



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN RESULTANTE DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA REALIZADOS EN EL EXTRANJERO.

Alumno: Fernando Luque Martínez

Junio 2020

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
RESUMEN.....	6
PALABRAS CLAVE.....	6
ABSTRACT.....	6
KEYWORDS.....	6
1. CUESTIONES PRELIMINARES.....	7
1.1. CONCEPTOS Y SITUACIÓN CONTEXTUAL.....	7
2. LEGISLACIÓN ESTATAL Y DERECHO COMPARADO.....	9
2.1. MODALIDAD ALTRUISTA.....	11
2.1.1. Gestación subrogada en Portugal.....	12
2.1.2. Gestación subrogada en Grecia.....	13
2.2. MODALIDAD COMERCIAL.....	14
2.2.1. Gestación subrogada en Rusia.....	14
2.2.2. Gestación subrogada en Ucrania.....	17
2.3. SITUACIÓN JURÍDICA EN BRASIL.....	21
2.4. SITUACIÓN JURÍDICA DE LA INDIA.....	22
3. EL TURISMO REPRODUCTIVO.....	24
4. CONSECUENCIAS DEL TURISMO REPRODUCTIVO.....	25
5. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.....	29
5.1. CRITERIOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS DEL NOTARIADO.....	33
5.1.1. INSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS DEL NOTARIADO DE 5 DE OCTUBRE DE 2010.....	36
5.1.2. INSTRUCCIÓN DE 14 DE FEBRERO DE 2019, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DEROGADA POR LA INSTRUCCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2019, APLICADO AL CASO UCRANIANO.....	37
5.2. ¿HACIA DONDE CAMINA ESPAÑA? PROPOSICIONES DE LEYES REGULADORAS DEL DERECHO A LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN.....	39
6. JURISPRUDENCIA.....	45
6.1. SENTENCIA DE LA AP DE VALENCIA, SECCIÓN 10ª, DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011.....	45
6.2. OPINIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO. RECURSO DE APELACIÓN.....	46
6.3. SENTENCIA JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1 DE POZUELO DE ALARCÓN.....	47
6.4. OPINIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. CASO PARADISO Y CAMPANELLI.....	48

7. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y UNA REFLEXIÓN ACERCA DEL CASO PARADISO Y CAMPANELLI.	50
8. CONCLUSIONES.	55
9. BIBLIOGRAFÍA.....	57

ABREVIATURAS Y SIGLAS.

Art.: Artículo.

CC.: Código Civil.

CP.: Código Penal.

CE.: Constitución Española.

DGRN: Dirección General de Registros del Notariado.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

PL: Proposición de Ley.

LTRHA: Ley de Técnicas de Reproducción Humana y Asistida.

TS: Tribunal Supremo.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

CDDFFUE: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

AP: Audiencia Provincial.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

INTRODUCCIÓN.

La gestación subrogada rompe con las reglas tradicionales de la procreación humana, provocando un cambio en cuanto a la forma en la que éstas habían sido entendidas tradicionalmente.

Una de las consecuencias directas de la aplicación de la gestación subrogada es la obligación de establecer una diferencia clara entre la madre natural y la madre biológica puesto que, a efectos legales requiere de una diferenciación para después posteriormente a la hora de la filiación, establecer quiénes son sus progenitores reales, y a efectos de posibles controversias que puedan surgir después.

¿Qué regulación existe en España? ¿Es posible la maternidad subrogada en España? Son cuestiones muy controvertidas que a lo largo de este trabajo trataremos de desarrollar y darle una respuesta jurídica, a lo que parece que en los últimos años se está convirtiendo en un tema de interés social.

Pero sobre todo lo que nos interesa realmente tratar y dar respuesta en este trabajo es al reconocimiento de la filiación resultante de los contratos de maternidad subrogada realizados en el extranjero. ¿Es posible?

Para todo esto, nos vamos a tratar de apoyar y referir en todo momento, a lo que la Dirección General del Registro del Notariado, en adelante DGRN ha dispuesto en sus resoluciones, a la postura que mantiene el Tribunal Supremo (en adelante TS) acerca de esta cuestión tan controvertida, y a otros cuerpos legales para tratar de darle forma y respuesta a esta pregunta.

La realización de este trabajo va a desarrollarse y a estructurarse en torno a tres capítulos, donde trataremos de explicar todo el contenido del trabajo, así como una conclusión final con la correspondiente bibliografía citada y mencionada para la realización de este trabajo.

El objetivo del presente trabajo no es más que plasmar la controversia jurídica tan compleja que supone el tema que estamos tratando, pues dar una respuesta jurídica a la nueva situación que se plantea, supone un riesgo que se debe de asumir con compleja responsabilidad, y que algunos Estados no parecen estar dispuestos a ello, por la situación de desorden público que pudiera ocasionar, y por enfrentarse a cuestiones morales y/o éticas que puedan suscitar entre la opinión pública.

Por tanto, el punto de partida claro que establecemos, no es otro, que la práctica prohibida en España, y las posibles soluciones que se pueden plantear, así como las respuestas a los problemas que van surgiendo, e iremos viendo cómo poco a poco se va avanzando en este tema.

RESUMEN.

El presente trabajo analiza la situación actual de la gestación subrogada en España y la evolución jurisprudencial y doctrinal relacionado con esta materia.

Se analizan cómo se puede validar la filiación de la gestión subrogada que se contrae mediante contrato en otro país, estudiando algunas de las diferentes problemáticas que a lo largo del tiempo han ido surgiendo en diferentes países.

También se hará un análisis en torno a la jurisprudencia de nuestro país, los cambios que la DGRN ha ido introduciendo en nuestro entorno jurídico, y la posición que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ha adoptado en situaciones complejas que se han venido aconteciendo en el tiempo.

PALABRAS CLAVE.

Gestación subrogada, Registro Civil, modalidad altruista, modalidad comercial, filiación, resolución judicial extranjera.

ABSTRACT.

The present work analyzes the current situation of surrogacy in Spain and the jurisprudential and doctrinal evolution related to this matter.

They analyze how the affiliation of the surrogate management that is contracted by contract in another country can be validated, studying some of the different problems that have arisen in different countries over time.

The conclusions of this work specify in terms of development from the perspectives that have been carried out throughout the document, which are none other than social and legal, without entering into more issues or perspectives than those strictly necessary to understand the legal problem.

KEYWORDS.

Surrogate pregnancy, Civil Registry, altruistic modality, commercial modality, filiation, foreign judicial resolution.

1. CUESTIONES PRELIMINARES.

1.1. CONCEPTOS Y SITUACIÓN CONTEXTUAL.

La gestación subrogada, maternidad subrogada, gestación por sustitución o coloquialmente conocido como “vientres de alquiler”, es una cuestión controvertida en la sociedad actual, por cómo hemos indicado antes, la gran complejidad que por parte de los Estados conlleva regular este tipo de relaciones jurídicas, no por el gran componente de desarrollo jurídico que pueda conllevar, sino más bien por las cuestiones puramente éticas o morales que sí puedan desplegar estas prácticas, y es que, tenemos que tener claro y debemos de partir de la idea, que regular esta situación jurídica, supone legalizar un contrato entre una madre gestante, que es aquel sujeto en el que se desarrolla el nasciturus, y los padres de éste, que legalmente serán reconocidos como sus progenitores biológicos.

Supone crear una situación jurídica nueva que anteriormente o antiguamente no se había planteado de ninguna forma, pues la propia medicina, ciencia y tecnología no lo permitía, y los Estados y el Derecho en sí, buscan la fórmula de dar respuesta a estas nuevas situaciones, de forma pausada y consensuada, para que provoque la menor de las complejidades que puedan darse, y que como más adelante veremos, se van a estudiar.

Es por ello, que necesita de un gran examen de conciencia y de responsabilidad por parte de nuestros legisladores, pues tratar un tema tan complejo como éste a la ligera o sin tener la necesaria sensibilidad que requiere este asunto, puede llegar a no conseguir el fin que se pretende, que no es otro, que concebir una nueva forma de traer vida a nuestro mundo, y acabar rompiendo, destrozando, o acabando con familias, creando graves crisis emocionales y un sinfín de problemas de carácter social y emocional, que se pretenden evitar.

Para empezar a conocer con un poquito más de rigor qué es la gestación subrogada, término con el que vamos a empezar a utilizar a partir de ahora para denominar esta situación, debemos de definirlo y de desglosarlo para entenderlo más profundamente.

Si nos remitimos a la RAE (Real Academia Española), encontramos las siguientes notas definitorias:

- Gestar: Dicho de una madre: Llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto.
- Subrogar. Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.
- Sustituir. Poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.
- Maternidad. Estado o cualidad de madre.
- Vientre. En relación con los hijos, madre.
- Alquiler. Precio en que se alquila algo.

Con la breve definición que hemos dado de los términos que al principio de este trabajo hemos mencionado, dejamos entrever y comenzamos a entender en torno a qué se va a desarrollar la temática dispuesta, y por tanto, a qué controversias nos vamos a enfrentar para hacer frente a esa concepción tradicionalista de que la madre era la que traía al hijo al mundo.

Siguiendo con nuestro objeto de estudio, vamos a tratar de definir la gestación por subrogación de una forma más aplicada al derecho, siendo *“La gestación por sustitución o maternidad subrogada es un acuerdo de voluntades en virtud del que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de que, una vez llevado a término el embarazo, entregará a aquélla o a aquéllos/as el recién nacido, renunciando a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado.”*¹

Pero, ¿qué ocurre cuando se da el bebé a luz? Al ser un contrato perfectamente acordado entre la gestante, que es la persona encargada de desarrollar el bebé en su vientre, y los padres intencionales, cuando la madre gestante tenga al bebé, deberá de entregárselos a los padres gestantes, y la gestante renuncia a todo derecho de maternidad.

Con la incorporación de estas técnicas de reproducción asistida, prácticamente cualquier persona puede acceder a la gestación por subrogación, siendo la más frecuentes, aquellas que bien sean infértiles y no puedan tener hijos de una forma natural o parejas homosexuales. No existe un *numerus clausus* establecido para acceder a este tipo de técnica de reproducción asistida, más bien, si existe algún impedimento, es el económico,

¹ BAYARRI, M.L.: “Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España”, 2015. Disponible online: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-sureconocimiento-en-espana/> Consultado 16/06/2020.

no entrando en juego ni tan siquiera el legal, todo ello, depende de dónde se realice la práctica.

Esta técnica de reproducción asistida ha servido para dar respuesta a un problema social que ha venido perpetuándose durante mucho tiempo, pues aquellos sujetos que querían formar un núcleo familiar no tenían posibilidad alguna, salvo, la única excepción que se contemplaba, era la de la adopción, que en el caso de la mujer, se permitía que fuese madre sin tan si quiera haber dado a luz a ese sujeto en cuestión.

La cuestión que se nos plantea ahora es si en todos los países es legal esta técnica, para lo que tendremos que realizar un estudio exhaustivo, en primer lugar, de nuestra legislación estatal, para ver cómo exactamente regula esta situación, y seguidamente hacer un estudio de Derecho comparado para conocer, por ejemplo, la postura de nuestro TS o la del TEDH.

2. LEGISLACIÓN ESTATAL Y DERECHO COMPARADO.

En España, así como en otros muchos países en el mundo, está prohibida la práctica de la gestación subrogada. No obstante, existen países donde esta técnica está permitida, lo que conlleva a que, sobre todo, parejas homosexuales decidan ir a estos países a contratar los servicios, para así poder llevar a cabo la operación, y una vez el niño esté nacido, reconocer su filiación en nuestro país.

El turismo reproductivo es la práctica que anteriormente hemos descrito, el hecho de viajar a un país que esté permitido este tipo de técnicas, con el fin de llevar a cabo la operación, y finalmente una vez conseguido el propósito, volver al país de origen y realizar allí los trámites de reconocimiento. Esta práctica es cada vez más frecuente y común, dado que, a día de hoy, existen muchas más facilidades y alternativas para llevar a cabo este tipo de pretensiones. Más adelante ampliaremos esta práctica.

