éstos dos razones de peso para prohibir el convenio gestacional incluso de naturaleza altruista: la primera, que al aceptarse la gestación altruista, se abriría la posibilidad de celebrar convenios comerciales, y el derecho se vería incapaz de frenarlo, y la segunda, que resultaría raro y difícil encontrar a alguien que acepte realizar altruistamente dicho convenio.

La segunda pregunta planteada es si se podría admitir la gestación comercial, y en este sentido lo tienen claro: la gestación comercial supondría la explotación de las mujeres que se someten a ella, y señalan que algunos países han prohibido en los últimos años la maternidad subrogada internacional, entre los que citan India, Tailandia y Camboya, países menos desarrollados en los que acceden a él mujeres en riesgo de pobreza o exclusión, las cuales ven en este medio un posible negocio. Consideran que la gestación subrogada puede suponer riesgos de tráfico de niños mediante su compraventa o a través de adopciones ilegales, y acudir a este convenio gestacional puede repercutir negativamente sobre el niño, porque llevaría a percibirlo como un objeto, aumentando el riesgo de cosificación, aduciendo que los nacidos mediante esta técnica pueden ser objeto de modificaciones genéticas de forma artificial, al abrirse la posibilidad de que los interesados elijan a la mujer gestante, en base a sus características personales.

El Comité incide en que el convenio trata de evitar la generación de un vínculo afectivo entre el niño y la gestante y esto genera un impacto emocional negativo sobre esta última. Por otro lado, en cuanto al niño se le priva de la relación física y emocional

²⁴ Vid. VELA SÁNCHEZ, J.A. “¿En serio? Yo alucino con el comité...” *cit.*, p.5

que se había establecido en el útero de la gestante e impide posteriormente que se alimente de la leche de quien lo gestó²⁵.

En cuanto al conocimiento de los orígenes biológicos del niño, parten de que “la maternidad biológica desempeñada por la gestante durante el embarazo no puede reducirse a un hecho irrelevante para la vida del hijo y, por tanto, se debe reconocer el derecho del hijo a conocer esos orígenes biológicos”²⁶. No obstante, el propio Informe reconoce que respecto a la información de terceros donantes el acceso a la información es más restringido, permitiéndose información general pero nunca su identidad²⁷.

Respecto a los aspectos jurídicos y políticos del convenio, se realiza un repaso de la perspectiva internacional de la gestación subrogada. En lo que atañe a la Convención de la ONU, en el informe se señala que en ella se consagra el principio del interés superior del menor, y en cuanto al Comité de Derechos del niño, se ha insistido en que este principio informe todas las normas que tengan que ver con los niños²⁸. En cuanto a la Unión Europea, el Parlamento Europeo en 2015 ha sido la única institución que se ha pronunciado expresamente sobre la maternidad subrogada, condenando esta práctica al considerarla contraria a la dignidad humana de la mujer puesto que su cuerpo se

²⁵ Vid. VELA SÁNCHEZ, J.A. “¿En serio? Yo alucino con el comité...” *cit.*, p.7.

²⁶ Vid. DE VERDA Y BEHAMONTE, J.R. “Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)”, el autor, en el mismo sentido que el Comité, considera que <<El origen biológico de la persona es, a mi parecer, uno de los aspectos de la vida personal y familiar, cuyo conocimiento ha de ser garantizado por los poderes públicos, de manera efectiva (...) los poderes públicos debieran posibilitar que los hijos nacidos mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, al llegar a la mayoría de edad, pudieran identificar a sus padres biológicos, lo que acabaría con el anonimato del donante, pero no tendría por qué implicar el establecimiento de una nueva relación paterno-filial, ya que se trataría sólo de permitir que una persona pudiera llegar a conocer un aspecto tan esencial de su propia vida privada, como son sus orígenes biológicos>> en Diario *La Ley*, núm. 1, 2005, pp. 1510-1523.

²⁷ Vid. “Informe del Comité de Bioética en España”, *cit.*, p. 3

²⁸ Vid. Comité de los Derechos del Niño, “Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, 2013, (artículo 3, párrafo 1).

instrumentaliza, y señala la prohibición de esta práctica, en particular, en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo²⁹.

Ante la posible regulación de la gestación subrogada, el Comité plantea una serie de problemas éticos y jurídicos que derivan, en primer lugar, respecto al momento a partir del cual debe entenderse que el niño es hijo de los comitentes, partiendo del Informe de que los comitentes asumen la filiación tras el parto y la renuncia de la gestante, señalando que la gestación subrogada supone un auténtico ejercicio de alienación para satisfacer el deseo de otra persona, donde la mujer no tendrá la oportunidad de decidir si quiere hacerse cargo o no del hijo que ha traído al mundo, considerando que en estas legislaciones donde se considera que la filiación se produce desde el momento en que se realiza el convenio «se menosprecia el valor que la experiencia del embarazo pueda tener en la vida de la gestante así como su relación con el niño gestado»³⁰.

En segundo lugar, el Comité entiende que con el requisito de que la mujer gestante tenga un hijo propio, se pretende disminuir el riesgo de desarrollar el vínculo afectivo con el niño, volviendo a destacar la importancia del vínculo gestación-maternidad.

En tercer lugar, en cuanto a los requisitos de que la gestante carezca de vínculo genético con el niño, y la necesaria aportación de material genético de uno de los padres intencionales, considera el Comité que el contrato se establece entonces entre una gestante que no tiene vinculación genética con el niño y unos comitentes que sí la tendrán, convirtiéndose en el título para determinar la filiación. Sin embargo, estiman que el vínculo biológico entre la gestante y el niño durante los meses de embarazo, y la posibilidad de no querer renunciar a la maternidad, es más fuerte que la simple aportación de gametos y constituye un título válido para determinar la filiación.

En cuarto lugar, en lo relativo a la posible existencia de parentesco entre la mujer gestante y los comitentes, consideran que los países donde es legal la gestación subrogada altruista nos muestra que quien se presta a gestar para otra familia es en la gran mayoría un familiar del comitente, que son quienes se muestran más dispuestas a ayudar.

²⁹ Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, “sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)).”

³⁰ Vid. “Informe del Comité de Bioética en España”, *cit.*, p. 38

En quinto lugar, la mujer gestante y aborto, se señala que admitido el derecho de abortar de la mujer gestante, se propone que las mujeres que aborten devuelvan cualquier cantidad que hubiese recibido de los progenitores subrogantes e indemnizarles por los daños y perjuicios causados. Aunque no se pueda impedir el derecho de abortar de la mujer gestante, debería ser penalizado civilmente, indemnizando a los padres intencionales por los daños morales producidos. Dicho esto, el Comité se pregunta qué sucedería si el nasciturus padece problemas de salud y los comitentes quieren que la mujer gestante aborte pero ella no quiere; en este sentido, tratándose de causas relacionadas con el feto, y que no afectaren a la salud de la embarazada, los comitentes no pueden decidir la no continuación del embarazo de la mujer gestante, pues éstos deben aceptar en el convenio de gestación la eventualidad de la discapacidad psíquica o física que pueda tener el nacido.

En sexto lugar, la posibilidad de que el niño se quede sin padres intencionales antes de nacer, señala el Informe que en este caso se podría dar la opción a la gestante de convertirse en madre del niño, aunque esto no está exento de problemas, porque podría suceder que el padre biológico fallezca durante el embarazo de su pareja (no siendo esta causa de interrupción del embarazo pasadas las 14 semanas fijadas para el aborto por plazo), o que se produzca la fecundación post mortem, regulada en el artículo 9 LRTHA, esto es, la reproducción asistida en los casos de premoriencia del marido de manera que pueden consentir «para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer o pareja de hecho»³¹.

En séptimo y último lugar, el Comité señala que la legalización en España de la gestación subrogada automáticamente trae consigo un incremento de la demanda. En este sentido, acertadamente Antonio José Vela³² se pregunta si también se incrementó injustificadamente la demanda de órganos en nuestro ordenamiento jurídico con la aprobación legal de su donación. En este punto es de manifestar que, «prohibir el

³¹ Vid. GÁMIZ SANFELIU, M. “Reflexiones sobre la fecundación post mortem. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, en *Actualidad Civil*, Nº 10, 2009, p.5-8.

³² Vid. “¿En serio? Yo alucino...” *cit.* p. 12.

convenio gestacional por razones infundadas o sólo ideológicas es muy criticable, pero hacerlo, además, a sabiendas de la gran demanda existente es cruel»³³.

En base a lo expuesto, el Comité considera que debe conservarse la nulidad del convenio gestacional en base a una serie de argumentos:

1. Porque supone un convenio indigno para la mujer gestante y va contra el interés superior del menor.
2. Recomienda valorar las consecuencias de la aprobación de la gestación subrogada en países de nuestro entorno.
3. Los organismos intergubernamentales que se han pronunciado sobre el convenio han adoptado posiciones de rechazo o de cautela.
4. Los intentos de regulación de la gestación subrogada de carácter altruista generan problemas graves de muy difícil solución, ya que la gestación altruista supondría la antesala de la gestación retribuida.
5. La modalidad de convenio gestacional más extendida es la comercial internacional, y ésta parece vinculada a la explotación de las mujeres gestantes, mujeres que desean obtener ingresos y no tienen problema en realizar el proceso de gestación y entregar al niño gestado para conseguirlos.

Así, el Informe indica que «negar que la maternidad subrogada internacional está hoy asociada a la explotación de la mujer es negar la realidad»³⁴. El Comité concluye en su Informe la subsistencia de la nulidad del convenio gestacional; la prohibición universal de la maternidad subrogada internacional; y la transición segura de los convenios gestacionales ya realizados, garantizando que la filiación en el extranjero se realice a través de figuras como la adopción o el acogimiento.

IV. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL CONVENIO DE GESTACIÓN SUBROGADA

Llegados al caso de que se regulase la gestación subrogada en España, para realizar el convenio gestacional, debe existir por un lado, una mujer que se preste a gestar a un bebé, y por otro lado, una pareja heterosexual u homosexual, o mujer u hombre solo,

³³ Vid. VELA SÁNCHEZ, J.A. “¿En serio? Yo alucino con... *cit.*”, p.13.

³⁴ Vid. “Informe del Comité de Bioética en España”. *cit.* p.66

que aporte su material genético con el fin de tener un hijo propio. Nos encontramos por tanto con dos partes necesarias en el convenio, en primer lugar, la mujer que gesta, de modo que el término más apropiado para referirnos a ésta será el de mujer gestante o gestante subrogada, desechando cualquier término despectivo como pudiera ser madre de alquiler o madre sustituta y por otro lado, en cuanto a los futuros padres, se les denomina padres comitentes o padres intencionales. Por tanto, y basándonos en los Proyectos de Ley anteriormente analizados, vamos a establecer los derechos y obligaciones básicos de las partes intervinientes en el convenio de gestación subrogada.