Un ejemplo de qué países de la Unión Europea permiten este tipo de prácticas, la encontramos en la siguiente imagen:

País	Normas de acceso a la gestación subrogada	Extranjeros	Altruista o compensado
Albania	No hay leyes definitivas	✓	Compensado
Austria	Prohibido para todos	✗	—
Bélgica	Disposiciones nulas e inejecutables	✗	—
Bulgaria	Prohibido para todos	✗	—
Croacia	Prohibido para todos	✗	—
Chipre	No hay leyes definitivas	✗	—
República Checa	Disposiciones nulas e inejecutables	✗	—
Dinamarca	Prohibido para todos	✗	—
Estonia	Prohibido para todos	✗	—
Finlandia	Prohibido para todos	✗	—
Francia	Prohibido para todos	✗	—
Alemania	Prohibido para todos	✗	—
Georgia	Parejas heterosexuales, incluidos los extranjeros	✓	Compensado
Grecia	Parejas heterosexuales y mujeres solteras, incluidos los extranjeros	✓	Altruista
Hungría	Prohibido para todos	✗	—
Irlanda	Disposiciones nulas e inejecutables pero bajo revisión	✗	—
Italia	Prohibido para todos	✗	—
Letonia	Prohibido para todos	✗	—
Lituania	Prohibido para todos	✗	—
Luxemburgo	Prohibido para todos	✗	—
Malta	Prohibido para todos	✗	—
Países Bajos	Disposiciones nulas e inejecutables	✗	Altruista
Noruega	Prohibido para todos	✗	—
Polonia	Prohibido para todos	✗	—
Portugal	Parejas heterosexuales con necesidad médica	✓	Altruista
Rumania	Prohibido para todos	✗	—
Rusia	Permitido para locales y extranjeros	✓	Compensado
Eslovaquia	Prohibido para todos	✗	—
Eslovenia	Prohibido para todos	✗	—
España	Prohibido para todos	✗	—
Suecia	Prohibido para todos	✗	—
Suiza	Prohibido para todos	✗	—
Reino Unido	Sólo se permite a los nacionales del Reino Unido	✗	Altruista
Ucrania	Parejas casadas heterosexuales, incluidos los extranjeros	✓	Compensado

Datos provistos por Families Through Surrogacy (Septiembre 2017)

2

En España, la ley que regula esta materia es la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana y Asistida³ (en adelante TRHA).

En su artículo 10, encontramos la prohibición de esta técnica en nuestro país:

² Cuddy, A. *¿Dónde es legal la gestación subrogada en Europa?*, 2019. Disponible online: <https://es.euronews.com/2018/09/13/donde-en-europa-es-legal-la-gestacion-subrogada> Consultado 16/06/2020.

³ BOE núm. 126, de 27/05/2006.

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

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

Esta prohibición plantea un problema, que es el siguiente: ¿Está prohibida la gestación subrogada? No parece que tengamos una respuesta clara, puesto que, en España esta técnica está totalmente prohibida, recogiendo la ley incluso sanciones para aquellos que la practiquen, pero en contraposición, está permitido el reconocimiento de aquellos contratos de gestación subrogada que se realicen en el extranjero.

El problema que actualmente tenemos es de fácil respuesta, puesto que, las personas que tengan recursos para irse a otro país y realizar la filiación por encargo podrán tener y reconocer legalmente en España a su hijo, pero quienes carezcan de estos recursos, verán anulados su derecho a ser padres y madres. Debemos matizar y hacer un apunte, que este proceso no es un proceso especialmente económico, sino todo lo contrario, es un proceso que depende mucho del país al que acudas, pero la cantidad económica ronda en torno a los 50.000-60.000€.⁴

Concluyendo, hemos podido determinar que en España queda prohibida la gestación subrogada, y también hemos podido ver en qué países tampoco se permite esta técnica de reproducción asistida, pero ahora, vamos a analizar la modalidad altruista, y la modalidad comercial, qué diferencias hay entre ambas, y poner algún ejemplo de algún país que sí permita estas modalidades.

2.1. MODALIDAD ALTRUISTA.

La modalidad altruista, es un concepto que busca, que quienes deseen tener un hijo mediante la gestación subrogada puedan hacerlo siempre y cuando haya una mujer gestante que esté dispuesta a realizar la técnica, pero no podrá recibir contraprestación alguna por el hecho de realizar la gestación subrogada, más que aquellos gastos que si correspondan al periodo del embarazo y parto, puesto que éstos no son considerados como

⁴ Infertility. *Países y costes gestación subrogada*. Disponible online:

<https://interfertility.es/paises-costes-gestacion-subrogada-precio/#1510768124001-310be23f-fc08>

Consultado 16/06/2020.

una retribución económica, su única finalidad es cubrir los gastos que ocasione la técnica de reproducción asistida.

Esta modalidad está permitida en países como Grecia y Portugal, que son pertenecientes a nuestra Unión Europea, y vamos a estudiar concretamente sus casos particulares.

Ambos países presentan una particularidad común: la técnica de la gestación subrogada no está permitida para las parejas homosexuales.

En Grecia está regulada por dos leyes: la Ley 3089/2002 sobre la Asistencia Médica a la Reproducción Humana y la Ley 3305/2005, y en Portugal, la Ley 25/2016. En el caso portugués, no fue hasta el año 2017 cuando entró en vigor, y en el año 2018 la ley estuvo paralizada por el Tribunal Constitucional portugués, que declaró inconstitucionales 2 artículos de esa ley.⁵

2.1.1. Gestación subrogada en Portugal.

Empezando por un análisis acerca de la situación de Portugal respecto a la gestación subrogada, como hemos indicado anteriormente, la ley fue aprobada en el año 2016, el 22 de agosto, pero no entró en vigor hasta el 1 de agosto de 2017, teniendo un año más tarde la paralización por el Tribunal Constitucional portugués.⁶

Como venimos haciendo referencia, una particularidad de esta ley es que los hombres solteros y las parejas homosexuales masculinas no tienen derecho a este tratamiento. Otro punto que no acaba de estar claro, es en referencia a las mujeres solteras, pues la ley expresamente no permite tampoco a éstas, ya que, menciona el término “la pareja”.

Los dos puntos que ha declarado inconstitucionales el Tribunal Constitucional portugués, han sido los siguientes:

1. No permite a la gestante revocar el permiso que inicialmente prestó para la realización del tratamiento de gestación subrogada, pues, como así bien lo indica el Tribunal Constitucional en su sentencia, “*consideró que esta solución suponía*

⁵ IDIBE.: *Nueva Sentencia del Tribunal Constitucional portugués en materia de maternidad subrogada*, 2019. Disponible online: <https://idibe.org/noticias-legales/nueva-sentencia-del-tribunal-constitucional-portugues-materia-maternidad-subrogada/> Consultado 16/06/2020.

⁶ Tribunal Constitucional portugués. *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019*. Disponible online: <https://dre.pt/application/conteudo/125468550> Consultado 16/06/2020.

*una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad, interpretado conforme al principio de dignidad de la persona humana y al derecho a fundar una familia”*⁷, además de la propia inseguridad jurídica que esta situación podría crear.

2. Se elimina la obligación de secreto absoluto en cuanto a la identidad de los donantes, ya sean de gametos o embriones o en relación a la madre gestante.

A pesar de la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional portugués de estos dos artículos, como vemos, Portugal permite, aunque de una forma restrictiva, la gestación subrogada.

2.1.2. Gestación subrogada en Grecia.

En cuanto a Grecia, vemos que son dos leyes la que regulan la gestación subrogada, la Ley 3089/2002 sobre la Asistencia Médica a la Reproducción Humana⁸ y la Ley 3305/2005⁹, y también presenta algunas particularidades.

No está permitido para parejas homosexuales y, si una mujer española quiere acceder a la gestación subrogada, debe de presentar un certificado médico español que acredite insuficiencia para tener hijos de forma natural.

Es por ello, que, para acceder a la gestación subrogada en Grecia, es necesario la aprobación por un organismo previo, y en caso de reunir los requisitos, se autorizará para la realización de la gestación subrogada. En este caso, esa autorización es aceptada como sentencia de filiación.

Además, el país griego sí permite este tipo de técnica de reproducción asistida a ciudadanos extranjeros.

⁷ IDIBE. *Nueva Sentencia del Tribunal Constitucional portugués en materia de maternidad subrogada*. Disponible online: <https://idibe.org/noticias-legales/nueva-sentencia-del-tribunal-constitucional-portugues-materia-maternidad-subrogada/> Consultado 16/06/2020.

⁸Ley 3089/2002 sobre la Asistencia Médica a la Reproducción Humana. Grecia. Disponible online: https://www.kodiko.gr/nomologia/document_navigation/175735 Fuente indirecta. Consultado 16/06/2020.

⁹Ley 3305/2005 Aplicación de Reproducción Médica Asistida. Grecia. Disponible online: https://www.kodiko.gr/nomologia/document_navigation/164338/nomos-3305-2005 Fuente indirecta. Consultado 16/06/2020.

2.2.MODALIDAD COMERCIAL.

La gran diferencia que presenta esta modalidad respecto a la modalidad altruista, es que aquí si se permite pagar un precio a la mujer gestante por llevar a cabo ese embarazo que ya no se limita únicamente al pago de los gastos que conlleve la gestación, sino que además se paga un precio a esa mujer gestante.

Algunos de los países donde se permite esta práctica a cambio de una remuneración económica, son Estados Unidos, Rusia, Ucrania, etc.

2.2.1. Gestación subrogada en Rusia.

Si nos centramos en ejemplo de Rusia, por ejemplo, la práctica de la gestación subrogada se regula en varios cuerpos legales, como son el Código de Familia de la Federación de Rusia de 1995¹⁰, Ley Federal No 323-FZ, de 21 de noviembre de 2011, sobre los Fundamentos de la Protección de la Salud de los Ciudadanos de la Federación de Rusia,¹¹ la Ley Federal sobre actos de Registro del Estado Civil de 1977 y la orden N 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia sobre la aplicación de técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad masculina y femenina de 2003.

Como vemos, hay que tener como referente los distintos cuerpos legales para realizar el trámite de la gestación subrogada.

El caso de Rusia puede ser realmente curioso, por todas las pesquisas legales que presenta, y que a continuación, vamos a explicar.

En primer lugar, a este tipo de tratamiento, pueden acceder los ciudadanos extranjeros, que sean parejas heterosexuales, casadas o solteras, y mujeres solteras. Por tanto, la ley en este caso excluye a las parejas homosexuales y a los hombres solteros. Más adelante veremos los problemas que ocasiona que una mujer soltera acceda a este sistema, y quiera reconocer la filiación de ese hijo en España.

¹⁰Código de Familia de la Federación de Rusia de 1995. Disponible online: <https://fzrf.su/kodeks/sk/> Fuente indirecta. Consultado 16/06/2020.

¹¹ Ley federal sobre los fundamentos de la protección de la salud de los ciudadanos en la Federación de Rusia. Disponible online: <https://fzrf.su/zakon/ob-ohrane-zdorovya-grazhdan-323-fz/> Fuente indirecta. Consultado 16/06/2020.

Seguidamente, está prohibido que la mujer gestante done sus óvulos, es decir, tiene preferencia en cuanto a la aportación del material genético el de los padres de intención, y supletoriamente, los de un donante. También veremos en este último caso, los problemas que ocasiona que el material genético los aporte un donante, a efectos de filiación, con sentencias recientes.

En el caso de las madres solteras, no se permite la donación del material genético que les corresponde a ellas, es decir, el de los óvulos, deben aportar el suyo propio.

Hasta aquí, los requisitos vemos que son más o menos parecidos a los que anteriormente hemos visto, con algunas particularidades.

La gran característica que presenta la legislación rusa, la vamos a analizar ahora en el plano de la madre gestante, es decir, la mujer que va a realizar el embarazo.

La legislación rusa indica que cualquier madre puede ser gestante libremente, siempre y cuando tenga más de veinte años y menos de treinta y cinco, y debe de ser madre de al menos un hijo, y acreditar un buen estado de salud físico y mental, referido al ámbito psicológico.

En el caso de la mujer gestante que tenga contraído matrimonio, será necesario que el marido preste consentimiento para poder participar en el tratamiento.

Y la gran particularidad del Estado ruso viene ahora. En el Código de Familia de la Federación de Rusia, en su artículo 51¹², hace referencia expresa a *“Las personas que están casadas entre sí y que han consentido por escrito implantar un embrión con otra mujer con el fin de transportarlo, pueden ser registrados por los padres del niño sólo con el consentimiento de la mujer que dio a luz al niño (madre sustituta).”*, es decir, es necesario el consentimiento de la madre gestante para que se puedan inscribir en el certificado de nacimiento los nombres de los padres. Es decir, si la madre gestante no renuncia al bebé tras el parto, podría quedarse con él¹³.