Derechos de la mujer gestante: Se presume que toda mujer que cumpla con los requisitos tiene derecho a realizar un convenio de gestación subrogada, sin que se modifiquen ni deroguen los derechos reconocidos a toda mujer mediante la LO 2/2010 de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Por tanto aunque una mujer haya accedido a realizar un convenio de gestación subrogada, tiene reconocido el derecho de interrupción voluntaria del embarazo sin que pueda incurrir en legalidad penal, más allá de la que pudiera derivar de alguna posible cláusula en el contrato por la que deba resarcir a los progenitores intencionales por los daños morales que pudiesen sufrir ante esta interrupción. Por supuesto, esta obligación desaparece si el aborto se produce de forma espontánea, o si continuar con el embarazo conlleva graves consecuencias para la vida o salud de la mujer gestante, en este caso la obligación de compensar a la mujer gestante persiste aunque haya ejercido su derecho a abortar. Y en cuanto a sus obligaciones:

- Cumplir con la edad necesaria para poder celebrar el convenio (18 años por Proyecto de Ley popular y 25 años por Proyecto de Ley de Ciudadanos).
- Tener buen estado de salud física y mental y no haber sufrido nunca episodios de depresión o desórdenes psíquicos.
- No aportar material genético propio.
- Haber gestado al menos a un hijo sano (y que esté vivo).
- Poseer nacionalidad española o residencia legal en España (durante los dos años anteriores a la formalización del contrato).
- No tener antecedentes penales ni antecedentes por abuso de drogas o alcohol.
- No ser mujer gestante por subrogación en más de una ocasión con anterioridad.

- Obligarse a someterse a las evaluaciones psicológicas y médicas necesarias, debiendo estar dispuesta a proporcionar todo su historial médico e información económica y personal necesaria para acreditar que se cumplen dichos requisitos.
- Entregar al hijo nacido mediante esta técnica a los padres comitentes.

Si la mujer gestante no cumple con estos requisitos, no podrá realizar el convenio, requiriéndose además que dichos requisitos se cumplan con la antelación de un mes a la celebración del contrato.

Por otro lado, respecto a los derechos de los padres intencionales el más importante de todos, considerarse desde el inicio los padres biológicos del niño nacido mediante la técnica de gestación subrogada, y que éste le sea entregado. En cuanto a las obligaciones:

- Haber agotado todas las técnicas de reproducción humana asistida
- Aportar necesariamente su material genético.
- Poseer la edad necesaria para acceder al convenio (18 años por Iniciativa popular y 25 años por Iniciativa Ciudadano)
- Se establece como límite de edad para acceder al convenio los 45 años.
- Debe poseer nacionalidad española o residencia legal en España.
- También deberán inscribirse en el Registro Nacional de Gestación por Subrogación.
- Compensar a la mujer gestante por los gastos derivados del embarazo (incluidos los gastos de transporte).

V. DERECHO COMPARADO

1. Países donde está permitida la gestación subrogada

Entre todos los países donde está permitida la gestación subrogada, hay países donde se permite que acudan extranjeros y otros donde sólo permiten que acudan nacionales. Así, respecto a los países donde la gestación subrogada es legal y además está permitida para extranjeros podemos citar Estados Unidos, Rusia, Ucrania, Grecia, Georgia, Portugal y Canadá. En EEUU, no está permitida la gestación subrogada en todos sus estados, pero entre los que sí está permitida nos encontramos con Arkansas, California, Connecticut, Distrito de Columbia, Florida, Utah, Texas, entre otros.

Las parejas heterosexuales presentan menos inconvenientes a la hora de realizar el convenio, puesto que todos los países permiten el acceso a este modelo de familia (exceptuando si se tratan nacionales o no del país en cuestión), en cambio en lo que respecta a la pareja homosexual y hombres solos, éstos tienen bastante restringido el acceso a la gestación subrogada, permitiéndose solo en Canadá y en algunos estados de USA, como California, Florida y Utah. En Rusia, por ejemplo, se permite el acceso a extranjeros pero únicamente si se trata de matrimonio de pareja heterosexual (o excepcionalmente por analogía en virtud de sentencia judicial si no están casados) o mujeres independientemente de su estado civil (pero no su orientación)³⁵, en este país el coste del convenio gestacional oscila entre 50.000-80.000 €.

En Canadá se permite en todo el territorio excepto en Quebec, donde se considera nulo de pleno derecho, siendo el precio del convenio de gestación en Canadá entre 60.000-100.000 €.

Por otro lado, nos encontramos con los países donde está permitida la gestación subrogada pero sólo para nacionales, entre los que podemos citar México, Tailandia, India e Israel, entre otros. Antes en India se permitía la gestación subrogada a extranjeros, pero actualmente solo se permite a matrimonios indios heterosexuales con problemas de fertilidad.

Finalmente, en cuanto a los países europeos donde se prohíbe la gestación subrogada, citamos a Alemania, Francia, España, Italia, entre otros. Otros países que por ley tienen prohibido este convenio son Turquía, Arabia, Pakistán, China y Japón. Y algunos estados de USA como Nueva York, Arizona, Michigan, Indiana y Dakota del Norte³⁶.

1.1.Estados Unidos y Ucrania como destinos favoritos

California, es el estado de USA que constituye el principal destino de los ciudadanos españoles a la hora de realizar el convenio de gestación subrogada. California permite el acceso a extranjeros y además se prevé en su legislación que se realice con carácter remunerado. La eficacia vinculante de la gestación subrogada en

³⁵ Vid. FLORES RODRIGUEZ, J. “Convenio gestacional internacional y filiación transfronteriza: el modelo de los países del Este de Europa”, en *Actualidad Civil*, núm. 1, ED. Wolters Kluwer, enero 2019, p. 11.

³⁶ Vid. www.babygest.es

este país, a pesar de ser más costoso (frente a otros países como Ucrania) estriba en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya que aporta mayor seguridad jurídica a los padres, toda vez que considera que los derechos de los padres subrogantes deben prevalecer sobre la madre natural, y ésta en ningún caso puede revocar el contrato.

Los interesados en celebrar un convenio de gestación subrogada en EEUU pueden mandar la solicitud online³⁷ en las páginas web de las agencias o los centros de reproducción que actúan de intermediarios³⁸. En este estado, la práctica es facilitada por una agencia, la cual selecciona a la mujer gestante, y supervisa el convenio gestacional, desde la fecundación hasta la elaboración del contrato, debiendo los padres comitentes retribuir a la mujer gestante, en compensación por los gastos ocasionados con motivo del embarazo.

La filiación de produciría a los 8 meses de embarazo, y tiene lugar en los juzgados de familia, mediante el denominado “juicio de paternidad”, que es cuando formalmente se reconoce la filiación, asignando la paternidad a los padres comitentes, debiendo todas las partes implicadas manifestar la voluntad de reconocimiento. El certificado de filiación debe inscribirse en la *Oficina Estatal de los Registros Vitales* en los diez días siguientes al nacimiento, junto con la sentencia que declara la filiación del nacido. Es por esto por lo que California se constituye en el destino favorito a la hora de realizar el convenio, ya que además de ser legal la gestación subrogada, se admite la inscripción registral del nacimiento y la posterior filiación del menor, siendo esto dos motivos de peso, ya que da la seguridad jurídica necesaria a aquellos interesados que luego quieran registrar a sus hijos en sus respectivos países de origen al tener una sentencia judicial firme que acredita que los padres intencionales son los padres biológicos del menor.

Por otro lado, Ucrania es otro de los destinos favorito de los españoles a la hora de celebrar el convenio de gestación subrogada, además éste podría considerarse más económico que el celebrado en EEUU, pero actualmente, a la vista de los recientes acontecimientos, se presenta el riesgo de grave inseguridad jurídica a la hora de realizar el convenio gestacional. En Ucrania se permite la gestación subrogada comercial y

³⁷ Vid. Solicitud vía online de la agencia norteamericana “*Extraordinary Conceptions*”. <https://extraconceptions.co/register/surrogateapplication>

³⁸ Vid. FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, en *Revista para el análisis del Derecho*, enero 2010, pp. 11 y 12.

altruista, siendo requisito para celebrar el convenio que se trate de pareja matrimonial heterosexual y que ésta presente problemas de infertilidad.

Para formalizar el contrato, previamente los padres comitentes y la mujer gestante deben firmar un contrato en el que se determina directamente la filiación a favor de los padres comitente, y, respecto a los orígenes biológicos del niño, en la inscripción del nacimiento no se inscriben los datos de la mujer gestante, pero sí que el niño ha nacido mediante esta técnica reproductiva. El contrato gestacional ucraniano se redacta y acepta ante Notario, previo al inicio de las técnicas de reproducción humana asistida, siendo el contenido del contrato prácticamente redactado en su totalidad por los interesados, y la cuantía a percibir por la gestante determinada con anterioridad mediante pacto. El padre comitente deberá aportar su material reproductor, y, si es posible, se aportará el material genético de la madre comitente o el de una donante, pero en ningún caso de la mujer gestante, que deberá ser mayor de edad, tener un hijo propio y buena salud psicofísica, y deberá haber aceptado comprometerse a entregar al niño una vez nacido.

El art. 123.2 del Código de Familia de Ucrania considera que el menor es hijo de los padres genéticos desde que es concebido, antes del parto (*filiación gestacional predeterminada o anticipada*). Así, en la gestación por sustitución los padres de intención se convierten en los padres legales desde la transferencia del embrión al útero de la madre gestante, que pierde cualquier derecho y no asume obligación alguna respecto del menor³⁹.

Basándome en un artículo de Vela Sánchez⁴⁰, voy a analizar dos agencias de intermediación, una de ellas norteamericana (en California) y otra de Ucrania, para comprender el alcance del convenio gestacional y hacernos una idea aproximada de cuánto puede suponer la realización del convenio en estos países. Las agencias en cuestión son, la californiana “*Extraordinary Conceptions*”⁴¹ y la ucraniana “*La Vita Felice*”.

³⁹ Vid. FLORES RODRIGUEZ, J. “Convenio gestacional internacional y filiación transfronteriza...”, *cit.* p. 9

⁴⁰ Vid. “La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho”, en Diario *La Ley*, nº 8055, 2013, p. 7

⁴¹ Vid. <https://www.extraconceptions.com/>

La agencia norteamericana es la opción favorita de los españoles, ya que como se dijo anteriormente, ésta dota de mayor seguridad jurídica a los interesados en la celebración del convenio. La agencia dispone de varias tarifas que engloban distintos conceptos, encontrándonos en primer lugar con el Plan Regular cuya cantidad a pagar oscilaría entre los 60.000 €, pero esta Agencia dispone de otros dos planes, que pueden considerarse más completos que el denominado “Plan Regular”, denominados “Plan de Lujo” o “Plan Principal”, toda vez que con estos dos últimos se garantiza la maternidad o paternidad solicitada, por lo que se puede ver incrementado su precio, ascendiendo a una cantidad de 75.200 €, ya que con este plan el proceso se repetiría hasta que sea fructífero el deseado embarazo. Estos serían los gastos que tendría que abonar cualquier pareja o persona interesada en realizar el convenio de gestación subrogada, sin tener en cuenta el coste de desplazamiento a EEUU, que podría suponer un total de 90.000 €.

Por otro lado, respecto a la agencia ucraniana, ésta ofrece la modalidad “*Economical*”, valorada en 2.890 €, pero aun siendo el más económico, implica mayor inseguridad a los padres comitentes, por ello la Agencia ofrece otro paquete, denominado “*Complex 1*” que tendría un coste un poco más elevado, cuya principal diferencia radica en que se hace más hincapié en la seguridad de la mujer gestante, y el paquete denominado “*Complex 2*”, que tiene como especialidad que se proporciona tanto al cliente como a la mujer gestante el óvulo fecundado de terceros donantes, de manera que a todo lo anterior se añadiría el contrato de selección del óvulo fecundado de donantes y los servicios prestados por la clínica de fertilización, teniendo este paquete un coste total de 25.230€.

Como podemos ver, existe una diferencia de más de 40.000 € entre la agencia norteamericana y la ucraniana, este es el principal motivo por el que muchos prefieren acudir a Ucrania a la hora de realizar el convenio gestacional, aunque esto conlleve una menor seguridad jurídica a la hora de ver cumplido su deseo de ser padres.

1.2.México, Grecia y Reino Unido.

En el caso de México, sólo en los territorios de Tabasco y Sinaloa se permite la gestación subrogada y exclusivamente a ciudadanos mexicanos, oscilando el precio del convenio entre 40.000 y 60.000 €. En ese país se permite cualquier tipo de gestación subrogada, ya sea altruista o comercial y, además, no existen agencias intermediarias, por lo que el proceso de gestación se realiza directamente entre los padres intencionales

y la mujer gestante, siendo esta elegida directamente por los primeros y preferiblemente que sea una mujer con algún tipo relación, ya sea familiar, de amistad o relación civil con éstos. Para celebrar el convenio gestacional se estima necesario que los interesados sean pareja casada con problemas de fertilidad, debiendo la mujer intencional ser menor de 40 años y la mujer gestante tener una edad comprendida entre los 25 a 35 años. Si la mujer gestante tiene vinculación genética, el procedimiento a seguir es el rechazo de esta última de su maternidad en favor de la madre intencional, debiendo ésta adoptarlo, en cambio, si no existe vinculación genética, la madre intencional es directamente reconocida como madre legal del hijo así nacido. En cuanto a los derechos y obligaciones de cada una de las partes, los padres intencionales tienen reconocido el derecho de filiación, y como obligación principal se constituye la de correr con los gastos médicos generados de la mujer gestante; por otro lado, la mujer gestante tiene reconocido el derecho de interrupción voluntaria del embarazo, debiendo respetar los padres comitentes esta decisión, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad en que pudiese incurrir.

En Grecia, la gestación subrogada sólo se permitía para nacionales, pero desde 2014 se permite que ciudadanos extranjeros puedan acceder a este país para realizar el convenio, aun así, no todos pueden celebrar el convenio en este país, puesto que las parejas homosexuales u hombres solos tienen restringido el acceso. La gestación subrogada en este país tiene un coste de entre 70.000 y 80.000 €, y a diferencia de México, aquí si intervienen agencias intermediarias. Respecto a la madre intencional, a diferencia del máximo de 40 años requeridos en México, en Grecia debe tener menos de 50 años y aportar un certificado médico de infertilidad, permitiéndose que se le pague a ésta, además de los gastos médicos que pudieran originarse, una cantidad adicional en concepto de días de trabajo perdidos y molestias ocasionadas. Si no se cumplen los requisitos establecidos, se prevé una pena de prisión de dos años y una multa que podría ascender a 1.500 €.

Finalmente, en el caso de Reino Unido, la gestación subrogada se considera una práctica legal pero también presenta restricciones, como por ejemplo sólo se permite la realización del convenio de forma altruista, en ningún caso se permite el acceso a personas solas, el contrato no es vinculante y la madre legal es la gestante. El principal objetivo de la legislación que regula la gestación subrogada en Inglaterra (que data de 1985), fue la prohibición de la gestación subrogada comercial y la limitación del

convenio a casos tasados y sobre todo que comprendiera acuerdos entre amigos y familiares, con lo cual, las agencias intermediarias comerciales están prohibidas en este país, pero nada se dice acerca de las organizaciones sin ánimo de lucro que igualmente actúan como intermediarias a la hora de poner en contacto a los padres comitentes con mujeres gestantes. Al no ser el contrato vinculante, los padres intencionales no saben hasta el último momento si la realización del convenio llegará a buen fin, lo que genera incertidumbre y una sensación de inseguridad jurídica, y además, en cuanto a los derechos legales derivados de la filiación, a los padres comitentes no se les reconoce, sino que estos recaen en la mujer gestante y su marido, con lo que los padres intencionales se ven sin potestad para solicitar el pasaporte hasta que no se les reconozca la paternidad legal, que se produciría en un plazo de seis meses, perdiéndose ésta si el plazo expirase sin haberse solicitado. Por otro lado, en cuanto a la baja por maternidad, la mujer gestante tiene derecho a darse de baja por maternidad pero la madre intencional no tiene reconocido este derecho.

Además, este país permite que acudan extranjeros, pero es requisito necesario que uno de los dos miembros de la pareja resida allí para beneficiarse de la ayuda de una gestante, por lo que se podría realizar una gestación subrogada en este país si uno de los miembros de la pareja reside allí, pero llegados al caso, aunque una pareja de españoles resida allí, Inglaterra no se constituye como destino favorito a la hora de realizar el convenio, puesto que existe una enorme inseguridad jurídica, sobre todo en lo que respecta a los derechos de las partes.

2. Breve análisis comparativo de la gestación subrogada en Portugal.

2.1. La Ley Portuguesa nº 25/2016, de 22 de agosto, que regula el acceso a la gestación por sustitución – LGS (modifica la anterior LPMA).

Portugal ha sido la última en sumarse a la hora de legislar sobre la gestación subrogada, permitiéndose el acceso a extranjeros. La Ley Portuguesa nº 25/2016, de 22 de agosto, que regula el acceso a la Gestación por Sustitución⁴² (en adelante LGS) modificó la Ley Portuguesa nº 32/2006, de 26 de julio, de Procreación Médicamente Asistida (en adelante LPMA) cuyo art. 8.1º denegaba expresamente dicha gestación por sustitución, como hace aun nuestro art. 10.1 LRTHA. El régimen jurídico portugués de

⁴² Vid. Ley 25/2016, de 22 de agosto. http://www.cnpm.org.pt/Docs/Legislacao_Lei_25_2016.pdf

la LPMA consideraba siempre a la mujer gestante como la madre biológica, en base al axioma romano *mater semper certa est*, por lo que la filiación se determinaba en el parto⁴³. La actual LGS portuguesa permite el convenio de gestación subrogada aunque a título excepcional ya que requiere el cumplimiento riguroso de los requisitos tasados en la Ley, constituyéndose estos en los casos de ausencia de útero, de lesión o enfermedad de este órgano que impida el embarazo, añadiéndose los casos en que aunque la madre comitente no sea estéril, ésta no pueda llevar a cabo un embarazo por situaciones clínicas que lo justifiquen, o situaciones de riesgo significativos para la salud de la madre o del hijo⁴⁴.

A su vez, la ley portuguesa establece la edad de 18 años como edad mínima para realizar el convenio con la condición de que no se encuentre prohibido o inhabilitado por anomalía psíquica, y respecto a los beneficiarios, pueden ser parejas heterosexuales o parejas homosexuales de mujeres, independientemente de su estado civil, y todas las mujeres solas sin perjuicio de su orientación sexual, excluyéndose a pareja homosexual masculina y hombres solos. Se exige que el convenio sea de naturaleza altruista, aunque se permite la compensación por los gastos derivados del embarazo, y se prohíbe la celebración del convenio en los casos en que exista relación de subordinación económica o de naturaleza laboral entre las partes.

Para realizar el convenio se necesitaría la aportación de material reproductor de al menos uno de los beneficiarios, lo cual respondería a la exigencia del acceso al convenio gestacional para solventar problemas de infertilidad, y prohibición que la mujer gestante aporte su material reproductor, logrando con esto la inexistencia de vínculo jurídico de filiación con el niño nacido, impidiendo que se le pueda considerar como madre ab initio, por lo que, en esta sede, requisito esencial es el de la prestación del consentimiento de la mujer gestante, debiendo ser éste libre, claro, de forma expresa y por escrito, teniendo derecho a revocar libremente su consentimiento hasta el inicio de la técnica de reproducción asistida, pero una vez iniciada esta, el consentimiento es irrevocable. En el contrato deberán establecerse disposiciones a observar en el caso de malformaciones o enfermedades en el feto y en caso de interrupción voluntaria del

⁴³ Vid. VELA SANCHEZ, J.A. “La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley portuguesa 25/2016, de 22 de agosto” en Diario *La Ley*, nº 8868, 2016, p.3.

⁴⁴ Vid. SALAZAR BENÍTEZ, O. “La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos”, ED. Dykinson, Madrid, 2018, p.113

embarazo, pudiendo establecerse cláusulas penales para indemnizar a los padres comitentes.

Respecto a los beneficiarios, deberán ser informados sobre la adopción y tendrán derecho a la entrega y filiación del hijo nacido mediante esta técnica, debiendo probar que son incapaces de gestar y abonar los gastos derivados del embarazo a la mujer gestante.

En cuanto a la mujer gestante, tiene derecho a percibir los gastos derivados de la asistencia sanitaria, y ésta deberá justificar su idoneidad para gestar, obligándose a cumplir las prescripciones médicas para llevar a buen fin la gestación; por otro lado se obliga a entregar al niño nacido y renuncia a los derechos y deberes de la maternidad.

2.2. Regulación a través del Reglamento Portugués nº 6/2017, de 31 de julio.

La LGS se desarrolla a través del Reglamento nº 6/2017 de 31 de julio⁴⁵. Vamos a analizar de manera somera este reglamento, que pretende definir el procedimiento de autorización previa a que está supeditada la celebración de negocios jurídicos de gestación por sustitución y el propio contrato de gestación por sustitución⁴⁶.

El Reglamento se centra en el procedimiento de autorización previa, y por ello determina al órgano especializado encargado de autorizar el convenio gestacional, constituyéndose al *Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida*⁴⁷ (en adelante CNPMA) y al Colegio de Médicos, como los encargados de comprobar que se cumplen los requisitos y presupuestos legales de acceso al convenio, sobre todo la prestación del consentimiento libre y voluntario por parte de la mujer gestante.

Para acceder al convenio se solicita la autorización previa y se presenta al CNPMA, el cual decide en el plazo máximo de 60 días sobre si admite o rechaza la solicitud. Por otro lado, el Colegio de Médicos tiene el mismo plazo (60 días) para presentar su dictamen al CNPMA, no siendo vinculante ante el posible exceso de duración del plazo (que puede durar hasta seis meses). Una vez presentado, el CNPMA decidirá sobre la autorización o rechazo de la celebración del convenio.

Las cláusulas que siempre deben constar son las que tienen por objeto las

⁴⁵ Vid. Reglamento nº 6/2017, 31 de julio. http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_DR_6_2017.pdf

⁴⁶ Vid. VELA SÁNCHEZ, A.J. “La gestación por sustitución ya es efectiva en Portugal. A propósito del Reglamento portugués 6/2017, de 31 de julio”, en Diario *La Ley*, nº 9091, 2017, p.5.

⁴⁷ Vid. <http://www.cnpma.org.pt/>

obligaciones y derechos de la mujer gestante y también deberá contener disposiciones a observar en caso de interrupción voluntaria del embarazo de conformidad con la legislación vigente. Por otro lado, es muy importante la cláusula que explicita el carácter gratuito del convenio y la ausencia de cualquier tipo de pago o donación a favor de la gestante (sin tener en cuenta los gastos derivados del embarazo). Una novedad importante a tener en cuenta es que el reglamento dispone que se podrá renunciar al contrato por cualquiera de las partes, en caso de que se produzca cierto número de intentos de embarazo fallidos.

En cuanto a las prestaciones, ambas partes gozan de prestaciones, en especial, permiso parental en lo que respecta a la pareja beneficiaria, y en lo que respecta a la gestante por sustitución se beneficia de un régimen equivalente al previsto para la interrupción voluntaria del embarazo.