¹² Código de Familia de la Federación de Rusia de 1995. Disponible online: <https://fzrf.su/kodeks/sk/st-51.php> Fuente indirecta. Consultado 16/06/2020.

¹³ Infertility. *GESTACIÓN SUBROGADA RUSIA*. Disponible online: <https://interfertility.es/gestacion-subrogada-rusia/#1504437306401-5cf9e0b3-d9bc15a8-e8b5> Consultado 16/06/2020.

En el mismo cuerpo legal, en su artículo 52¹⁴, indica *“Los cónyuges que han consentido la implantación de embriones a otra mujer, así como a una madre sustituta (parte 2 del artículo 51 del artículo 51) no tienen derecho a invocar estas circunstancias al desafiar la maternidad y la paternidad después de la inscripción de los padres en el libro de registro de nacimiento.”*, es decir, la madre gestante, una vez firmado el consentimiento para que aparezca en el certificado de nacimiento los nombres de los padres, no podrá reclamar la maternidad, ni los padres podrán renunciar a ella.

Como vemos, supone un hecho controvertido, que supone a la vez un requisito necesario e imprescindible, dado que, en este Estado, no se emite sentencia de reconocimiento de filiación, lo que, a la hora de reconocer el hijo que se ha obtenido mediante la gestación subrogada, estas pautas van a ser totalmente necesarias seguirlas para la obtención de la filiación en España, dado que, al carecer de sentencia judicial que dictamine la filiación, en España se sigue entendiendo que la madre legal es la que da a luz.

Una vez que se han realizado todos estos pasos, para reconocer la filiación del hijo en España, otro requisito necesario es demostrar que el padre es el que ha aportado el material genético para la creación del bebé, y para ello, hay que seguir los siguientes pasos:

1. Documento de partida de nacimiento del hijo, donde están inscritos ambos padres, que deben de ser los padres intencionales, y la madre gestante. El documento debe de ser expedido por una institución sanitaria o médica.
2. Documento de renuncia de la madre gestante. Este documento es imprescindible, porque la renuncia de la madre gestante produce los efectos de no reconocimiento como madre biológica, lo que conlleva que los padres intencionales puedan dar paso a crear la nueva situación jurídica de padres legales.

El punto 2 conlleva sus matices y precisiones. En España, únicamente se podría ser la figura legal la del padre, acreditando mediante prueba de ADN, que realmente el hijo que desea proceder con la filiación es suyo, y pasaría a ser el padre biológico, pero, ¿qué ocurre con la madre?

¹⁴ Código de Familia de la Federación de Rusia de 1995. Disponible online: <https://fzrf.su/kodeks/sk/st-52.php> Fuente indirecta. Consultado 16/06/2020.

La madre en este caso, conlleva peor situación jurídica respecto al padre, pues, tendría que solicitar la adopción del niño, y, por tanto, pasaría a figurar como madre adoptiva.¹⁵

Podemos apreciar la discriminación que en parte puede sufrir en este proceso la mujer, puesto que, en caso de que el país si emitiese una sentencia de reconocimiento, no estaríamos hablando de la desigualdad en cuanto de la situación jurídica de ser o no madre biológica.

Es por ello, que las madres solteras que quieran realizar este proceso en Rusia, van a tener enormes dificultades para llevar a cabo la filiación en España, pues, ¿cómo va a reconocer a su hijo, si no “existe” la figura de padre biológico?

En este sentido, podemos llegar a una conclusión: España necesita adaptarse sí o sí al reconocimiento de este tipo de técnicas de reproducción asistidas, para poder dar soluciones integrales, puesto que, en el mundo tan globalizado en el que hoy día vivimos, se necesitan respuestas jurídicas que no dejen o abandonen a ciertas minorías.

A raíz de este problema, en nuestro país hemos tenido alguna controversia, de este destino, por no haber usado material biológico de ninguno de los dos padres intencionales, y por tanto, los magistrados defendían que no se podría establecer filiación alguna por no existir material genético alguno¹⁶.

2.2.2. Gestación subrogada en Ucrania.

Como bien hemos mencionado anteriormente, Ucrania recoge la modalidad comercial para este tipo de tratamiento.

¹⁵ Gestación Subrogada Web. *Gestación Subrogada en Rusia: legalidad, requisitos, precio y filiación*. Disponible online: https://www.gestacionsubrogadaweb.com/gestacion-subrogada-rusia/#Filiacion_en_Rusia Consultado 16/06/2020.

¹⁶ El Mundo. *El TSJM avala la decisión de negar la salida de Rusia a un bebé nacido por maternidad subrogada*, 2017. Disponible online: <https://www.elmundo.es/madrid/2017/04/05/58e4d75ae2704edd318b4620.html> Consultado 16/06/2020.

El caso de Ucrania se regula mediante dos textos legales, el Código de Familia de Ucrania¹⁷, y por la Orden 771 del Ministerio de Salud¹⁸.

El Código de Familia de Ucrania, en su artículo 123.2, indica que los cónyuges que mediante este método den luz al bebé, serán reconocidos como sus padres.

Los requisitos legales en este país son:

1. Ser una pareja heterosexual casada.
2. Deben de aportar ambos el material genético. En alguna excepción, se permite que únicamente sea el padre, pero siendo la anterior opción la preferente.
3. Se debe de tener una razón médica para no poder quedarse embarazada de forma natural, acreditada mediante informe médico, puesto que será revisado por los responsables de destino.

Existen múltiples causas por las que la mujer o madre de intención no pueda quedarse embarazada, como pueden ser, más de cuatro intentos fallidos de Fecundación In Vitro, en los que en este caso de deberá de acreditar el certificado correspondiente, en el que se revisará que los embriones fuesen de calidad, deformación o ausencia de útero, anomalías anatómicas, etc.

Como vemos, los requisitos para poder acceder a esta técnica en Ucrania son muy restrictivos, pero, una vez podamos acceder, veremos que plantean numerosas ventajas con respecto a otros países.

La madre gestante en Ucrania debe también de cumplir con ciertos requisitos:

1. Ser mayor de edad, y hasta un límite de cuarenta años. Aquí vemos una ventaja con respecto a Rusia, que el límite de edad se establece en treinta y cinco años.
2. Debe de tener un hijo propio.
3. Tener las cualidades físicas y mentales para poder someterse a este tratamiento.

En el caso que la mujer gestante esté casada, no ocurre como en Rusia, que es necesario el consentimiento del marido, pero sí es aconsejable que se solicite por parte de los padres

¹⁷ The Family Code of Ukraine. Disponible online: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14?lang=en>

¹⁸ Orden 771 del Ministerio de Salud de Ucrania. Disponible online: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/z0263-09> Consultado 16/06/2020.

de intención, porque puede presentar problemas a la hora de la firma del contrato de gestación subrogada.

La realización del contrato de gestación subrogada en Ucrania presenta algunas particularidades que cabe mencionar.

Se rige por las reglas del Código Civil Ucraniano¹⁹, en las que hay que tener en cuenta algunos aspectos importantes.

Cuando se recomienda que los padres de intención soliciten el consentimiento del marido de la mujer gestante, es porque el Código de Familia Ucraniano expresa que el hijo que la mujer gestante da a luz, el padre debe de ser el marido de ésta.

Es por ello, que no solicitar dicho consentimiento puede acarrear algún problema legal.

La redacción del contrato también presenta particularidades, pues debe de estar redactado a mano y ante notario, que es el que da fe pública de que las partes se someten al tratamiento de forma libre y voluntaria y sin coacciones.

La madre gestante durante el embarazo debe de seguir las indicaciones médicas que se le asigne, para evitar complicaciones en el embarazo, así como facilitar toda la información que los padres intencionales soliciten acerca del estado del embarazo o relativa a ello.

Los *padres gestantes*, usaremos esta fórmula para incluir en el tratamiento ucraniano, tanto al padre como a la madre, deberán de prestar el consentimiento para que el niño pueda ser inscrito en el Registro Civil, y, además, los padres gestantes no podrán contactar o tratar de mantener ningún tipo de contacto con el niño que la madre gestante ha dado a luz, sin que medie consentimiento por parte de los padres intencionales.

Así deben de recogerse estas cláusulas, pues como anteriormente hemos indicado, los contratos de gestación subrogada se rigen por las reglas generales de los contratos mercantiles, y todo debe de quedar perfectamente indicado, para evitar en un futuro posibles incidentes.

No únicamente tienen responsabilidad y obligaciones los padres gestantes, sino también los padres intencionales, o los padres biológicos, que deberán de hacerse cargo del hijo o

¹⁹ The Civil Code of Ukraine. Disponible online: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/435-15>
Consultado 16/06/2020.

hijos que vengan a raíz de la perfección del acuerdo, y se deberán de hacer cargo de ellos, sea cual fuere el estado de salud que presenten tras el parto.

En cuanto a la retribución que debe de recibir la madre gestante por la realización del tratamiento de la gestión subrogada, no existe limitación alguna, por lo que las partes pueden acordar el precio que ambas negocien, en virtud del art. 632 del Código Civil de Ucrania.

¿Qué ocurriría si existiese un incumplimiento del contrato? Pueden darse varias situaciones, entre las que vamos a describir las siguientes:

1. La madre gestante puede rescindir del tratamiento de gestación subrogada, únicamente antes de la transferencia del material genético. Si esto ocurre, los padres intencionales se harán cargo de los costes ocasionados hasta la rescisión.
2. Si se incumple el contrato, la madre gestante deberá de devolver la cantidad que los padres intencionales le han abonado. Habría que analizar caso por caso, porque puede haber una rescisión total o parcial, en el que en cada caso particular habría que analizar cuánta sería la cantidad acorde que debería de devolver.

Una vez finalizada las condiciones generales que puede tener un contrato de gestación subrogada en Ucrania, vamos a seguir con otros requisitos que la ley establece en caso que no se cuente con material genético por parte de la madre intencional.

En estos casos, se permite la donación de óvulos, con la única restricción que no se podrá conocer la identidad de aquella persona que los donó, ni tampoco podrá la donante conocer a los padres intencionales.

¿Qué ocurre si el padre intencional no puede aportar sus gametos? En ese caso, la ley ucraniana también permite la donación de esperma masculino, pero no podrá usarse en la gestación subrogada, habría que utilizar otro método de reproducción asistida.

Una característica que presenta la ley ucraniana, y que quizás sea casi exclusiva, es la posibilidad de poder elegir el sexo del futuro hijo que se desee concebir, y sin requisito alguno. En Estados Unidos también se permite la elección de sexo en algunos de sus Estados.

Ucrania puede ser un destino bastante atractivo, y de hecho los españoles suelen elegir este destino para la realización de una gestación subrogada, porque los precios oscilan

entre los veintiséis mil euros hasta los sesenta mil euros, dependiendo del tratamiento que elijamos.

Ha habido muchos problemas en relación con la filiación de los hijos por parte de los padres intencionales, que más adelante analizaremos la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado que generó cierta controversia, pero finalmente, parece que con una prueba de ADN que asegure y confirme que al menos uno de los dos padres intencionales es biológico, sería más que suficiente.

2.3. SITUACIÓN JURÍDICA EN BRASIL.

Poniendo algún ejemplo de modalidad altruista fuera de la Unión Europea, nos encontramos con el caso particular de Brasil.

Brasil únicamente contempla la gestación subrogada de forma altruista, y para ello, tiene un mecanismo que asegure que esta modalidad se va a llevar a cabo de esta forma, y que además, procediendo a su análisis, parece tener toda la lógica que va a llevarse a cabo de esta forma, siempre y cuando exista un buen control por parte de los organismos públicos.

Los requisitos están recogidos en la Resolución 2.121/2015²⁰, donde el Consejo Federal de Medicina establece ahí los requisitos que se necesitan para llevar a cabo esta técnica.

Algunos de esos requisitos que se establecen son:

1. La gestante debe de realizar el proceso de forma altruista.
2. La gestante debe de ser un familiar de primer, segundo, tercer o cuarto grado de uno de los padres de intención, es decir, la madre, hermana, hija o tía de la prima.
3. Ni la madre de intención ni la gestante subrogada pueden superar los 50 años.
4. La madre de intención debe acreditar un problema médico que impida o no recomiende la gestación.
5. Las parejas homosexuales también pueden acudir a esta vía.

Estos son algunos de los requisitos que son necesarios para llevar a cabo la gestación subrogada de forma altruista en Brasil. Como podemos observar, los mecanismos que se establecen hacen pensar que difícilmente se pueda dar en este país la modalidad comercial.