2.3. Declaración de inconstitucionalidad del artículo 8 LPMA

La sentencia del TC portugués nº 225/2018 de 24 de abril declara la inconstitucionalidad de una serie de normas de la LPMA (Ley de Procreación médicamente asistida). En concreto, y en primer lugar, la irrevocabilidad del consentimiento se declara inconstitucional. Se estima necesario que la mujer gestante pueda revocar su consentimiento hasta el momento de la entrega del niño. Por tanto ya no es suficiente con que la mujer revoque su consentimiento antes de iniciarse las técnicas de PMA, sino que debe estar presente en todas las fases del embarazo, hasta el nacimiento del niño⁴⁸.

Se considera que esta revocabilidad garantiza la libertad y voluntariedad del consentimiento prestado y garantiza la dignidad humana de la mujer gestante por cuanto ésta contrae más obligaciones que los padres comitentes, siendo su posición desventajosa en el convenio gestacional, y por tanto la irrevocabilidad del consentimiento atentaría contra su dignidad ya que la obligaría a cumplir con las obligaciones asumidas. La revocabilidad del consentimiento puede deberse a que la mujer gestante no quiera seguir con el embarazo o que quiera quedarse al nacido como propio. Si se constituye esta última causa, la LGS establecía que la mujer gestante en

⁴⁸ Vid. VELA SÁNCHEZ, A.J. “Y el sueño se convirtió en pesadilla: El Tribunal Constitucional portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (I)”, en *Diario La Ley*, nº 9237, ED. Wolters Kluwer, 12 de julio de 2018.

ningún caso podrá aportar su material reproductor, con el objeto de que desde el inicio no tenga vínculo genético con el niño, y por tanto no pueda reclamar la filiación, razón por la cual el Tribunal declara inconstitucional este punto y permite que la mujer gestante revoque su consentimiento y pueda quedarse con el hijo nacido, toda vez que aunque no tenga vínculo consanguíneo con éste, durante la gestación se establece una vinculación afectiva entre el nasciturus y la embarazada, y esto es motivo suficiente para poder revocar su consentimiento y quedarse al hijo como propio, fundándose la sentencia en el derecho de la gestante de constituir su propia familia.

Por tanto, una limitación respecto a la revocabilidad del consentimiento de la mujer gestante provocaría una restricción al desarrollo de la personalidad (respecto a la dignidad humana y la de constituir una familia) de esta última y esto se declara inconstitucional, permaneciendo presente esta revocabilidad hasta el momento de la entrega del niño, una vez entregado, ésta no puede cambiar de opinión puesto que prima el principio del interés superior del menor.

Por otro lado, se considera inconstitucional el régimen legal de gestación subrogada, por cuanto la inseguridad jurídica, derivada de la posible nulidad contractual por incumplimiento del contrato, es contraria al derecho de la identidad personal del menor, a su interés superior y al deber legislativo de protección de la infancia.

En tercer lugar, se declara inconstitucional las normas contenidas en la LGS y LPMA que atribuyen al CNPMA poderes administrativos necesarios para legitimar el contrato de gestación subrogada, por cuanto perjudica la posibilidad de celebración de negocios jurídicos de gestación subrogada en el ordenamiento jurídico portugués hasta que el legislador parlamentario establezca un régimen constitucionalmente adecuado. En concreto, esa inconstitucionalidad se extiende al artículo que admite la celebración del convenio gestacional con carácter excepcional y previa autorización, ya que al revestir el carácter de excepcional y debiendo ser previamente autorizados se entiende que falta una entidad adecuada para autorizarlos⁴⁹.

En cuarto lugar, respecto al conocimiento de los orígenes biológicos del niño nacido, los demandantes sostenían la regla del anonimato de los donantes y de la mujer

⁴⁹ Vid. VELA SÁNCHEZ, A.J. “Y el sueño se convirtió en pesadilla: El Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (II)”, en *Diario La Ley*, nº 9250, ED. Wolters Kluwer, 3 de septiembre de 2018.

gestante atenta contra la dignidad humana. En este sentido, el Tribunal Constitucional no considera que esto atente contra la dignidad humana, pero declara que la regla del anonimato de terceros donantes o de la mujer gestante es contraria a los derechos de identidad personal y desarrollo de la personalidad de los nacidos a través de estas técnicas de reproducción asistida.

VI. ¿ES EFICAZ EN ESPAÑA EL CONVENIO DE GESTACIÓN SUBROGADA?

1. Gestación subrogada VS adopción

Las causas por las que muchas parejas o personas solas deciden celebrar el convenio de gestación subrogada son de muy diversa índole, pero todas ellas tienen un nexo en común: la imposibilidad de gestar por ellas mismas. De hecho, la mayor parte de las personas que acuden a este medio son parejas heterosexuales que ven truncado su sueño de ser padres biológicos, y por eso acceden a la celebración del convenio con el objetivo de ver cumplido su deseo.

Existen dos opiniones mayoritarias y contrarias entre sí, en primer lugar quienes piensan que el deseo de ser padres biológicos es un derecho, y los que consideran que es un capricho y que hay otras muchas formas de ser padres, como por ejemplo la adopción. Pero llegados a este punto, hay que recordar que no es fácil adoptar ya que los interesados deben cumplir con unos rigurosos requisitos que podrían excluirlos del proceso y además deben pasar largos procesos de selección, que en muchas ocasiones impiden continuar con la adopción. Por ejemplo, con ánimo ilustrativo, si una mujer ha padecido cáncer, esto la descarta como futura madre adoptiva, o en muchos países prohíben a las parejas homosexuales y padres solteros adoptar, por todo esto, a veces se recurre directamente a la gestación subrogada antes que a la adopción. Además, incurrimos en doble moral. ¿Por qué una persona que no puede tener hijos debe necesariamente adoptar, pero en cambio alguien que sí puede tener hijos no se plantea la posibilidad de acudir a la figura de la adopción?

Podría materializarse la gestación subrogada como un concepto incluido en el derecho de la personalidad que se concreta en el deseo de tener un hijo biológico, debiendo el derecho adaptarse a las nuevas exigencias sociales y a la actual realidad, procurando los medios necesarios para lograrlo. Ante esto, nuestra Constitución

proclama como uno de sus preceptos más importantes el artículo 14, mediante el cual todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por cualquier condición o circunstancia social o personal, pero la ausencia de regulación en España conlleva que se aprecie una discriminación entre personas que pueden desplazarse a países extranjeros y acceder a este tipo de contratos con los gastos que ello supone frente a personas menos pudientes pero con igual deseo de ser padres. Al igual que obligar a quienes no pueden tener hijos biológicos a adoptar, frente a quienes sí puede tener descendencia, constituiría una discriminación sin sentido, la cual se podría solventar a través del convenio gestacional.

2. Determinación de la filiación derivada del convenio celebrado por españoles en países donde se permite.

La problemática de la celebración del convenio reside a la hora de determinar la filiación materna. Generalmente suelen ser dos mujeres las que participan en el convenio, por un lado la mujer gestante y por otro la madre intencional, pero en algunos casos pueden concurrir hasta tres mujeres⁵⁰ a las que sería posible atribuir dicha maternidad, ya que a las dos anteriores se sumaría una tercera que podría intervenir en dicho convenio al aportar sus óvulos. El problema se resuelve mediante el art. 10.2 LTRHA que impone el parto como criterio para delimitar la filiación, cumpliendo con el principio romano *mater semper certa est*.

La mujer gestante aun sin vínculo gestacional con el nacido, podría reclamar la filiación, a pesar de haberse comprometido a no hacerlo. En cuanto al consentimiento, si está casada, se necesita el consentimiento del marido para que no se le pueda considerar el padre del bebé así gestado y que por tanto nunca pueda impugnar la filiación del menor, por tanto, en esta sede, pueden operar dos artículos: el artículo 116 C.c., relativo a la presunción de paternidad del marido; y el artículo 133 C.c., relativo a la reclamación del padre biológico. Si la mujer gestante no está casada, la paternidad no se sujeta a la presunción del art. 116 C.c sino al art. 120 C.c., según el cual la filiación paterna se atribuye por el «reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en

⁵⁰ Vid. AZNAR DOMINGO, A. “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, en Diario *La Ley* 17450/2017, p. 4

testamento o documento público, por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil o por sentencia firme»⁵¹.

Puede suceder que el padre intencional aporte su material genético y que por tanto sea el padre biológico del nacido, en este caso podría reclamar e impugnar la paternidad conforme al art. 10.3 LRTHA⁵²; pero cabe la posibilidad que el padre intencional no aporte su material genético, por lo que no sería considerado legalmente como padre pero puede sujetarse a la figura de la adopción como forma de determinación de la filiación.

Por otro lado, existen diferencias si nos encontramos ante la determinación de filiación de una pareja homosexual masculina o pareja homosexual femenina. Si se trata de una pareja homosexual masculina, el que aporte su material genético será el padre biológico del menor junto con la mujer gestante, procediendo posteriormente la adopción por parte de la pareja del progenitor biológico. Si la pareja homosexual es femenina, se estima que, en principio, la filiación se daría a favor de la mujer que alumbró, pero, a diferencia de la pareja homosexual masculina, en este caso se puede reconocer la filiación materna a la mujer no gestante cuando exista un consentimiento formal, expreso y previo a la fecundación, estableciéndose una doble maternidad, considerándose a ambas como madres del menor en relación con el art. 8.1 LTRHA. Si no existe dicho consentimiento, la mujer no gestante podría acudir a la adopción del menor una vez nazca.

También puede suceder que acuda a este convenio un hombre o mujer (estéril) sólo, entonces cabe la posibilidad de la adopción unilateral.

3. Instrucciones de la DGRN de 14 de febrero de 2019 y de 18 de febrero de 2019.

Recientemente se han dictado dos Instrucciones por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) que han provocado que

⁵¹ Vid. “Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil”. Artículo 120. La Sentencia TS (Sala Primera) de 15 julio 2016, fija la siguiente doctrina: «*El reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia. No cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica*».

⁵² Vid. DIAZ ROMERO, M.R. “La gestación por sustitución en...” cit. p. 10.

actualmente las personas inmersas en un convenio gestacional se encuentren en un limbo legal. Estas instrucciones son, en primer lugar, la Instrucción DGRN de 14 de febrero de 2019⁵³, y posteriormente, la Instrucción DGRN de 18 de febrero de 2019⁵⁴.

El 14 de febrero de 2019 se publicó una Instrucción por parte de la DGRN que versaba sobre la actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Esta Instrucción venía a actualizar la importantísima Instrucción de 5 de octubre de 2010, relativa a la inscripción de la filiación de los nacidos mediante gestación subrogada, reafirmando casi en su totalidad lo que señalaba esta última, esto es, que el contrato de gestación subrogada es nulo de pleno derecho en virtud del artículo 10.1 LRTH, pero mediante la vía del artículo 10.3 LRTH se podía reclamar la paternidad por parte del progenitor biológico.

Con ánimo de proteger el interés superior del menor y el de la mujer gestante, la instrucción objeto de análisis se reafirma en la exigencia de aportar una resolución judicial dictada en el país extranjero donde se realizó el convenio, considerando que con esta resolución se protegerían todos los intereses de las partes. Igualmente se reafirma en la exigencia de aportar el auto judicial concediendo el exequatur, o la dispensa de dicho exequatur, procediendo el reconocimiento de modo incidental por parte del encargado del Registro Civil, si la resolución extranjera tuviese un procedimiento análogo a la jurisdicción voluntaria española, pero dejando patente en todo caso que no es suficiente la certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada a la certificación médica del menor.