²⁰ Portal Médico. *RESOLUÇÃO CFM nº 2.121/2015*. Disponible online: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf Consultado 16/06/2020.

Uno de los inconvenientes que presenta este país, es que no tiene una ley específica que regule este tipo de reproducción asistida, lo que hace que se tengan serias dudas en cuanto a la seguridad jurídica que nos pueda ofrecer este país a la hora de emitir una sentencia de reconocimiento de filiación, por lo que es un país que se suele descartar para este tipo de operaciones.

2.4. SITUACIÓN JURÍDICA DE LA INDIA.

Otro país que merece una expresa mención es la India.

En la India, la ley que existe recibe el nombre de “THE SURROGACY (REGULATION) BILL, 2016”²¹, que entró en vigor en el año 2016 y que presentaba muchas novedades con respecto a la regulación anterior.

La India fue un destino muy demandado antes de que entrara la nueva ley de gestación por sustitución.

No ha sido, ni antes ni ahora, un destino apto para españoles, porque, en ninguna de las regulaciones, la anterior mucho más flexible, y la actual, muy restrictiva, permitían al ciudadano español acudir a este país a realizar dicho proceso.

En la anterior regulación, existían numerosas facilidades y ventajas, referidas a extranjeros, entre las que se encuentran:

1. Parejas heterosexuales que en su país estuviese permitida la gestación subrogada.
2. Documento que acreditase que llevaban 2 años o más casados.
3. Documento de la embajada del país de origen que reconociese que estaba permitido el contrato por gestación subrogada.

A priori, no parece que pueda suponer una ventaja que puedan tener otros países como EEUU, Grecia o Portugal, pero sí que tiene un importante factor económico, que hace que sea un destino bastante atractivo para realizar la gestación subrogada.

²¹ Parlamento de la India. *THE SURROGACY (REGULATION) BILL, 2016*. Disponible online: http://parliamentlibraryindia.nic.in/writereaddata/Library/Reference%20Notes/Major%20port_authorities_bill_H.pdf Consultado 16/06/2020.

Traducida

al

inglés:

[https://www.prindia.org/uploads/media/Surrogacy/Surrogacy%20\(Regulation\)%20Bill,%202016.pdf](https://www.prindia.org/uploads/media/Surrogacy/Surrogacy%20(Regulation)%20Bill,%202016.pdf)

Consultado 16/06/2020.

En el ámbito económico, suponía un ahorro que en términos cuantitativos suponía unas 5 veces menor que realizar el mismo procedimiento en EEUU, que es uno de los destinos más costosos económicamente, además, de que la anterior regulación aportaba una facilidad en cuanto al reconocimiento del hijo subrogado, dado que el derecho era otorgado desde el momento que el hijo se daba a luz por la madre gestante, puesto que, al principio del proceso, recordemos, que teníamos que entregar un documento que reconociese que estaba permitido el contrato por gestación subrogada, por lo que, era un derecho que se otorgaba nada más naciese el hijo, con la anterior regulación.

Para que nos hagamos una idea, en la India, un tratamiento de este tipo, puede costar entre veinte mil y treinta mil euros, mientras en algún estado de EEUU, como California, el precio era de ciento veinte mil euros, en Canadá va de entre sesenta mil euros hasta los cien mil, y en Rusia, por ejemplo, desde veintiséis mil euros hasta los sesenta mil euros.

Ahora, la nueva regulación, es más restrictiva. Uno de los problemas que se dio, es que las agencias que se dedicaban a poner en contacto a las madres gestantes con las familias, normalmente buscaban personas que tuviesen una difícil situación económica y familiar, que provocaba que, en la mayoría de los casos, se vulnerasen muchos derechos humanos. Es por ello, que el país decidió cambiar la ley, y el cambio más significativo, fue la negación de esta práctica a los ciudadanos extranjeros.

Esta práctica, se denominó como “granjas de mujeres”²², y básicamente, se da por la situación socioeconómica del país en cuestión, un país que en términos económicos es pobre, y las mafias que se dedican a este negocio, se aprovechan y explotan a las mujeres, y lo que sobre el papel es una oportunidad de, para unos, lograr desarrollar el poder tener una familia, para otros, puede suponer una fuente de ingresos extra, que les permita vivir dignamente, en la realidad, se ha traducido en algo totalmente contrario, y es, agencias o mafias que se dedican a la explotación de las mujeres gestantes.

Ahora la nueva legislación, requiere de unas circunstancias para la realización de esta técnica, que son las siguientes:

1. Ser ciudadano indio, extranjero residente en la India, o extranjero casado con un ciudadano de la India.

²² Baby Gest. *Gestación subrogada en la India – ¿Qué dice la nueva ley?* Disponible online: <https://babygest.com/es/india/#que-supone-este-cambio-en-la-legislacion> Consultado 16/06/2020.

2. Ser un matrimonio heterosexual con problemas de fertilidad.
3. Estar casados un mínimo de cinco años.

Supone la nueva legislación una restricción en cuanto al acceso que anteriormente contaban las personas que quisieran acceder al tratamiento.

Como vemos, deja fuera la nueva regulación a las parejas homosexuales, a las personas que de forma individual quieran acceder a la gestación subrogada, tanto hombre como mujer, y a los extranjeros. Además, otro requisito para realizar la gestación subrogada, es que la gestante debe de ser un familiar cercano, característica que es similar a la regulación de Brasil, pero en este caso, no se establecen grados de parentesco para ello, únicamente, que sea familiar cercano, pero podría servir para hacernos una idea, los grados que establece la regulación de Brasil.

Pero también impone restricciones a aquellas mujeres que quieran ser gestantes, estableciendo los siguientes requisitos:

1. Ser menor de 35 años.
2. Obligatoriedad de tener un hijo al menos.
3. Consentimiento para la pérdida de la interrupción voluntaria del embarazo en las gestantes, salvo circunstancias concretas.
4. No puede existir relación alguna entre los futuros padres y la gestante.

Cabe destacar, que, con la nueva regulación, las mujeres gestantes siguen percibiendo un precio muy alto en relación a los gastos que puede conllevar la gestación, por lo que se discute el carácter altruista, pero creo que se consigue dar respuesta a lo que el legislador quería, como anteriormente hemos comentado, el poder dar un mejor modo de vida a esas familias que están en un umbral de pobreza elevado.

Como conclusión, vemos que la nueva regulación es mucho más restrictiva, pero mejora en buena parte la situación degradante que antes sufrían las mujeres, aportando una mejor forma de vida.

Y, por último, hemos podido comprobar, que la India, ni en la anterior regulación, ni en la actual, estaba permitido para el ciudadano español acudir a este país, puesto que, a priori, no cumpliría ninguno de los requisitos que se establecerían.

3. EL TURISMO REPRODUCTIVO.

El turismo reproductivo podemos definirlo como la actividad que lleva a cabo un sujeto o sujetos que tienen que desplazarse a otro país para concebir un hijo. No entraremos en si pueden o no tenerlo de forma natural, puesto que, este término no suscita debate alguno.

Diferente es el concepto que ofrece la doctrina, que opta más por un concepto más naturista, como es el de “turismo reproductivo o de creación”, que aquí podríamos aportar la definición de aquella actividad que un sujeto o varios realizan para la obtención de un hijo, porque por formas naturales no son capaces de concebirlo. Este término si puede precisar una definición más amplia y precisa.

Igualmente, ambos conceptos son correctos, ya dependiendo de la situación en la que se decida utilizar, deberemos de acudir a uno u otro.

El turismo reproductivo es la consecuencia directa de la prohibición que existe maternidad subrogada en España, dado que, las parejas que de forma natural no pueden tener hijos, o las parejas homosexuales, o las personas solteras, se ven obligados a ir a otros países a realizar este tipo de tratamientos, que es donde legalmente está permitido realizarlos.

Otro de los motivos que puede dar lugar a este tipo de turismo, es el motivo económico, pues, como anteriormente hemos indicado, existen países donde el tratamiento puede costar más de cien mil euros, hasta países que por poco más de veinte mil euros puedes tener el mismo tratamiento.

También otro factor que muchas parejas o personas pueden tener en cuenta, puede ser la calidad de las clínicas, listas de espera, así como la legislación que puede presentar cada país concreto, pues en muchos países a los hombres solteros o a las parejas homosexuales no se les permite acceder al tratamiento.

En algunos casos, dada la situación socioeconómica, política, social que pueden presentar ciertos países, puede suponer un riesgo para la mujer gestante.

4. CONSECUENCIAS DEL TURISMO REPRODUCTIVO.

El turismo reproductivo ha tenido fuertes consecuencias, sobre todo en materia de Derechos Humanos.

El hecho que la creciente demanda que ha suscitado este tipo de tratamientos, ha hecho que muchos Estados opten, bien por seguir en la senda de prohibir esta práctica, y otros,

han modificado sus leyes, haciéndolas más restrictivas para el acceso a los mismos, y otros, hayan optado por flexibilizar las condiciones para acceder a ellos, ofreciendo incluso, como hemos visto anteriormente, incluso la posibilidad de poder elegir el sexo del bebé que se va a traer al mundo.

Muchas voces son las que auguran que se está mercantilizando la figura de la mujer, así como la de los futuros bebés, puesto que, defienden que se están vulnerando los derechos de la mujer en pro de los negocios, que las agencias y las mafias establecen con este tipo de servicios. Como bien sabemos, este tipo de tratamientos mueve muchísimo dinero, ya no entraremos en el que los Estados declaren, como el que se pueda mover en negro, en caso de la modalidad comercial, que es el que se retribuye a la mujer gestante.

Todo ello nos tiene que llevar a una reflexión, como la que encontramos por parte del Patriarca Ruso Kiril, el máximo jerarca religioso de Rusia, que afirmó que *"La propagación de la gestación subrogada comercial es una clara humillación a la dignidad de la mujer rusa y de las más vulnerables de ellas", "es una forma de "explotar a mujeres" y "comerciar con niños"*, y que incluso llegó a comparar estas técnicas con el nazismo, *"la experimentación genética con embriones al equiparar esas prácticas con los experimentos sobre humanos del nazismo."*²³

Las declaraciones que en su día hizo el máximo portavoz de la religión protestante de Rusia, son palabras que retumban con fuerza, sobre todo por aquellos que tratan de mejorar la situación de las personas que más sufren quizás este tipo de tratamientos, que son aquellas madres que, normalmente, están en una situación de riesgo, entendido como pobreza y exclusión social, que la situación les obliga a realizar estos actos, incluso, seguramente, en muchos casos, estando en contra de su voluntad.

Es por ello, que vuelvo a traer a colación lo inicialmente mencionado; la gran responsabilidad que tienen los gobiernos de todos los países de tratar este tema con profunda empatía, delicadeza, y sobre todo, de tener en cuenta todos los aspectos que aquí se vean implicados, y no sólo y únicamente legislar a bombo y platillo por el tema

²³ La Vanguardia. *Patriarca de Rusia: Gestación subrogada es explotación mujeres y trata niños*. Disponible online: <https://www.lavanguardia.com/vida/20200128/473197459980/patriarca-de-rusia-gestacion-subrogada-es-explotacion-mujeres-y-trata-ninos.html> Consultado 16/06/2020.

económico, que no vamos a restarle importancia, pero sí también tener en cuenta sobre todo a las personas que se utilizan para la realización de la gestación subrogada.

Es importante hacer una pausa y tratar de visualizar el problema que esto conlleva, pues bien sabemos, que, por ejemplo, un aborto deja secuelas psicológicas, que en muchas ocasiones acarrearán y conllevarán depresiones y otras muchas alteraciones emocionales que son necesarias de corregir mediante ayuda externa, que no es más que ayuda psicológica en el menor de los casos.

Teniendo esto como referencia, a mí se me viene una pregunta, ¿cómo se sentirá esa madre gestante, cuando después de nueve meses llevando a un bebé en su vientre, tiene que darlo a otra familia?

No me atrevo a dar una respuesta, porque seguramente, un hombre jamás se pueda poner en la piel de lo que una mujer puede sentir a lo largo de esos nueve meses de embarazo, pero sí me voy a animar a quizás dar alguna pincelada, de forma muy prudente.

Si tuviese que argumentar alguna respuesta a esa pregunta, sin duda, deberíamos de partir de la base de que esa mujer, es perfectamente conocedora del proceso que está llevando a cabo, y que, por tanto, a priori, no debería de causar ninguna secuela que se extienda por mucho en el tiempo.

Pero también vamos a ver la otra cara de la moneda. Existen muchos países, donde se obliga a que la mujer gestante tiene que tener al menos un hijo propio, entonces, ¿es lo mismo pasar este proceso para una mujer primeriza que para una que ya a dado a luz al menos una vez? Hay que recordar, que salvo en algún país como Rusia, la mujer gestante tiene totalmente prohibido quedarse con el bebé que da a luz.

Desconozco totalmente cuáles son las sensaciones que pueden tener las madres gestantes, pero intuyo que se podrían dar dos casos posibles:

1. La mujer gestante realmente tiene un objetivo de conciencia por el que, realiza este procedimiento para poder ayudar a una pareja. Sin duda, sería el caso más emotivo que podríamos ver y por el que realmente yo creo que este tipo de técnicas, tienen su fundamento en sí. Aquí no hablamos en ningún caso de tema económico, únicamente el tema humanitario, de prestar ayuda, de ser el medio por el que una familia pueda verse realmente desarrollada, entendida como unos padres y unos hijos, una familia formada. Sin duda, puede ser una utopía este tipo

de razonamiento, pero quién sabe, para esto, se requiere de un estudio más profundo del que no vamos a tratar aquí.

2. La mujer gestante realmente se ve obligada por su situación social, económica, o cualquiera fuere la razón que le obliga a ello. Esta sin duda sería la cara gris de la moneda, y donde los Estados más deberían de incidir, para evitar, sobre todo, que una persona se tenga que ver en la obligación de realizar esto en contra totalmente de su voluntad.

Quizás este segundo argumento sea el que utilicen los movimientos sociales para posicionarse en contra de este tipo de prácticas, porque, intuyen, que, si una mujer se ve obligada a hacer esto en contra de su voluntad, posiblemente se estén vulnerando muchos de sus Derechos Humanos.

El primer argumento podamos hacer una reflexión para estar a favor de la gestación subrogada, y así lo reconoce la doctora Rocío Núñez Calonge, puesto que hace una defensa a este tipo de técnicas, ya que, nos invita a una reflexión, ¿turismo reproductivo o necesidad médica?

Está claro, que para aquellas personas que de forma natural no pueden tener descendencia, supone un impedimento natural hacia la creación de una familia, en todas sus versiones. Es, por tanto, que explica que *“las personas que acuden a conseguir una gestación que no pueden lograr en su país de origen, no solo hacen turismo. Para ellos, es una necesidad médica que, además, podemos estar orgullosos de cubrir con todas las garantías”*²⁴.

Nos enfrentamos a una dimensión bifronte: por un lado, aquellos que utilizan estos métodos para tener un hijo, y, por otro lado, los que se lucran de este negocio, y únicamente lo ven con miras de fabricar dinero, sin importar nada más.

En España, existen asociaciones que están a favor de la gestación subrogada, como la Asociación por la Gestación Subrogada en España²⁵, también existen movimientos

²⁴ EFE Salud. *¿Turismo reproductivo o necesidad médica?* Disponible online: <https://www.efesalud.com/turismo-reproductivo-articulo-tambre> Consultado 16/06/2020.

²⁵ Gestación Subrogada en España. *Página de la Asociación para la legalización y regulación de la Gestación Subrogada en España*. Disponible online: <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/> Consultado 16/06/2020.

sociales que se muestran en contra de este tipo de prácticas, como es el de #StopSurrogacyNow²⁶.

También tenemos numerosas publicaciones de diarios digitales²⁷ que se muestran en contra de este tipo de prácticas, por lo que, el problema en sí parece que se va a dilatar mucho más en el tiempo.

Algunas voces también plantean, que la posibilidad de acabar con este entramado de agencias, posibles mafias, y de la explotación que sufren las mujeres derivado de estos tratamientos, sería poder legalizar la gestación subrogada en los países, lo que, a priori, acabaría con lo anteriormente mencionado, además de también ahorrar y evitar todos los problemas que conlleva la filiación del hijo en el Registro Civil. No parece que esta sea una solución o una alternativa muy clara a día de hoy.

5. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

Son varios cuerpos legales a los que nos podemos remitir para tratar de abordar la sistemática del proceso de gestación subrogada, y ver los puntos y argumentos jurídicos que entre sí se enfrentan.

²⁶ #StopSurrogacyNow. Disponible online: <http://www.stopsurrogacynow.com/#sthash.5E1uQ1Zb.dpbs>
Revisado 16/06/2020.

²⁷ Guillem Salvador, I. *La madre abnegada, la cuidadora gratuita, la puta, y ahora la heroína*, 2018. Disponible online: <https://tribunafeminista.elplural.com/2018/03/la-madre-abnegada-la-cuidadora-gratuita-la-puta-y-ahora-la-heroína/> Consultado 16/06/2020. Guillem, I. *Gestación subrogada: explotación reproductiva y tráfico de bebés*, 2017. Disponible online: https://www.huffingtonpost.es/inma-guillem/gestacion-subrogada-explotacion-reproductiva-y-trafico-de-bebes_a_23311871/ Consultado 16/06/2020. Casilda, I. *La realidad de los vientres de alquiler*, 2019. Disponible online: https://cadenaser.com/ser/2019/08/17/sociedad/1566025605_427496.html Consultado 16/06/2020. Martos, Y. «LO QUE SE OCULTA TRAS LOS VIENTRES DE ALQUILER», 2016. Disponible online: <https://www.nosomosvasijas.eu/2016/03/lo-que-se-oculta-tras-los-vientres-de-alquiler/> Consultado 16/06/2020.

La ley española que actualmente determina como nulos los contratos por gestación subrogada es la Ley 14/2006, sobre TRHA²⁸, más concretamente en su artículo 10²⁹.

Si nos remitimos al Código Civil español³⁰, hay varios artículos que nos pueden dar una breve idea de la situación en España:

- El art. 1255 CC³¹. Son muchos los que comparten que este tipo de prácticas son inmorales, como anteriormente ya hemos mencionado, y que pueden ir en contra de las buenas costumbres.
- El art. 1261 CC³², deja clara la negativa ante la posible realización de un contrato que por fin determinado tenga la gestación subrogada.
- El art. 1271 CC³³. En este caso, lo que se quiere negociar esta fuera del comercio del hombre, ya que, en España, está totalmente prohibido.
- El art. 1275 CC³⁴, al estar prohibida la práctica de este tipo de técnicas, queda por entonces claro que los contratos no van a surtir efecto, por mucho consentimiento que haya por ambas partes.

²⁸ BOE. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

²⁹ “Artículo 10. Gestación por sustitución. 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.”

³⁰ BOE. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

³¹ “Artículo 1255 CC. Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”

³² “Artículo 1261 CC. No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1.º Consentimiento de los contratantes.
- 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.
- 3.º Causa de la obligación que se establezca.”

³³ Artículo 1271 CC. Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

³⁴ “Artículo 1275 CC. Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.”

- El art. 1305 CC³⁵. En caso que el contrato se hubiese celebrado, se debe de devolver las cantidades que se hubiesen dado.

Nuestro Código Penal (en adelante CP) también castiga esta práctica ilícita, en los siguientes artículos:

- Art. 220 CP³⁶. Castiga varias conductas como el que oculte un hijo, lo entregue a otro, modificación de la filiación, sustitución, etc.
- Art. 221 CP³⁷. Castiga que medie móvil, que, en este caso, es el dinero.

³⁵ Artículo 1305 CC. Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta.

³⁶ Artículo 220 CP. 1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.

2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación.

3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años.

4. Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años.

5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año.

³⁷ Artículo 221 CP. 1. 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 cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

2. 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.

3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas

Ya, por último, toca hacer una breve remisión a nuestra norma suprema, que es la Constitución Española (en adelante CE).

- Artículo 10 CE³⁸. Nos indica que la dignidad de la persona, es un derecho inviolable, y que pertenece al orden político y la paz social. Tiene su referencia en cuanto a la mención que anteriormente hacíamos a que, legislar sobre este tema, puede suponer una alteración del orden público, además de ser un tema especialmente sensible.
- Artículo 14 CE³⁹. Hace referencia a la igualdad de todos los españoles ante la ley, cuestión controvertida a la hora de llevar a cabo o ejecutar las filiaciones en el territorio español.

Como vemos, son muchas normas legales las que en nuestro país, pueden presentar ciertas contradicciones a día de hoy, para tratar de legislar acerca de este tema, y que, en caso de permitir la técnica, habría que modificar para evitar ciertas contradicciones.

No obstante, desde el tiempo de los romanos, y en la línea que sigue el art. 10 de la LTRHA, que indica que la madre biológica es siempre la que asume el proceso de gestación, ¿debemos de replantearnos esta verdad?

*“Quia semper certa est, pater vero is est, quem nuptiae demonstrant”*⁴⁰. Su significado no es otro, que, la madre siempre que sabe la que es, y con el padre puede existir siempre

actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años.

³⁸ Artículo 10 CE. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

³⁹ Artículo 14 CE. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

⁴⁰ Vid. al respecto, POLO ARÉVALO, *Igualdad y filiación. Estudio de la discriminación de los hijos por razón de su nacimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp.32- 46.

cierta duda, pues, únicamente la madre sabrá quien es el verdadero padre, salvo casos de error u omisión.

Esta ha sido la regla general que siempre se ha seguido para certificar la filiación de un hijo recién nacido, pues, siempre ha sido su madre quien ha conllevado el parto, pero, a día de hoy, esta afirmación requiere de sus precisiones, o bien, ya deja de ser totalmente cierta, porque, en el plano de la maternidad subrogada, hasta el día de hoy, lo único cierto que tenemos, es que, en el plano de la medicina si sabemos quiénes son realmente los padres biológicos del bebé, pero trasladado al marco legal, en el reconocimiento de una filiación, en algunos casos, únicamente se puede reconocer al padre como la parte biológica del bebé.

Es así la opinión que recoge el magistrado Joaquín Ángel de Domingo Martínez⁴¹, puesto que nos invita a reflexionar acerca de estos axiomas y estas verdades que hasta día de hoy se tenían como ciertos.

5.1.CRITERIOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS DEL NOTARIADO.

Como hemos indicado anteriormente a lo largo del presente trabajo, hemos visto como a lo largo de los años, han existido numerosos problemas en tanto y cuánto al reconocimiento de la filiación de los hijos que se han tenido mediante técnicas de reproducción asistida en otros países.

Es por ello, que este problema necesitaba de una solución jurídica, porque cada vez más eran las familias españolas las que se encontraban en una situación similar, y no podían ver satisfechas sus necesidades de poder reconocer a sus hijos en su país de origen, España, y por tanto veían frustradas sus metas de poder ser una familia, y sobre todo, se veía vulnerado el interés del menor.

Es por ello, que se ofrecen dos vías para el reconocimiento de la filiación de los contratos de gestación realizados en el extranjero:

⁴¹ De Domingo Martínez, J.A. *Di, papá*, 2017. Disponible online: <https://www.laopiniondemurcia.es/opinion/2017/09/22/di-papa/861625.html> Consultado 16/06/2020.

1. Reconocimiento de la filiación por sentencia judicial. La Dirección General de Registros del Notariado (en adelante DGRN) así lo hizo constar en el año 2010⁴², mediante la publicación en el BOE, en la que, más adelante analizaremos con más detenimiento, pero que recogía, que mediante sentencia judicial en el país de destino donde los padres intencionales, que son los realmente biológicos, pasarían a ser reconocidos directamente en España, sin trámite más alguno.
2. Esta modalidad es para los países como Rusia, Ucrania, etc. Que no emiten directamente las sentencias de filiación en el país de destino, y, por tanto, presenta un proceso más complejo. En estos casos, y por ello se pone en duda el axioma anteriormente mencionado, el padre es el que se reconoce como padre biológico del hijo que se ha concebido al mundo. Es así como se inscribe al hijo en el Registro Civil, y después, la madre tiene que solicitar el proceso de adopción del mismo, que aparece regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴³, en adelante LEC, en los artículos 764 a 768. Es así, que una vez el padre esté reconocido como padre biológico, la madre deberá de adoptar a ese niño.

Pero todo ello conlleva unos trámites que van mucho más allá de este breve procedimiento que hemos redactado aquí, pues, se necesitará la inscripción del hijo en el Registro Civil del país de destino, la renuncia de la madre gestante a cualquier derecho que se le pueda reconocer, y, asimismo, el padre se deberá de someter a una prueba de ADN para confirmar que ese hijo realmente le corresponde a él, por la carga genética.