La instrucción señalaba que en toda inscripción de nacimiento en el Registro Civil español deberá figurar la filiación materna, aunque ésta haya renunciado a la maternidad, sin perjuicio de la posterior cancelación formal de dicha inscripción de la filiación, en caso de adopción del nacido o de rectificación o cambio de dicha filiación

⁵³ Vid. “Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la dirección general de los registros y del notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, consultado en @elmundo.uecdn.es

https://e04-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf

⁵⁴ Vid. “ Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la dirección general de los registros y del notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, consultado en @boe.es

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2367

como consecuencia del reconocimiento en España de decisiones extranjeras sobre la filiación del menor, para lo que será preciso la acreditación del consentimiento de la madre gestante.

Se señala que la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, establece en su artículo 58 que el procedimiento registral y los efectos de los asientos se someterán a las normas de derecho español⁵⁵, lo que reenvía la regulación de los requisitos legales para la práctica de dichos asientos a la Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil, incluida la vigencia desde el día 15 de octubre de 2015 del artículo 44, el cual permite la inscripción de nacimiento en virtud de declaración formulada en documento oficial que deberá ser firmado por los declarantes y se acompañará del parte facultativo. Señala el citado artículo que el facultativo que asista al nacimiento comprobará la identidad de la madre que alumbró al nacido con objeto de incluirla en el parte facultativo. Como nota a destacar, el artículo establece que la filiación se determinará, a efectos de inscripción, de conformidad con las leyes civiles y la LRTHA, y señala que toda inscripción ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre y cuando haya renunciado a los derechos derivados de la filiación.

Así, a modo de conclusiones, se establece que en toda inscripción de nacimiento deberá figurar los datos de la madre del nacido, considerándose madre legal a la que ha alumbrado al menor (mujer gestante); que para determinar la identidad de la madre se empleará cualquier medio admitido en derecho; no se considera válida la renuncia a la maternidad, sin perjuicio de la renuncia al ejercicio de los derechos derivados de la filiación. Esto entra en conexión con el derecho del menor a conocer su origen biológico, conforme el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁶.

⁵⁵ Vid. “Ley 29/2015 de 30 de julio de Cooperación jurídica Internacional en materia civil”, consultado en @boe.es https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8564

⁵⁶ Vid. “Convención sobre los Derechos del Niño”, Artículo 7 1. “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

Por otro lado, según el artículo 9.4 C.c, la determinación de la filiación por naturaleza se rige por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación, o si la ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento, y si la ley no permite el establecimiento de la filiación, o e hijo carece de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. Por tanto, aquí es donde se entra en conflicto, ya que un hijo nacido mediante convenio gestacional, ni tiene residencia habitual ni nacionalidad, por lo que, dado que la mujer gestante renuncia a su maternidad, se produce un conflicto entre dos principios de orden público español: el de nulidad de los contratos de gestación subrogada (art. 10 LRTHA) y el del interés superior del menor.

Así las cosas, el ordenamiento jurídico se ve obligado a dar una respuesta, y en este sentido, si la madre intencional presenta vínculo con el menor por haber aportado su material genético, se aplica el artículo 10.3 de la LRTHA, por tanto se determinaría la filiación materna a favor de la mujer que haya aportado su material genético.

Pero si en la certificación registral extranjera o en la declaración y certificación médica constase que la mujer gestante es extranjera y habiendo alumbrado en el extranjero, se requiere acreditación de la filiación del menor respecto de un progenitor español para poder inscribirlo, acreditación que puede tener lugar por sentencia firme recaída en un procedimiento de filiación o por reconocimiento del padre en cualquiera de la formas establecidas en el C.c y cumpliendo los requisitos previstos para cada caso. Una vez acreditada la filiación paterna y determinada la competencia del Registro civil español, se practicará la inscripción de nacimiento haciendo constar la filiación materna resultante del parto y la filiación paterna resultante de la sentencia o reconocimiento. En cuanto a la determinación de la filiación respecto de la madre intencional, siendo ésta cónyuge del progenitor biológico, se acudiría a la adopción del menor, que se tramitará en España, a efectos del art. 177 C.c.

Posteriormente, el encargado del Registro Civil en que se haya de practicar la inscripción y filiación reconocida por exequatur o de forma incidental, aplicará una serie de reglas, que se concretan en una primera inscripción principal de nacimiento, donde consta como madre la mujer gestante y una segunda inscripción marginal en la que consta como progenitores los padres comitentes determinados por resolución judicial. Inmediatamente después se extenderá folio en la que constará una nueva

inscripción de nacimiento en la que conste los datos del nacido y las circunstancias personales de los progenitores, haciéndose referencia en la casilla de “observaciones” a los datos registrales de la inscripción anterior que será cancelada formalmente. De esta nueva inscripción se pueden pedir certificaciones en favor de cualquier persona con interés en conocer el asiento, pero la publicidad del asiento cancelado queda exclusivamente limitada los progenitores judicialmente determinados, al nacido y a los terceros autorizados en virtud del art. 21 del reglamento del Registro Civil⁵⁷.

No obstante, esta Instrucción, que venía a actualizar la Instrucción de 2010, duró vigente excesivamente poco, porque el día 16 de febrero el Gobierno emitió un comunicado⁵⁸, por el que se dejaba sin efecto la Instrucción, publicándose el 21 de febrero de 2019 la Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, viniendo a señalar esta última que la gestación subrogada vulnera los derechos de los menores y de las madres gestantes, aunque reconociendo que el interés del menor debe quedar en todo caso salvaguardado y se debe procurar una protección a las mujeres gestantes por parte de los poderes públicos, con el objeto de garantizar que no sufran abusos. Atañen que la actividad lucrativa por parte de las agencias mediadoras no es ajustada a derecho, y que la única forma eficaz para acabar con la gestación subrogada es a través de una actuación internacional coordinada. Para ello, se necesita un tratamiento que permita valorar las circunstancias de cada caso, ya que en determinados supuestos las mujeres gestantes sufren tratos abusivos.

Con lo cual, esta última instrucción viene a suspender la inscripción de los niños nacidos mediante gestación subrogada con posterioridad a la fecha de publicación de dicha Instrucción en el BOE, desestimando todas las solicitudes de inscripción de los menores nacidos con posterioridad al 21 de febrero de 2019, salvo que exista una

⁵⁷ Vid. “Instrucción 14 de febrero...”, *cit.*, señala: «En cuanto a la forma de practicar la inscripción será de aplicación lo previsto en la Resolución de consulta de la DGRN de 1 de julio de 2011, en su apartado VI». pp.19-20

⁵⁸ Vid. “Justicia deja sin efecto la instrucción enviada a los registros consulares sobre gestación subrogada el extranjero” consultado en @lamoncloa.gob.es

<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2019/160219gestacion-subrogada.aspx>

sentencia firme dotada de exequatur, o que sea objeto de control incidental, requiriéndose suspender la inscripción al encargado del Registro Civil, la cual será notificada al Ministerio Fiscal, aunque se permite que el solicitante pueda obtener, si procede, de las autoridades locales el pasaporte y permiso del menor para viajar a España, y una vez en el país, se deberá iniciar el expediente para la inscripción de la filiación, o interponer las acciones judiciales de reclamación de la filiación.

4. Situación actual de españoles en Kiev

Tras la publicación de las dos Instrucciones de la DGRN, consecutivas y contradictorias entre sí, y ante la inminente congelación de la Instrucción que permitía la inscripción de la filiación en el Registro Civil español de hijos nacidos por convenio de gestación subrogada en países permisivos, ha provocado que miles de españoles inmersos en el convenio se encuentren en un limbo legal, ya que no pueden inscribir como español al recién nacido, y éste último tampoco tiene nacionalidad del país donde se ha celebrado el convenio.

Esta inseguridad jurídica no existiría si el convenio se hubiese celebrado en California, por ejemplo, porque como explique con anterioridad, aunque supone un mayor coste, este estado de EE.UU dota de mayor seguridad jurídica a los padres intencionales, ya que una vez nacido el menor, existe una resolución judicial firme que establece la filiación a favor de los progenitores subrogantes⁵⁹. El problema estriba cuando el convenio gestacional se realiza en países donde no existe dicha resolución judicial firme, y por tanto ven limitadas sus posibilidades a la hora de inscribir la filiación.

⁵⁹ Vid. VELA SÁNCHEZ, A.J. “Mecanismos o argumentos, en la situación jurídica actual, para inscribir la filiación derivada de convenio gestacional hecho en país extranjero. A propósito de la pesadilla de Kiev y de la malograda Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019”, comenta acertadamente el autor que: «la decisión de los padres o madres intencionales españoles de acudir a uno u otro país no deriva de su libre albedrío, sino de los recursos económicos disponibles por los interesados. Esta diferenciación jurídica, pues, que en el fondo está basada solo en motivos pecuniarios de los comitentes españoles, no debería ser tan gravosa para los intervinientes en el convenio gestacional correspondiente, en cuanto que contraría claramente el esencial postulado constitucional de igualdad de todos los ciudadanos españoles ante la ley, sin discriminación de ninguna clase —tampoco la económica, obviamente—, consagrado expresamente en el fundamental artículo 14 de la Constitución española (CE)», en Diario *La Ley*, nº 9396, Sección Doctrina, 12 de abril de 2019, p.6.

En este sentido, los progenitores subrogantes que celebraban el convenio en Ucrania, veían en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 una vía a la hora de inscribir la filiación, pero ante la inminente publicación de la Instrucción de 18 de febrero, se han visto atrapados en este país con enormes dificultades para volver a España, toda vez que, según establece la susodicha instrucción «el viaje a España del menor, dependerá de la voluntad de las autoridades locales (ucranianas) a las que corresponderá expedir el pasaporte o los permisos necesarios, si procede»⁶⁰.

El conflicto entre la aplicación del derecho ucraniano o español sobre la filiación se determinaba aplicando la ley de residencia habitual del menor en el momento de la filiación, en este caso al realizarse en Ucrania, sería la ucraniana. Pero en Ucrania, en virtud del artículo 123 del C.c. ucraniano la ley atribuye en estos casos la maternidad a una mujer distinta de la gestante, por tanto, a ojos de la legislación ucraniana, el nacido tendría la nacionalidad de los padres intencionales. Y este es el *quid* de la cuestión, puesto que por la residencia del menor a la hora de determinar la filiación, sería ucraniano, pero la ley ucraniana establece que en los supuestos de gestación subrogada, la filiación corresponde a los padres intencionales, y tratándose de progenitores españoles, sería de aplicación por tanto la ley española, por lo que mientras no sea reconocida la filiación a favor de alguno de los progenitores biológicos comitentes, el niño quedaría desprotegido.

La única salida establecida por la Instrucción de 18 de febrero de 2019, es solicitar el pasaporte provisional para salir de Ucrania, y una vez en España empezar un procedimiento de reclamación de filiación, pero los supuestos que permiten expedir este pasaporte provisional se encuentran tasados, por lo que no resulta posible una aplicación generalizada de esta solución en todos los casos.