Más adelante analizaremos la controversia que hubo con respecto a las pruebas de ADN en Ucrania, puesto que, con el Reglamento de Protección de Datos hubo una cierta controversia en este asunto.

Es por ello, que el reconocimiento de sentencias por parte de la justicia española está siendo muy favorable, todo ello, por la protección del interés del menor que existe, pero, también se imponen una serie de condiciones por parte de los tribunales españoles.

El sistema de reconocimiento de sentencias de otros Estados se realiza mediante el exequátur, que es un conjunto de normas que un Estado lleva a cabo para comprobar que

⁴² BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

⁴³ BOE núm. 7, de 08/01/2000.

las sentencias emitidas en otro país cumplen con los requisitos para su reconocimiento y homologación.

¿Qué requisitos debe reunir una resolución para que pueda ser reconocida y homologada en España?

Los requisitos aparecen recogidos en la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil⁴⁴, en el capítulo II, de los arts. 44 a 49, siendo el art. 46⁴⁵ el que establece los requisitos para que una resolución judicial sea convalidada en España.

Algunos de esos requisitos, son que la sentencia no puede haberse dictado en rebeldía, que sea lícita, etc.

Algunos de los requisitos formales, en cuanto a la estructura y contenido, que deben de cumplir las sentencias del extranjero, son los siguientes:

1. Tiene que ser una resolución firme, es decir, que no quepa recurso contra ella.
2. Debe de ir apostillada, es decir, debidamente firmada y sellada por el organismo competente.

⁴⁴ BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

⁴⁵ Artículo 46. 1. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán:

- a) Cuando fueran contrarias al orden público.
- b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.
- c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española.
- d) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España.
- e) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.
- f) Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.

2. Las transacciones judiciales extranjeras no se reconocerán cuando fueran contrarias al orden público.

3. Traducida al idioma del país al que se va a entregar, es decir, en este caso, traducida al español.
4. El procedimiento debe de iniciarse mediante abogado y procurador.

5.1.1. INSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS DEL NOTARIADO DE 5 DE OCTUBRE DE 2010⁴⁶.

Esta fue la instrucción que la Dirección General del Registros del Notariado publicó para dar respuesta a la situación controvertida que había a la hora de inscribir a los recién nacidos en el Registro Civil.

En esta resolución queda claro que el único interés que se pretende proteger es el interés del menor.

En esta instrucción se precisa del requisito de la resolución judicial, para poder establecer un mecanismo de control seguro, en cuanto a que, si por ejemplo se solicitase un certificado médico de la entidad correspondiente, probablemente en algunos casos éste se viera alterado, para que los padres de intención pudieran ser en la gran mayoría los padres biológicos.

Es por ello, que el requisito de la sentencia judicial, como documento público oficial emitido por el Estado, da la seguridad jurídica propia para entender que el contrato de gestación subrogada se ha llevado de acuerdo a las leyes y a las propias normas que el país establece, y que el mismo determine la filiación del bebé nacido.

Los principales objetivos de esta Instrucción no son otros que la protección jurídica al interés superior del menor, para así evitar dar apariencia de legalidad a los posibles casos de tráfico de bebés, y, por último, el derecho que tiene ese bebé a conocer su origen biológico.

El hecho de la protección del tráfico de bebés, es un paradigma jurídico bastante importante, dado que, a la misma vez que se protege ese tráfico ilegal, también se está dando una cobertura legal indirecta a aquellas madres gestantes, puesto que, garantiza o trata de garantizar que estos tratamientos se hagan con la mayor legalidad posible, dado que, de no ser así, estaríamos ante un caso también de explotación de mujeres.

⁴⁶ BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

El punto más importante que plantea esta Instrucción es el requisito previo de la resolución judicial, que deberá de estar acompañado junto con el del certificado del registro del país de destino, para poder realizar correctamente la filiación.

Es decir, ya no será válido el certificado registral y un documento médico que acredite que el bebé pertenece a los padres de intención, ya será necesaria la sentencia judicial que lo acredite, y de lo contrario, la filiación no sería inscribible por esta vía.

El fundamento de esta decisión no tiene un matiz más que el de dotar de garantías la inscripción que se está llevando a cabo, y como hemos mencionado al principio, evitar la trata de bebés y la explotación de mujeres.

Pero, ¿qué ocurre con los países que no otorgan sentencia judicial de filiación? Son muchos los interrogantes que nos pueden hacer llevar a la duda o a las pocas garantías que pueden ofrecernos estos países con respecto a la verdadera identidad del bebé, así como, a las consecuencias legales que posteriormente pueden acaecernos.

A pesar que estos países emitan certificaciones registrales donde los padres de intención aparezcan como los padres biológicos, pueden surgirnos ciertas dudas acerca de si realmente estos países han respetado los protocolos que para este tipo de tratamiento se siguen, desde, por ejemplo, que la carga genética que realmente los padres de intención otorgaron a los servicios médicos fue la que se utilizó para realizar la gestación, hasta si se respetaron los derechos de la madre gestante. En la gran mayoría de casos, se reconoce la filiación por este método.

5.1.2. INSTRUCCIÓN DE 14 DE FEBRERO DE 2019, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DEROGADA POR LA INSTRUCCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2019, APLICADO AL CASO UCRANIANO.

Resulta extraño que, tras publicada una instrucción, cuatro días más tarde resulte derogada.

La explicación no es otra, que la instrucción del día 14, recogía la posibilidad de inscribir a los niños en el Registro Civil Consular, mediante la prueba de ADN.

Este procedimiento tuvo su problemática, porque suponía una casi legalización de la práctica en países como Ucrania, donde no se emitían sentencias judiciales de reconocimiento de la filiación.

Es por ello, que la derogación llegó días más tarde, en la que nuevamente, se instauró el régimen de sentencia judicial, el que hasta entonces había venido siendo la regla.

Este caso afectó mucho a los casos de Ucrania, porque como ya hemos mencionado anteriormente, es un destino que muchos españoles eligen para hacer este tipo de tratamientos.

Es por ello, que la derogación del día 18, revoca todos estos efectos que había tratado de actualizar esta instrucción, puesto que en algunos Registros Civiles Consulares, la práctica de prueba de ADN y la posterior comprobación de la correspondiente paternidad, servía como filiación del hijo obtenido. Supone un método de reconocimiento extrajudicial, que la instrucción del día 14 pretendía actualizar.

El ámbito de aplicación comienza a aplicarse desde la publicación de la última instrucción, pero para los casos anteriores, no queda clara cuál es la situación en la que se encuentran, pues, repitiendo lo anteriormente recogido, la situación se venía acaeciendo en el tiempo.

¿Qué novedades trae la nueva instrucción, además de la derogación de la anterior?

La DGRN, para frenar la práctica de inscripción registral consular que se venía practicando, ha querido individualizar cada caso concreto, con la remisión del procedimiento correspondiente de filiación del menor a España, donde se comprobará que se han llevado a cabo las garantías legales, mediante el correspondiente proceso probatorio.

Además, para llevar a cabo una práctica correcta de lo dispuesto en la Instrucción, recoge también la posibilidad de que los encargados del Registro Civil consular, puedan *“suspender la inscripción, con base en la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular. Dicha suspensión y las circunstancias concurrentes serán notificadas por el encargado o encargada del Registro Civil, en su caso, al Ministerio Fiscal, de conformidad con el artículo 124 del Reglamento del Registro Civil.”* Se tratan de mecanismos reales que dotan de una protección legal a

aquellos sujetos que realmente están encargados de llevar este tipo de procedimientos a cabo, para que en ningún momento se vean presionados o coaccionados.

Como conclusión, podemos llegar a indicar que lo que se trata es de evitar resoluciones arbitrarias que puedan ser contrarias a Derecho, y que lo que deja claro la presente Instrucción, es que, cuando no haya resolución judicial de filiación, que automáticamente se proceda al mecanismo de adopción que en este caso está previsto para estos supuestos específicos.

5.2.¿HACIA DONDE CAMINA ESPAÑA? PROPOSICIONES DE LEYES REGULADORAS DEL DERECHO A LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN.

En España recientemente se ha intentado avanzar en el tema de la gestación subrogada. Concretamente, en la XII y XIII legislatura, el grupo parlamentario Ciudadanos, hizo dos Proposiciones de Ley⁴⁷ (en adelante PL), que ninguna de las dos salió adelante, pero que nos podría acercar a una visión futura de cómo podría estar la maternidad subrogada regulada en España.

En la exposición de motivos de ambas PL, el principal objetivo que destaca es la libertad de los ciudadanos, en cuanto a que tengan posibilidad de poder acudir a este tipo de técnicas en nuestro país, sin que existan causas económicas que a muchos ciudadanos les impidan poder formar una familia, por los problemas naturales que puedan presentar.

También hacen reflejo a lo que venimos reflejando a lo largo de todo este trabajo, a la capacidad de poder adaptarse a las nuevas demandas que la sociedad requiere, por el avance de la tecnología, por el cambio de mentalidad, por el desarrollo mismo que la sociedad en sí necesita, etc.

También hacen referencia a la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN, en la que, explica que a pesar que sea posible realizar una filiación extranjera por medio de sentencia judicial de filiación, en la práctica, la nulidad que existe en la LTRHA con respecto a los contratos por gestación subrogada, queda sin efecto alguno.

Es, por tanto, que la aprobación de estas PL, hubiera acabado con esta situación irregular, indeterminada, o dubitativa a efectos de marcos normativos, y hubiese supuesto una

⁴⁷ BOE. PROPOSICIÓN DE LEY 122/000117. 8 de septiembre de 2017 Núm. 145-1. BOE. PROPOSICIÓN DE LEY 122/000015. 16 de julio de 2019 Núm. 46-1.

mayor protección a las mujeres gestantes, a los padres intencionales, y sobre todo, a los niños que nacen por estos métodos, puesto que, tendrían un reconocimiento legal de sus padres biológicos, y no como sucede hasta ahora, que sólo se reconoce al padre, en el mejor de los casos.

Quiere acabar con el principio del derecho romano ya mencionado aquí *mater Semper certa est* y adaptarse a las nuevas realidades que la sociedad y el mundo en general están demandando.

Explican en su exposición de motivos, que el hecho de regular la maternidad subrogada de forma legal en España, es una garantía constitutiva de nuevos derechos, y hace así una alusión, por ejemplo, a cuando se reguló el matrimonio homosexual, todo lo que esta regulación supuso, las consecuencias que han ido acaeciendo en el tiempo, y la evolución a la vida moderna, tal y como la conocemos hoy día.

El TS también se pronunció acerca del matrimonio homosexual, y defendió que esa nueva forma de entender la familia, no desnaturalizaba la concepción natural de la sociedad española. ¿Qué nos hace pensar que esta razón no se pueda aplicar también a la maternidad subrogada?

Nos puede hacer pensar, en este sentido, que la maternidad subrogada también puede ser una solución a los problemas piramidales en cuanto a la edad de la sociedad española, que como podemos ver, cada día nuestra población está más envejecida, y que por tanto, esta técnica podría aportar soluciones reales y más o menos eficaces para también tratar de evitar el progreso de una población cada día más envejecida, y a su vez, la importante aportación que sería para el PIB del país, aunque, estas cuestiones no van a ser objeto de análisis en este trabajo, por lo que únicamente son mencionadas a objeto de una breve reflexión.

Ambas PL, tanto la que se presentó en la XII Legislatura⁴⁸, como la presentada en la XIII Legislatura⁴⁹, cuentan con 27 artículos, una disposición derogatoria, y cuatro disposiciones finales.

⁴⁸ BOE. PROPOSICIÓN DE LEY 122/000117. 8 de septiembre de 2017 Núm. 145-1.

⁴⁹ BOE. PROPOSICIÓN DE LEY 122/000015. 16 de julio de 2019 Núm. 46-1.

Las PL recogen en sus disposiciones generales, el objeto, que no es otro que la pretensión de la regularización de la maternidad subrogada de forma altruista, es decir, se prohíbe expresamente la modalidad comercial, que más adelante vemos que tendrán un apartado de sanciones, donde si se aprecia o si existe algún ánimo de lucro, será una conducta muy grave.

Los requisitos que se establecen para poder celebrar la maternidad subrogada son los siguientes:

1. Que no exista riesgo para la salud de la mujer gestante, y la aceptación de ésta en la descendencia, en lo que se refiere a cuando de luz al bebé.
2. Los padres de intención deben de haber agotado todas las vías previas a ésta, es decir, que no haya ninguna otra forma de que éstos naturalmente o mediante TRHA, puedan tener un bebé.
3. La mujer gestante, no puede ser familiar de los padres de intención.