El problema de la celebración del convenio en este país radica en que, en el contrato de gestación subrogada y renuncia de la mujer gestante, el niño es inscrito en el Registro ucraniano como hijo de los padres españoles y la autoridad ucraniana expide el certificado que lo acredita (certificado que por sí mismo no permite la inscripción en el registro civil español). Pero al intentar inscribir en el consulado español esa doble filiación es cuando se encuentran el problema, ya que en España solo se admite como

⁶⁰ Vid. FLORES RODRÍGUEZ, J. “Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania, ¿bioética o biopoder?”, en Diario La Ley, nº 9388, Sección Tribuna, ed. Wolters Kluwer, 2 de abril de 2019, p.1

madre a quien alumbró al niño y como padre al biológico. La ley ucraniana, para dotar de nacionalidad ucraniana al nacido, señala que el nacido en Ucrania de padres extranjeros con justificante para residir en el país de forma permanente se considerará nacional de Ucrania, siempre que no haya adquirido por nacimiento la nacionalidad de cualquiera de los padres. Por tanto, en el caso de padres intencionales españoles, en el momento del nacimiento del niño, para la ley ucraniana éste se considera español a todos los efectos. Pero al no reconocerse en España dicha filiación, y siendo considerado en Ucrania como español, el nacido se ve privado de filiación y nacionalidad quedando atrapado en el país junto a sus padres.

En todo caso, y como veremos en el epígrafe posterior, el interés superior del menor debe primar, y no en pocas ocasiones el TEDH ha esgrimido numerosos argumentos respecto a la filiación del menor y a la dotación de nacionalidad, con objeto de avanzar políticamente sobre esta cuestión.

VII. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

1. Interés superior del menor como fundamento de la inscripción en el Registro Civil español.

El interés superior del menor (en adelante ISM) ha supuesto una cuestión tradicionalmente compleja, que queda definitivamente resuelta tras la fijación del concepto por la LO 8/2015 de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y Adolescencia, cuyo artículo 2 dispone que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado primordial en todas las acciones o decisiones que le conciernan.

El ISM parte del axioma latino *favor filii o minoris*, así las cosas, el principio «se identifica con la protección de aquellos derechos que el ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de fundamentales, a las personas»⁶¹. Pero no sólo se constituye como un derecho fundamental, sino que además estaríamos ante una cláusula general del Derecho, siendo norma de aplicación directa por el Juez, a raíz de que el principio del

⁶¹ Vid. VELA SÁNCHEZ, A.J. “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, en Diario *La Ley*, num. 8162, 2013, p.3.

interés superior del menor se introdujera en el Derecho positivo español⁶². El carácter de cláusula general del ISM estriba en que al considerarse como principio general del derecho, el código civil lo reconoce dentro del sistema de fuentes, y esto facilita al juez la búsqueda de soluciones ante el problema que se pueda plantear⁶³.

Existen numerosos convenios internacionales que se han manifestado respecto a la protección del ISM, pero el que más se ha centrado en esta cuestión es la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual, en su articulado, establece que en todas las medidas concernientes a los niños tendrá una consideración primordial el interés superior de éste, asimismo, señala que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento, teniendo derecho a un nombre y nacionalidad. A su vez, el artículo 39.4 de nuestra Constitución Española garantiza la protección integral de los menores, afirmando que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Por tanto, el ISM se considera como un principio general de derecho internacional y un principio constitucional básico.

El establecimiento del principio del ISM en la legislación y su aplicación en la jurisprudencia está calando en la sociedad y la actuación de los Tribunales en la determinación de este derecho es imprescindible, puesto que son muchos los afectados que acuden a la vía judicial invocando vulneración de este principio, y al ser una novedad política y no tener el suficiente arraigo social, se estima fundamental la actuación de la jurisprudencia a fin de definir los contenidos de estos derechos⁶⁴.

Existen numerosas instrucciones que establecen el ISM como fundamento de la inscripción en el registro civil español, entre ellas, la ya estudiada Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 o la RDGRN 9 de junio de 2011, entre otras. En cuanto a jurisprudencia favorable a la inscripción en el Registro Civil en aras al ISM, podemos citar dos sentencias que determinan la posesión de estado como fundamento para determinar la filiación y su consiguiente inscripción, cuales son las Sentencias del

⁶² Vid. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.F. “La posesión de estado de padre como fuente de la filiación”, en Diario *La Ley*, num. 8548, 2015, p. 13.

⁶³ Vid. DE TORRES PEREA, J.M. “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, en Diario *La Ley*, num. 8737, 2016, p.2.

⁶⁴ Vid. DE LA IGLESIA MONJE, M.I. “Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor. (Su evolución en los tribunales de justicia)”, en Diario *La Ley*, num.8395, 2014, p. 3.

Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 y de 15 de enero de 2014. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013, el Tribunal consideró que existe posesión de estado tras permanecer un año y medio junto a las nacidas, señala que la remisión a las leyes civiles posibilita el ejercicio de la acción sobre posesión de estado, que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico. Establece que «es evidente que la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad». Asimismo señala que la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo, una basada en filiación biológica y otra en posesión de estado, tienen los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza. Por tanto, en pareja homosexual femenina, en lugar del padre como realidad biológica, se sustituye por la voluntad de ser progenitor.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014, establece, en un caso similar al anterior, de pareja homosexual femenina, «el carácter no exclusivo ni excluyente del hecho biológico como fuente o causa de la filiación», y «el protagonismo de los consentimientos implicados como impulsores de la determinación legal de la filiación».

2. El interés superior del menor no es argumento suficiente para permitir la inscripción de la filiación en el Registro Civil español.

Frente a la doctrina favorable al ISM como fundamento de su inscripción en el registro civil español, existe un criterio doctrinal que considera que el ISM no es motivo ni argumento suficiente para inscribir al menor en el registro. Entre las sentencias que siguen este criterio señalamos la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011; la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 y el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015. Todas derivan del mismo caso, y venían reafirmando lo que la anterior establecía.

En primer lugar, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, es el caso de una pareja española homosexual masculina que celebran un convenio de gestación subrogada en Los Ángeles, fruto del cual nacen dos menores, y pretenden su posterior inscripción en el Registro Civil aportando el certificado de nacimiento expedido por las autoridades californianas en el que rezaba

que ambos eran padres de los menores. En el registro rechazaron la inscripción puesto que los niños habían sido concebidos a través de un convenio de gestación subrogada, prohibida en España, y es entonces cuando la RDGRN de 18 de febrero de 2009 estimó el recurso de los varones revocando el auto recurrido y ordenó la inscripción de los menores como hijos de los varones, basándose en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil (RRC), que considera como título para la inscripción el documento extranjero con fuerza en España con arreglo a las leyes o tratados internacionales. Mantiene la Resolución que la inscripción de esta filiación no vulnera el orden público internacional español, pues si los hijos adoptados pueden tener dos padres varones naturales, y la Ley no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales, los hijos naturales deben poder tener dos padres varones naturales⁶⁵. Dicha inscripción fue impugnada por el Ministerio Fiscal, ordenando posteriormente su cancelación el Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo, de suerte que quede inscrito solo el nacimiento.

Así en primer lugar, el Juzgado de Primera Instancia consideró que los artículos 81 y 85 del RRC no podían ser aplicados, aplicando el artículo 23 del mismo cuerpo legal, que goza de mayor valor normativo, y según el cual podrá practicarse inscripción, «sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española». Considera el Tribunal que la RDGRN vulnera este artículo, ya que obliga a inscribir a menores, a pesar de las dudas que tenga el encargado del Registro Civil, ya que lo que hizo el encargado del registro era constatar que la certificación era ajustada a la legalidad conforme a la ley española, y en este caso, al ser nulo el contrato de gestación subrogada, la certificación era contraria a derecho⁶⁶. Ante todo lo expuesto, el Juzgado de Primera Instancia señala finalmente que «el fin no justifica los medios, el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia y que los hijos consten a nombre de sus padres, pero la consecución de ese fin no legitima actuaciones contrarias a ese propio

⁶⁵ Vid. VELA SÁNCHEZ, A.J. “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, en Diario *La Ley*, num. 7815, 2012, p.3.

⁶⁶ Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, en Diario *La Ley*, num.7501, 2010, p.2.

ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el derecho español establece»⁶⁷.

Posteriormente, recurrieron en apelación, dictándose la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, que sigue el mismo criterio que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 15 de septiembre de 2010, y se muestra desfavorable a inscribir la filiación, argumentando que dicho contrato gestacional es nulo según el artículo 10 LTRHA, y por tanto no puede argumentarse el ISM como fundamento para dicha inscripción. Esta sentencia señala que la nulidad que establece el artículo 10 LTRHA es más relevante que la decisión de dos ciudadanos españoles, que a sabiendas de que en España el convenio gestacional es nulo de pleno derecho, acuden a un país extranjero con la intención de que en España se reconozca la eficacia de las normas de conflicto que dichos tribunales extranjeros aplican, huyendo de la aplicación de la norma de conflicto española. Los interesados alegan el ISM como fundamento para la inscripción, ya que disponen de resolución judicial extranjera y si se deniega la inscripción se estaría vulnerando el artículo 8 CEDH, pero en contra de esto, la sentencia objeto de análisis es contundente, y señala que es cierto que toda resolución que afecte a menores de edad «debe tener como guía el principio del interés del menor, pero la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la propia ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados»⁶⁸. Los cauces referidos son los mecanismos que recoge el artículo 10.3 LTRHA (acción de reclamación de paternidad del padre biológico). Ante la invocación de la vulneración del artículo 14 CE, la sentencia señala que la negación de la inscripción en favor de dos varones legalmente casados no implica vulneración por razón de sexo del artículo 14 CE, ya que el art. 7.3 LTRHA⁶⁹ permite la inscripción en el Registro Civil de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres, y lo argumenta esgrimiendo que la pareja de mujeres no necesita acudir a otra mujer

⁶⁷ Vid. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, consultado en @aranzadidigital.es

⁶⁸ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2011, consultado en @aranzadidigital.es

⁶⁹ Vid. Art. 7.3 LTRHA «cuando la mujer estuviere casada y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determina a su favor la filiación respecto del nacido».

puesto que ellas mismas son capaces de gestar, pero la pareja de hombres por sí mismos no pueden, por tanto señalan «no puede considerarse discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual», y establecen que la ley no distingue en estos supuestos de sexos, sino que el hecho determinante es la forma del alumbramiento.

3. Posición de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo respecto a la gestación subrogada.

Ante la desestimación del recurso de apelación, se recurrió en casación, dictándose la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. En este sentido, el Tribunal se muestra contrario al ISM como fundamento para la inscripción en el Registro Civil, y declara que «la aplicación del principio del ISM ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el artículo 117.1 CE»⁷⁰. En cambio, en esta sentencia existe un voto particular, en mi opinión sin sentido, que señala que la gestación subrogada no busca dar un niño a una familia sino dar una familia a un niño, sin tener en cuenta otras figuras análogas en derecho, como pueden ser la adopción o el acogimiento.

Por último, el Auto de 2 de febrero de 2015 de la Sala 1º del Tribunal Supremo, resuelve el incidente de nulidad contra la STS de 6 de febrero de 2014. Se invoca por los demandantes vulneración del derecho a la igualdad, y vulneración del derecho a la intimidad familiar y aducen vulneración del artículo 8 del CEDH, fundamentándose en la sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, que posteriormente desarrollaremos. Éstos entienden que el Tribunal Supremo vulnera sus derechos y piden que la resolución dictada se declare nula ya que se ha discriminado a los menores por razón del nacimiento, respondiendo el Tribunal que el artículo del 14 CE no obliga a las autoridades españolas a otorgar el reconocimiento de filiación derivada de convenio gestacional aunque en otros ordenamientos se reconozca⁷¹. El Auto declara que la denegación de reconocimiento no se basa en que los solicitantes fuera pareja del mismo

⁷⁰ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero 2014, consultado en @aranzadidigital.es

⁷¹ Vid. VELA SÁNCHEZ, A.J. “Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, en Diario *La Ley*, num. 8600, 2015, p.5.

sexo sino que el convenio gestacional es contrario al orden público, y señala que lo que determina la filiación es la derivada del vínculo consanguíneo y la derivada del establecimiento de lazos filiales derivados de la adopción, aunque también da a entender que la posesión de estado puede considerarse fuente de filiación, ya que señala que en determinados casos el *status filiae* puede proceder de la posesión del estado civil, como criterio de determinación de la filiación en aras a proteger el interés del menor. Por otro lado, respecto a la vulneración de la intimidad familiar, establece el Tribunal Supremo que el derecho a crear una familia no es ilimitado, y no se puede reconocer una filiación que deriva de un contrato contrario al ordenamiento jurídico⁷². Por todo lo cual, el Auto viene a señalar que no existe ni vulneración a la tutela judicial efectiva, ni a la igualdad, ni vulneración de la intimidad familiar, aunque este Auto también fue objeto de voto particular, que establecía que el no reconocimiento de la filiación mantiene una «incertidumbre inquietante» respecto a la identidad y situación de los menores, lo que provoca un perjuicio para el interés superior de éstos.

En relación con todo lo expuesto, la posición del Tribunal Supremo respecto a la gestación subrogada es desfavorable, y la consideración de que la gestación subrogada «mercantiliza la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño», en este sentido, Azpiroz Villar⁷³ señala una situación que roza la ficción ocurrida en Tailandia, donde una pareja australiana que decide celebrar un convenio gestacional en aquel país, rechaza a uno de los gemelos que la mujer gestante había alumbrado porque éste nació con síndrome de Down y problemas cardíacos, llevándose al que estaba sano. En este sentido, el autor considera que es necesario preservar la dignidad de la madre y del hijo, y no debe permitirse esta mercantilización que se materializa en la actualidad en una neoesclavización y explotación de las mujeres pobres y la instrumentalización del niño al servicio de ver satisfecho el deseo de los contratantes.

⁷² Vid. MÉNDEZ TOJO, R. “La inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos por gestación por sustitución: análisis jurisprudencial”, en *Actualidad Civil*, num. 4, 2017, p.11

⁷³ Vid. “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)”, en *Actualidad Civil*, num. 2, 2017, p.9-10.

4. Posición de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia respecto a la gestación subrogada.

Pero el alcance de la inscripción de la filiación derivada de un convenio gestacional tiene repercusión en muchas otras materias, por ejemplo, en materia social respecto a las prestaciones por maternidad o paternidad. En esta sede, existe un criterio permisivo de algunas Salas de lo Social de los TSJ respecto al convenio de gestación subrogada, que ha sido acogido por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Así, respecto a la jurisprudencia del TSJ, podemos citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, sección 3º, 1201/2014 de 23 de diciembre, la cual versa sobre la interposición de un recurso de suplicación ante el TSJ, contra una sentencia dictada en reclamación de prestaciones por maternidad. El TSJ termina reconociendo al demandante el subsidio por maternidad en su calidad de padre monoparental del menor, al haber aportado su material genético y tras la renuncia de la mujer gestante a los derechos filiales a favor del progenitor biológico.

Establece la sentencia que lo que se cuestiona en este caso no es la filiación biológica, sino es el derecho a disfrutar de la prestación de maternidad por el demandante, añadiendo que al inscribirse en el registro civil la certificación extranjera sobre filiación se supera el control de legalidad, y señala que «con ello se anticipó lo que establece la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil en su art. 13, y que supone, desde nuestro punto de vista, una vía de entrada a legalización en nuestro ordenamiento del convenio de gestación por sustitución realizado en países donde está permitido, acogiendo así la ley el criterio mantenido por la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009»⁷⁴.

En lo que respecta al Tribunal Supremo, a diferencia del criterio acogido por la Sala de lo Civil respecto a la gestación subrogada, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia de 25 de octubre de 2016, confirma que, en la actualidad la condición de progenitor no se ostenta por criterios meramente biológicos sino que basta con que

⁷⁴ Vid. Sentencia TSJ de Madrid, Sala de lo Social, sección 3º, 1201/2014 de 23 de diciembre, consultado en @aranzadidigital.es

figure así en el Registro civil, como sujeto que ha obtenido esa posición por virtud de una filiación conseguida mediante convenio gestacional⁷⁵.

5. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) respecto a los convenios de gestación por sustitución.

En relación al posicionamiento de las Instituciones Europeas, vamos a analizar la posición del Parlamento Europeo, del Consejo de Europa y del TEDH respecto a esta figura. Así, en primer lugar, el del Parlamento Europeo no es otro que la condena de la práctica de la gestación subrogada, considerando que esta técnica es contraria a la dignidad humana de la mujer y estimando que debe prohibirse de forma radical, siendo igual la visión del Consejo de Europa, encontrándose en constante debate respecto al convenio gestacional. En cambio, la posición del TEDH se muestra contraria, y distingue entre la vulneración de los derechos de los padres intencionales y los derechos de los nacidos. En esta sede podemos citar las importantes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014 (Menesson y Labassee vs Francia) y 27 de enero de 2015 (Paradiso-Campanelli vs Italia).

Respecto a la Sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014 (asunto Menesson y Labassee contra Francia), trata de dos parejas heterosexuales que ante la imposibilidad de gestar por ellos mismos acuden a la gestación subrogada en EEUU, utilizándose en ambos casos material reproductor del padre intencional y el óvulo de una tercera donante. Una vez nacidos los menores, la legislación de los países donde se celebró el convenio expidieron certificación en la que se reconocía como padres biológicos a ambos miembros de la pareja. En cambio, las autoridades consulares francesas se negaron a registrar a los menores y a expedir el pasaporte para viajar a Francia, con lo que la única solución que se pudo dar para que pudiesen volver a Francia, fue la expedición por parte de las autoridades americanas de pasaporte americano. Llegados a Francia, se impugnó dicha decisión, sin que sirviera tampoco la posesión de estado, pues según los tribunales franceses el convenio de gestación subrogada adolecía en su totalidad de nulidad absoluta y además era contrario al orden público. Pasaron 10 años desde el nacimiento de los menores, y ante la constante negativa del estado francés a

⁷⁵ Vid. VELA SÁNCHEZ, A.J. “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional”, en Diario *La Ley*, num. 8927, 2017, p.6.

reconocer efectos jurídicos de filiación, acudieron al TEDH, alegando violación del derecho a la vida privada familiar y personal, resolviendo el tribunal que se había privado a las menores de su filiación natural con su padre biológico y por tanto de nacionalidad francesa, considerando que la actuación del Estado fue desproporcionada en atención al interés superior de las menores⁷⁶.

Por otro lado, la Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015 (caso Paradiso-Campanelli contra Italia), constituye otra de las resoluciones fundamentales emanadas de este tribunal. Se trata de un matrimonio heterosexual que decide celebrar un convenio de gestación subrogada en Rusia, donde el material reproductor era aportado por el padre intencional y el óvulo procedía de una tercera donante. Las autoridades rusas expedieron la certificación registral a favor del matrimonio, pero las autoridades consulares italianas no expedieron el permiso de viaje del menor al sospechar de la posible ilicitud. Finalmente regresaron a Italia, pero las autoridades italianas iniciaron diversos procedimientos contra el matrimonio por violación de las leyes del país y falsedad documental, negando la inscripción del menor en el registro civil italiano. Lo curioso de este caso, es que una vez en Italia, al realizarse la prueba de ADN se constató que el padre intencional no era realmente el progenitor biológico, con lo cual se procedió a declarar la situación de abandono del menor y la orden de retirada de custodia, entregándose al niño a otra familia en virtud de un acogimiento preadoptivo, siendo posteriormente adoptado por esta familia y asignándole una nueva identidad. La razón por la que no asignaron al matrimonio italiano el acogimiento del menor con la posterior adopción del mismo fue porque las autoridades italianas consideraron que el matrimonio había incurrido en una ilegalidad y atentaron contra el orden público, razón por la cual no los consideraba idóneos para la adopción. Ante esta situación los padres intencionales interpusieron una demanda ante el TEDH por violación del artículo 8 CEDH, declarando primeramente el Tribunal que se había vulnerado el derecho a la vida privada familiar de los demandantes, considerando que las medidas adoptadas por los jueces italianos eran desproporcionada, pero posteriormente, el TEDH centró su argumentación en si los seis meses de convivencia junto al menor era tiempo suficiente para considerar que existía un vínculo o lazo familiar entre el niño y los padres

⁷⁶ Vid. GODOY DOMINGUEZ, L.A. “La gestación por sustitución en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: entre la protección de la vida personal y familiar y el respeto al orden público nacional”, en *Actualidad Civil*, nº 11, 2018, p.3-6.

intencionales⁷⁷, razón por la cual el Tribunal terminó rechazando la posesión de estado debido a la escasa convivencia del menor con estos últimos, declarando finalmente que la ponderación de intereses era congruente y equilibrada, ya que de haber cedido y mantener al nacido con los padres intencionales serviría como vía para legalizar situaciones ilegales y contrarias a derecho, provocadas además por ellos mismos, que vulnerarían importantes normas italianas.

Por todo lo expuesto, de estas sentencias del TEDH no deriva que la negativa de inscripción de la filiación en países donde no se permite sea contraria al CEDH, pero también que este convenio “limita” a los países, respecto a qué consideran contrario al orden público, ya que conforme al artículo 8 del CEDH debe salvaguardarse los derechos a la vida privada y familiar y a la identidad del niño nacido, y concluyen que la negativa a inscribir la filiación derivada de sentencia extranjera afecta a estos derechos aducidos⁷⁸

6. Dictamen de la Gran Sala de 10 de abril de 2019

El 10 de abril de 2019 se emitió un dictamen por parte de la Gran Sala, solicitado por el Tribunal de Casación francés⁷⁹, a raíz de la importante sentencia *Menesson* contra Francia, ya estudiada.

El Tribunal de Casación reconoce que la jurisprudencia aplicada en casos posteriores a la sentencia *Menesson* ha experimentado una evolución, ya que ha permitido la inscripción en el Registro del nacido mediante convenio gestacional reconociendo al padre intencional como padre del niño si ha aportado su material genético, pero señala que respecto a la madre intencional se limitan a considerar que si está unida en vínculo matrimonial con el progenitor pueda adoptar al menor. La

⁷⁷ *Vid.* MORENO BOTELLA, G. “Material genético de los padres de intención y filiación en el caso *Campanelli II*. Su incidencia en la STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2017”, en Diario *La Ley*, num. 9024, 2017, p.7.

⁷⁸ *Vid.* VELA SÁNCHEZ, A.J. “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución «pueden» ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”, en Diario *La Ley*, num. 8415, 2014. p.7.

⁷⁹ *Vid.* Dictamen en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente”, consultado en @ministeriodejusticia.gob.es

solicitud de dictamen se formuló en aras de revisar el recurso de cuestiones de derecho interpuesto por los demandantes en el caso *Menesson*, donde el Tribunal concluyó que se había violado el derecho de los niños a su vida privada.