Resulta de especial apreciación, el requisito número tres mencionado. Como vemos, este requisito también existe en la regulación que hay en Brasil, y era como forma y medio de asegurar que no hubiese ánimo de lucro. ¿Cuál ha sido la intención por la que se ha introducido este requisito en la PL? Probablemente no lo sepamos, pero, seguramente influya mucho el carácter religioso, cultural, social, etc.

Precisa un matiz importante, y es que, en la posterior regulación de la PL que se realizó en el año 2019, este requisito cambia, y, por tanto, sí que se permite que la madre gestante pueda ser familiar de los padres de intención.

En relación a la referencia anteriormente expuesta, la gestación subrogada debe de realizarse de forma totalmente altruista, mediando compensación económica únicamente en los gastos que el embarazo conlleve, y en asegurar las condiciones idóneas a ésta durante su embarazo.

Además, los padres de intención deberán de hacer un seguro a la mujer gestante, para que cubra los posibles acontecimientos que puedan surgir derivados de esta técnica y de los riesgos naturales que supone un embarazo, y en los casos más graves, como pueda ser un fallecimiento, una invalidez, o alguna secuela física.

Este último apartado, supone una creación de derechos con respecto a la mujer gestante, en el sentido que se siente respaldada en el caso que pueda surgir algún tipo de

complicación durante el embarazo, y que, por tanto, incita a pensar, que esta técnica en España, estaría muy controlada, asegurada con garantías, y que, en el peor de los casos, la familia de la mujer gestante, también recibiría una compensación económica.

Los derechos y requisitos de la mujer gestante son los siguientes:

1. Toda mujer tiene derecho a gestar, siempre y cuando se cumplan los requisitos que se establecen, y que no aporte material genético propio.
2. La mujer gestante debe ser mayor de 25 años y menor de 45.
3. Debe tener capacidad de obrar y capacidad jurídica, en definitiva, capacidad para comprender al tratamiento que se va a enfrentar, las consecuencias, y las obligaciones y derechos que conlleva.
4. Tiene que tener al menos un hijo, entendiéndose anterior al sometimiento del procedimiento de gestación subrogada.
5. Disponer de una situación socio-económica, familiar, y condiciones óptimas para someterse al tratamiento. La persona debe de tener una situación corriente en todos los aspectos de su vida, que no suponga un riesgo ni tanto para ella ni como para los padres de intención, realizar el tratamiento. Se busca garantías en este caso por parte de la madre gestante.
6. Poseer la nacionalidad española o residencia legal en España.
7. No tener antecedentes penales, de drogas y alcohol.
8. No haberse sometido a este tratamiento con anterioridad.

Como observamos, existen requisitos por parte de la mujer gestante que, en algunos casos, son bastante restrictivos, pero con la única finalidad, de poder dotar de seguridad y garantías el procedimiento, sobre todo en el ámbito de la salud de la madre gestante.

Supone un paso importante que se tenga en cuenta muchos factores de salud en la mujer gestante, puesto que, de cumplirlos todos, estamos ante un procedimiento que ofrece multitud de garantías y seguridad a los padres intencionales, y que, a la misma vez, indirectamente, lucha contra lo que podría suceder en algunas ocasiones, como pudiera ser la trata de las madres gestantes.

El hecho que se requiera una buena situación socio-económica, y la obligación de presentar por parte de la mujer gestante su situación económica y personal, que será evaluada por los profesionales que en su caso se dispongan para ello, nos lleva a pensar que este procedimiento sí que puede cumplir la finalidad altruista que presenta, dado que,

la mujer gestante que cumpla este requisito, se deduce por lógica natural que no le mueve otra razón ni causa más alguna, que la de prestarse de forma voluntaria o altruista, tal y como marca la PL, al sometimiento de este tratamiento.

La mujer gestante debe de cumplir todos estos requisitos, así como la obligación de someterse a evaluaciones médicas y psicológicas.

El cumplimiento de estos requisitos será revisado y tendrá validez máxima de un mes hasta la celebración del contrato.

Los padres de intención, o progenitores, tal y como los nombra la PL, tienen que ser incompatibles con otras TRHA, así como haber agotado también todas las vías que ofrece ésta, y tiene que cumplir también con los siguientes requisitos:

1. Plena capacidad jurídica y de obrar. Deben de tener conocimiento de lo que supone someterse a este procedimiento, y comprender en todo momento las acciones que pueden derivar del mismo.
2. Ser mayor de 25 años y menor de 45.
3. Nacionalidad o residencia española.
4. Acreditación de las capacidades, aptitudes y motivaciones que se requieren para ejercer la posterior responsabilidad parental que se va a derivar del contrato de gestación, para la formación de la familia.

El punto número cuatro supone que la pareja que quiera someterse a este tratamiento, debe comprender que el bebé que la madre gestante va a traer al mundo, realmente es su hijo, y las obligaciones y derechos derivados que esto supone. En algunos casos, puede que el hecho de no haber realizado el embarazo la pareja, puede plantear problemas a la hora de abordar la nueva situación, y es por ello, que la pareja debe de estar perfectamente capacitada para entender la situación anterior en la que se encontraban, y la nueva a la que se van a tener que enfrentar, para tratar de evitar sobre todo, ese rechazo que pudiera ocasionar, por el no reconocimiento de ese bebé como suyo.

El contrato de gestación subrogada habrá de entregarse ante notario, y deberá de recoger todo lo hasta ahora descrito hasta aquí, incluyendo el certificado de aptitud física y mental que expedirá el Registro Nacional de Gestación por Subrogación, así como los certificados que indiquen que no se ha tenido antecedentes penales, problemas con alcohol y drogas.

El contrato se regirá por las reglas básicas de los contratos mercantiles, por lo que el contrato deberá incluir la identidad de las partes, el consentimiento, que deberá de ser libre, expreso e irrevocable, las técnicas a las que se va a emplear a la mujer gestante, información acerca del seguro, etc.

El modelo de contrato, será expedido por parte de las Administraciones Públicas, existiendo un único modelo de contrato.

No estará permitida la celebración de contratos de gestación subrogada cuando exista algún tipo de contraprestación, bien sea económica, laboral, de servicios, o de cual fuera ésta.

En cuanto a la filiación de los hijos nacidos, éstos no podrán tener ningún tipo de parentesco con la madre gestante, ni ésta constará en el Registro Civil.

En el caso que algún padre de intención de la pareja no hubiese aportado material genético, éste podrá manifestar que la filiación se haga a nombre de quién aportó ese material genético. Aquí existe una libertad total con respecto a la filiación, dado que, si quien no aportó material genético, no quiere ser el padre biológico del niño, podrá rescindir de ello plenamente.

Esta libertad existirá siempre y cuando no se haya formalizado el contrato y se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer, si esto se hubiese producido, no será posible cambiar la filiación del hijo que se va a tener.

Esta PL regula también los casos de premoriencia de los padres intencionales, que determina que, si se ha producido la transferencia del embrión al útero, si se podrá determinar legalmente la filiación, pero en caso contrario no será posible. También indica, que el padre de intención debe de haber prestado su consentimiento, y que el material genético podrá usarse hasta doce meses después para realizar el tratamiento.

A efectos ya de las infracciones, se destaca que la presente PL establece tres tipos, entre leves, graves y muy graves. Un ejemplo de sanción muy grave, puede ser por ejemplo, que los padres de intención no quieran hacerse cargo del bebé nacido, o que la madre gestante reciba dinero por realizar el tratamiento, por ejemplo.

Por eso se ha insistido mucho en la necesidad que los padres de intención deben de estar preparados para la nueva situación que se va a crear cuando ese bebé de a luz, puesto que, muchos pueden verse desbordados por esa nueva situación, y sufrir un rechazo por no

reconocer a ese hijo como tal, y las multas, en el caso de las sanciones muy graves, van desde los diez mil y un euros, hasta el millón de euros.

En la primera PL, una infracción que se consideraba muy grave, era que la madre gestante tuviese algún vínculo de parentesco con los padres de intención. Esto, como hemos indicado anteriormente, fue modificada con la nueva PL, y se permite en este caso.

Como vemos, las PL que se presentaron en el Congreso, ambas son muy parecidas, siendo la principal diferencia entre ambas, que la los padres de intención pueden recurrir a parientes consanguíneos para realizar el tratamiento.

En definitiva, supondría una ley con una serie de garantías, que perfectamente podría ser aplicable en España, y que podría dar una solución eficaz y de calidad a miles de familias españolas, y reduciría el porcentaje que se excluye de la realización de estas técnicas por el tema económico en cuestión.

6. JURISPRUDENCIA.

6.1. SENTENCIA DE LA AP DE VALENCIA, SECCIÓN 10ª, DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011⁵⁰.

Esta sentencia tiene su origen, en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N°. 15 de Valencia, Sentencia de 15 Sep. 2010, proc. 188/2010, donde un matrimonio homosexual español no puede inscribir a su hijo en el Registro Civil, porque los hechos que alega el Consulado español de Estados Unidos, es que, a pesar de que la sentencia de filiación reúne todos los requisitos para la filiación de los hijos, va en contra del orden público.

En este caso concreto, los padres quieren impugnar la sentencia anterior para que el organismo en cuestión reconozca la filiación de sus hijos.

Debemos de partir de los siguientes puntos:

1. Las sentencias que son emitidas en países extranjeros, en la de este caso concreto, California, tienen reconocimiento siempre y cuando cumplan con los requisitos que se recogen.

⁵⁰ Poder Judicial. Id Cendoj: 46250370102011100707.

2. El órgano judicial español encargado de revisar que las sentencias del extranjero cumplan los requisitos, no podrá manifestarse acerca del fondo de la sentencia en cuestión, únicamente deberá verificar que los requisitos se cumplen para su posterior homologación.

Pues bien, en este caso, a pesar que el Estado de California emite la sentencia de filiación del contrato de gestación, en ella no aparece inscrita la madre gestante, por lo que, cuando esta sentencia llega al Consulado español de California para ser homologada, se encuentra con una falta de un requisito legal, lo que le supone que no se le permite la filiación al hijo que han tenido mediante esta técnica.

Lo que fundamentalmente se tiene en cuenta en esta sentencia en este caso, es el control de la legalidad y, muy importante, el orden público. En este caso, la sentencia no contempla para nada el interés superior del menor.

6.2. OPINIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO. RECURSO DE APELACIÓN.

El matrimonio español decide interponer recurso de apelación ante el TS ante la negativa que recibieron por parte de la AP de Valencia.

En este caso, el TS sigue estando en la línea misma de la AP de Valencia, esgrimiendo las siguientes razones:

1. El matrimonio argumentaba que existía una discriminación por ser un matrimonio homosexual, dejando claro en este sentido el TS, que no existe en este caso ninguna discriminación.
2. El interés del menor debe de prevalecer. El TS indica que en este caso el interés del menor prevalece, pero que no se deben de vulnerar las leyes, porque de haber consentido esta filiación, podríamos estar hablando de un tráfico o comercio de bebés, porque en este sentido, y siguiendo esta línea, a un matrimonio homosexual, en este caso de hombres, aunque cuente con sentencia judicial de reconocimiento de filiación, las propias normas de la naturaleza, son bien sabidas que resulta imposible la obtención de un bebé de forma natural, y que por tanto, mediante este procedimiento no se puede reconocer al hijo.
3. Esta resolución indica el TS que va en contra del orden público, pues, como bien hemos indicado antes, indicaría un precedente difícilmente complejo de explicar,

sobre todo, cuando no se tiene constancia de que ninguno de los 2 hombres haya aportado material genético para la creación del bebé.

A pesar de la negativa para la filiación del hijo por parte de este matrimonio español, existen otras vías por las que sí se puede realizar dicha filiación, y que, por tanto, siguen teniendo la posibilidad de realizarlas.

6.3. SENTENCIA JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 1 DE POZUELO DE ALARCÓN.

Esta sentencia merece especial mención, porque contradice lo hasta ahora dicho y lo hasta ahora visto tanto en la legislación española actual, como en la jurisprudencia hasta ahora vista.

En el caso de la sentencia Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Pozuelo de Alarcón⁵¹, una mujer acude al tratamiento de la gestación por subrogación en California, Estado, que como sabemos, emite sentencias de reconocimiento de filiación, y que España, reconoce sus efectos a la hora de la determinación de la misma.

Esta mujer acude a este tipo de tratamiento, como sujeto único, teniendo dos gemelos como resultado del tratamiento.