El dictamen considera que cuando el padre intencional sea el progenitor biológico del menor, se ofrezca igualmente la posibilidad de reconocer la misma filiación jurídica respecto a la madre intencional, aunque no exista vínculo consanguíneo entre esta y el así nacido ya que en el certificado extranjero se designa como madre legítima. La jurisprudencia del Tribunal responde esto conforme al artículo 8 CEDH y exige que la legislación nacional prevea esa posibilidad de reconocimiento entre la madre intencional y el nacido, ya que la falta de reconocimiento tendría un impacto negativo en los derechos del niño y afectaría a cuestiones muy importantes tales como el acceso a la nacionalidad de la madre intencional, permanecer en el país de residencia de la madre, menoscabo del derecho a heredar del patrimonio de la madre, y además su relación con ella peligraría si el matrimonio se separase o el padre intencional que fuera progenitor biológico falleciese. El tribunal por tanto considera que la negativa de reconocimiento entre el nacido y la madre intencional es incompatible con el ISM, con lo cual, requiere que se pueda reconocer la filiación.

La segunda cuestión se refiere a si ese reconocimiento deba ser inscrito en el Registro o si podría permitir que se utilizaran otros medios como la adopción por parte de la madre intencional. Respecto a esta cuestión, establece el Tribunal que el ISM no puede considerarse como una vía que implique que recaiga sobre los estados la obligación de registrar los detalles del certificado de nacimiento y designen a la madre intencional como madre legítima. El Tribunal considera que lo esencial sería que se reconociese dicha filiación lo antes posible, mediante un procedimiento rápido y eficaz, y que la adopción pueda cumplir dicho requisito siempre que las condiciones sean adecuadas, de esta forma el niño nunca se encontraría desprotegido.

VIII. CONCLUSIONES

- 1. Ética y moralidad.** En mi opinión, no considero inmoral acudir a la gestación subrogada para tener un hijo biológico, lo que considero reprobable es aquella “doble moral” de aquellos que argumentan que la celebración de un convenio gestacional, existiendo muchos menores necesitados, es reprobable moralmente y contrario a la ética, ya que, en ese caso, tanto los que se encuentran imposibilitados para tener hijos biológicos como los que no, deberían acudir a figuras como la adopción o al acogimiento.
- 2. Legalización del convenio.** Aunque en España actualmente la gestación subrogada se encuentre carente de regulación, mientras existan países que permitan acudir a ellos para realizar el convenio, el problema seguirá existiendo, por lo que lo adecuado y acertado sería avanzar junto a las necesidades actuales y, aunque no se proceda finalmente a una regulación, sí que debería facilitarse la inscripción de los menores nacidos mediante esta técnica.
- 3. Naturaleza del convenio.** Todo convenio gestacional debería ser altruista, puesto que con eso se garantizaría seguridad jurídica y supondría que la mujer gestante no ha estado condicionada por la repercusión económica que la realización del convenio pueda conllevar. Si bien es cierto que en esta sede sería muy raro encontrar a alguien que se preste a gestar un bebé con todo lo que el embarazo conlleva, sin mediar ningún tipo de contraprestación. Con lo que llego a la conclusión que si el convenio fuese altruista, éste quedaría reducido, en la mayoría de los casos, al ámbito estrictamente familiar.

Por otro lado, en cuanto a la posibilidad del carácter comercial de la gestación, opino que en ningún caso debería mediar contraprestación por la celebración de este convenio. Lo que no sería contraproducente, sino todo lo contrario, sería una “recompensa” a la mujer gestante por los inconvenientes que le haya podido ocasionar el embarazo, pero en ningún caso la fijación de un precio como remuneración por realizar la gestación.

Por tanto, en esta sede estoy de acuerdo con el Comité de Bioética, puesto que una vez regulada la gestación en nuestro país, aparte de ser muy raro encontrar a una persona que se preste a gestar un bebé de forma altruista, una vez admitida la gestación altruista, ésta podría suponer la antesala de la gestación comercial.

4. No vulneración de los derechos de la mujer y del niño. La mujer gestante tiene derecho a decidir si desea realizar un convenio de gestación subrogada, siendo el consentimiento siempre voluntario y libre. Mientras dicho consentimiento no se encuentre viciado, nunca podrá suponer vulneración de sus derechos ni cosificación de la mujer, puesto que ésta es la que en última instancia decide si desea o no realizar el convenio. Por otro lado respecto al niño, si el convenio se realiza de forma altruista, no mediaría ningún tipo de contraprestación económica y por tanto no significaría “comercializar” con una vida, más bien supondría un avance en biología y en derecho, ya que mediante técnicas de reproducción humana asistida se permitiría gestar a un hijo con material reproductor distintos de la mujer que alumbró y además se podría determinar la filiación a favor de personas distintas a ésta última.

A modo de conclusión, ante todo lo expuesto a lo largo de este trabajo, siendo consciente de la gravedad y amplitud del tema, con la repercusión que ello conlleva, considero que si se cumpliesen de forma rigurosa los requisitos establecidos (ante la ausencia de regulación, los establecidos en los Proyectos de Ley), la regulación de la gestación subrogada podría suponer un avance social y jurídico.

El problema radica en que, una vez se regule esta figura en nuestro ordenamiento, nada impediría que se abra la posibilidad de celebrar convenios gestacionales comerciales, y esto podría conllevar como consecuencia la aparición de granjas de mujeres, ya que si en España se regulase la gestación subrogada, (en base a los Proyectos de Ley) las mujeres gestantes deberían registrarse en el *Registro Nacional de Gestación por Subrogación*, debiendo cumplir con una serie de requisitos como, por ejemplo, que tengan trabajo estable y capacidad económica. Esto supondría que mujeres sin solvencia económica o en riesgo de exclusión social, al no poder registrarse para constituirse en mujeres gestantes, realicen el convenio gestacional al margen de la ley, lo que conllevaría que unos pocos se beneficien de ellas, explotándolas y vulnerando gravemente sus derechos, y esto estibaría en su cosificación y, en definitiva, a su mercantilización.

Por tanto, la gestación subrogada sería como una moneda: la cara, cuya regulación supondría para muchos un avance en derechos; y la cruz, que supondría para otros constituirse en instrumentos para que los primeros alcancen esos derechos.

IX. BIBLIOGRAFÍA

AZNAR DOMINGO, A. “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, en Diario La Ley num. 9099, 2017.

AZPIROZ VILLAR, J.E. “El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del tribunal Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias (la mercantilización y la cosificación de la vida humana)”, en Actualidad civil, num. 2º, Editorial Wolters Kluwer, 2017.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I. “Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor. (Su evolución en los tribunales de justicia)”, en Diario La Ley, num.8395, 2014.

DE TORRES PEREA, J.M. “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, en Diario La Ley, num. 8737, 2016.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)”, en Diario La Ley, núm. 1, 2005.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, en Diario La Ley, num.7501, 2010.

DÍAZ ROMERO, M.D.R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico” en Diario La Ley, núm. 31, 2010.

DÍAZ ROMERO, M.D.R. “Autonomía de la Voluntad y Contrato de gestación subrogada: efectos jurídicos”, ED. Aranzadi , S.A.U, Enero de 2018.

ESPINAR VICENTE, J.M. “Algunas reflexiones sobre la nueva ley del Registro Civil”, en Diario La Ley, núm. 7771, ED. Wolters Kluwer, 2012.

FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California” ,en Revista para el análisis del Derecho, enero 2010.

FLORES RODRIGUEZ, J. “Convenio gestacional internacional y filiación transfronteriza: el modelo de los países del Este de Europa”, en Actualidad Civil, núm. 1, ED. Wolters Kluwer, enero 2019.

FLORES RODRÍGUEZ, J. “Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania, ¿bioética o biopoder?”, en Diario La Ley, nº 9388, Sección Tribuna, ed. Wolters Kluwer, 2 de abril de 2019.

GÁMIZ SANFELIU, M. “Reflexiones sobre la fecundación post mortem. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, en Actualidad Civil, Nº 10, 2009.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. “La inscripción de nacimiento en la ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad” en Revista de Derecho Civil, vol.V, núm. 1 (enero-marzo, 2018).

GODOY DOMINGUEZ, L.A. “La gestación por sustitución en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: entre la protección de la vida personal y familiar y el respeto al orden público nacional”, en Actualidad Civil, nº 11, 2018.

HEREDIA CERVANTES, I. “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, en Anuario de Derecho Civil, vol.66, fasc. II, 2013, pp.687-715.

LASARTE ÁLVAREZ, C. “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, en Diario La Ley, núm. 7777, 2012.

MÉNDEZ TOJO, R. “La inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos por gestación por sustitución: análisis jurisprudencial”, en Actualidad Civil, num. 4, 2017

MORENO BOTELLA, G. “Material genético de los padres de intención y filiación en el caso Campanelli II. Su incidencia en la STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2017”, en Diario La Ley, num. 9024, 2017, p.7.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.F. “La posesión de estado de padre como fuente de la filiación”, en Diario La Ley, num. 8548, 2015, p. 13.

PARRÓN CAMBERO, M.J. “¿Mater semper certa est?” en Diario La Ley, núm. 8293, 2014

SALAZAR BENÍTEZ, O. “La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos”, ED. Dykinson, Madrid, 2018,

VELA SÁNCHEZ, A.J. “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010” en Diario La Ley, núm. 7621, 3 de mayo de 2011.

VELA SÁNCHEZ, A.J. “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, en Diario La Ley, num. 7815, 2012.

VELA SÁNCHEZ, A.J. “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, en Diario La Ley, num. 8162, 2013.

VELA SÁNCHEZ, A.J. “La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho”, en Diario La Ley, nº 8055, 2013.

VELA SÁNCHEZ, A.J. “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución «pueden» ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”, en Diario La Ley, num. 8415, 2014.

VELA SÁNCHEZ, A.J. “Comentario a la iniciativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España” en Diario La Ley, núm. 8457, 13 de enero de 2015.

VELA SÁNCHEZ, A.J. “Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, en Diario La Ley, num. 8600, 2015.

VELA SANCHEZ, A.J. “La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley portuguesa 25/2016, de 22 de agosto” en Diario La Ley, nº 8868, 2016.

VELA SÁNCHEZ, A.J., “¿En serio? Yo alucino con el comité. A propósito del «Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 19 de mayo de 2017” en Diario La Ley, núm. 9035, ED. Wolters Kluwer, 6 de Septiembre de 2017.

VELA SÁNCHEZ, A.J. “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional”, en Diario La Ley, num. 8927, 2017.

VELA SÁNCHEZ, A.J. “La gestación por sustitución ya es efectiva en Portugal. A propósito del Reglamento portugués 6/2017, de 31 de julio”, en Diario La Ley, nº 9091, 2017.

VELA SÁNCHEZ, A.J. “Y el sueño se convirtió en pesadilla: El Tribunal Constitucional portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (I)”, en Diario La Ley, nº 9237, ED. Wolters Kluwer, 12 de julio de 2018.

VELA SÁNCHEZ, A.J. “Y el sueño se convirtió en pesadilla: El Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (II)”, en Diario La Ley, nº 9250, ED. Wolters Kluwer, 3 de septiembre de 2018.

VELA SÁNCHEZ, A.J. “Mecanismos o argumentos, en la situación jurídica actual, para inscribir la filiación derivada de convenio gestacional hecho en país extranjero. A propósito de la pesadilla de Kiev y de la malograda Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019”, en Diario La Ley, nº 9396, Sección Doctrina, 12 de abril de 2019.