La problemática de este asunto, empieza, porque la mujer en cuestión, no realizó la inscripción de la filiación ante el Registro Civil Consular, sino, que acudió directamente al Registro Civil español. Probablemente, si lo hubiese hecho directamente, todo apunta a que esta problemática que vamos a detallar a continuación, no se hubiese producido, al menos en una primera instancia.

Cuando procedió a la inscripción en el Registro Civil español, su solicitud fue denegada, por lo que, los órganos correspondientes para conocer de sentencias extranjeras para su homologación y reconocimiento, son los Juzgados de Primera Instancia, por lo que, se dirigió al Juzgado de Primera Instancia de Pozuelo de Alarcón.

¿Qué ocurrió en este caso? El Juzgado de Primera Instancia de Pozuelo de Alarcón, reconoció la sentencia de filiación del proceso de gestación subrogada, por el procedimiento de exequátur.

⁵¹ Poder Judicial. Id Cendoj: 28115410012012200001.

Debemos de hacer algunas precisiones en este sentido. Debemos recordar que en este tipo de procedimientos, los tribunales españoles no pueden entrar a valorar el fondo de las sentencias, únicamente, se deben limitar a ver que la sentencia cumple con los requisitos de forma que se establecen, y en este caso, se cumplieron perfectamente, por lo que, la filiación fue reconocida.

El reconocimiento supuso que la madre de intención pasara a ser madre legal, a pesar de la ausencia de el padre biológico, que, en este caso, la aportación genética se hizo mediante una transferencia de espermatozoides donados.

Este reconocimiento supone romper con todo lo establecido hasta el momento, pues, como vemos, los juzgados han empezado a reconocer sentencia de filiación, incluso cuando hay una ausencia de paternidad, como es este caso.

El tribunal con respecto de la concesión de la filiación, sostuvo que lo que prevalecía en este caso, es el interés del menor, en su mayor esencia de la pureza del término.

Sin embargo, en la sentencia la juez advirtió que el interés del menor no podía servir como fundamento para tratar de encubrir supuestos casos de tráfico internacional de bebés, por tratar de dotar de apariencia de legalidad.

6.4. OPINIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. CASO PARADISO Y CAMPANELLI⁵².

Esta sentencia tiene lugar en Italia, donde una pareja italiana decide tener un hijo mediante la gestación por sustitución en Rusia.

El problema viene cuando los padres intencionales quieren registrar a su hijo en Italia, ya que, mediante el certificado ruso de nacimiento, la autoridad italiana se opuso, porque alegaba que era una alteración del orden público, puesto que, en Italia, esta práctica también está prohibida.

La situación se agrava, cuando las autoridades italianas, comprueban el certificado del nacimiento del bebé, y advertidas por el Consulado italiano de Moscú, que ese certificado contenía información falsa, dan el bebé en acogida, porque esgrimieron que no existía

⁵² Tribunal Europeo de Derechos Humanos. CASE OF PARADISO AND CAMPANELLI v. ITALY (Application no. 25358/12).

vínculo parental ni de ADN con el bebé, y que, por tanto, ese era el procedimiento que recogía la legislación italiana.

Los padres recurrieron esta resolución ante el TEDH, y éste, se pronunció alegando causas como, que la medida que adoptó el Estado italiano de separar a ese hijo de sus padres, fue una medida desmesurada, en la que únicamente se debería de acudir cuando se tengan fundamentos más que suficientes para esgrimir que ese niño procede de un real, contrastado y absoluto tráfico de niños.

Pero la Gran Sala del TEDH revocó esta sentencia en el año 2017, estableciendo las siguientes causas:

1. Las autoridades italianas actuaron de forma legítima. Supone una atribución directa a los estados miembros para la lucha contra el tráfico ilegal de bebés.
2. No se ha violado el derecho a la vida familiar, dado que no hay vínculo de ADN alguno entre el hijo y sus padres, y que, existía una corta conciliación por parte de éstos con el bebé, siendo de únicamente seis meses en el territorio italiano, y dos meses más por parte de la Señora Campanelli en Rusia.

Podríamos pensar que por qué el TEDH o la Gran Sala, no pudieron dejar que estos padres pudieran tener al bebé en calidad de padres de adopción. Supone que, los padres, actuando de forma ilegal, han tratado de vulnerar la legislación italiana, si el TEDH o la Gran Sala reconocen la situación de padres de adopción, hubiese supuesto casi una legalización de la práctica que estos padres realizaron.

Si bien es cierto que el estado italiano actuó conforme a Derecho, el hecho de separar al bebé de ocho meses de sus padres intencionales y posteriormente dándolo en adopción, la Gran Sala tuvo en cuenta el gran impacto que los padres pudieron sufrir por la separación que tuvieron del bebé, por lo que, se condenó al estado italiano con una multa de veinte mil euros, en concepto de daños morales.

¿Cuándo podemos certificar que realmente ha existido vida familiar, entre los padres y el bebé? Realmente es una cuestión algo polémica, puesto que, admitir este hecho, supondría que los padres, casi a un cien por cien, podrían ser los padres de adopción del bebé, puesto que la separación del mismo podría suponer una ruptura de la vida familiar, y, por tanto, en relación con el argumento anteriormente expuesto, sería legalizar esta situación.

La Gran Sala se sostiene en tres argumentos, con los que se sirve para denegar el bebé a sus padres intencionales:

- El primero de ellos, la ausencia de ADN en el bebé. El hecho que no haya ningún tipo de material genético coincidente en el bebé, es un punto clave para proceder a la decisión que se adoptó, pero, ¿realmente se puede decidir en base a este único criterio? Podría parecer incluso una decisión un tanto arbitraria.
- El segundo criterio en el que se basa, es en la ínfima vida familiar que los padres de intención llevaron a cabo con el bebé, no siendo superior a ocho meses, unido a la ausencia de material genético, llevó a concluir la afirmación de vida familiar al respecto.
- El tercer criterio, y no menos importante, que naturalmente agrava la situación, es la apariencia de legalidad que los padres intencionales trataron de validar incurriendo en las prácticas contrarias a la legislación nacional de su país, que fueron descubiertas, es otro argumento que hace que la Gran Sala acabe teniendo en cuenta para tomar la decisión.

7. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y UNA REFLEXIÓN ACERCA DEL CASO PARADISO Y CAMPANELLI.

Probablemente estemos ante el concepto más indeterminado de este presente trabajo. Un análisis exhaustivo de éste, sería sin duda de una gran complejidad.

En este tipo de tratamientos, lo primero que se trata de proteger es el interés del menor, pero, ¿dónde empieza y acaba el interés del menor? ¿se tuvo éste en cuenta realmente en el caso Paradiso y Campanelli?

Martin Ostos nos da una concepción de lo que puede significar el interés del menor, que lo define como *“aquel principio general inspirador de toda la legislación relativa al menor y que no se concreta en una serie de derechos o garantías particulares, aunque lógicamente también los incluya. Por medio del mismo, el legislador manifiesta su voluntad de aspirar siempre a la consecución del bien superior del menor, por encima de otros intereses con los que pudiera entrar en conflicto.”*⁵³

Aún con esta definición, seguimos sin tener un concepto claro de lo que significa el interés del menor, dado que, a pesar de las definiciones y conceptos que nos ilustra, no termina

⁵³ Martín Ostos, J., op. cit.,47.

por acotar la definición, pero se sigue manteniendo que el principal objetivo es defender el interés del menor ante cualquier otro interés que pueda existir.

La posición que el TS defiende con respecto al interés del menor, es *“el interés superior del niño, o del menor, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial. Pero en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados son lo que se ha denominado «conceptos esencialmente controvertidos», esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio. Este carácter controvertido puede predicarse del «interés superior del menor» cuando el mismo ha de determinarse en supuestos como el aquí enjuiciado”*⁵⁴.

El TS con esta definición nos vuelve a dejar claro, que el interés del menor es un concepto jurídico indeterminado, y que aquí depende únicamente del legislador, el deseo de acotarlo, o dejar esa discrecionalidad a los propios jueces.

La primera y clara conclusión que sacamos tras analizar las diferentes opiniones que hemos descrito, es que estamos ante un concepto jurídico que, en la práctica, en algunas ocasiones puede ser objeto de arbitrariedad.

Resulta contradictorio lo anteriormente descrito, sobre todo, cuando hay leyes tanto estatales, como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁵⁵, como a nivel internacional, como la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁶, o incluso la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁷, que en su

⁵⁴ STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento de Derecho Quinto nº3.

⁵⁵ BOE núm. 15, de 17/01/1996.

⁵⁶ Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

⁵⁷ Diario Oficial de la Unión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. OJ C 202, 7.6.2016.

artículo 24⁵⁸, habla de los derechos de los niños, y en su punto segundo, resaltando el interés del menor como principio prevaleciente.

También podemos hacer una breve referencia a nuestra Constitución Española, en su artículo 39.4 CE⁵⁹, donde vemos que también nuestra Carta Magna da una protección especial, o al menos hace referencia de forma expresa a los menores en este caso.

Profundizando aún más en el texto legislativo, si nos vamos al artículo 2.1⁶⁰ de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, vemos como nuestra legislación vuelve a dar una protección especial al menor.

Pero, ¿realmente se tuvo en cuenta el interés del menor en el Caso Paradiso y Campanelli?

En base a todo lo anteriormente analizado, y viendo la forma en la que los legisladores están tratando el tema, y todo ello sumado a la no permisividad por parte del estado italiano de la técnica de la maternidad subrogada, nos encontramos ante una situación verdaderamente compleja.

La opinión que yo comparto al respecto de esto, es que el análisis que la Gran Sala llevó en su día para reafirmar la decisión que tomó el TEDH, fue una decisión realmente compleja, de gran peso, y que sin duda, detrás tiene una fundamentación jurídica realmente difícil de abordar.

⁵⁸ Artículo 24 CDDFFUE. 1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez.

2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial.

3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses

⁵⁹ 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

⁶⁰ 1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir

A priori, si la sentencia del caso Paradiso y Campanelli se estudia o se lee superficialmente, se puede llegar a pensar que la Gran Sala no ha tenido en cuenta en este caso el interés del menor, ¿por qué?

La Gran Sala está compuesta por magistrados, que naturalmente tratan de velar por el interés general de una sociedad, para evitar que se cometan injusticias y situaciones de abuso.

Es por ello, que, en un primer momento, puede parecer que no se ha tenido en cuenta el interés del menor, ya que, la familia después de viajar a otro país, desembolsar una cantidad de dinero, y poder tener por fin el bebé que esperaban, cuando están de regreso en su país, se encuentran con que las autoridades estatales le quitan a su hijo, y para más inri, lo dieron en adopción, y encima, la conducta está ratificada y avalada por los diferentes organismos europeos, en este caso, el TEDH y la Gran Sala.

Puede parecer en un principio, un hecho deplorable y deleznable, pero merece de un análisis más profundo y con un sentido de miras más allá del caso particular.

Este caso fue muy controvertido, ya que, a la vista de los hechos, los padres de intención, al final se quedan sin su hijo.

¿Qué motivos fueron los que llevaron a que el TEDH y la Gran Sala avalara las actuaciones que realizó el Estado italiano?

Más allá de los anteriormente descritos en el apartado anterior, el interés del menor, y sobre todo la protección de las madres gestantes.

La protección del menor en este caso es el interés principal, que supletoriamente abarca también al de las madres gestantes. ¿Por qué el Estado italiano no dejó que la familia se quedase con el niño en régimen de adopción?

La cuestión parece que no es sencilla del todo, pero, bajo mi criterio personal, yo veo aquí la respuesta a ello.

El hecho que el niño que mediante el tratamiento de la maternidad subrogada se trajo al mundo, tenía la gran particularidad que no contenía carga genética alguna por parte de sus padres, porque, como ya sabemos por las menciones anteriores realizadas, los padres no aportaron, ninguno de los 2, material ADN alguno.

Entonces, la pregunta es la siguiente, ¿por qué tienen que acudir a este tipo de tratamiento, aún sabiendo que en su país es una práctica prohibida o no permitida?

Esta es la cuestión más compleja quizás de entender, porque, al menos documentalmente, no sabemos cual fue la intención de estos padres para preferir acudir a este tipo de tratamiento, antes que, por ejemplo, acudir a una adopción.

Y aquí está la clave del problema, la adopción. Si en este caso concreto, el hijo no tiene carga genética ninguna de los padres, ¿qué sentido tiene tratar de recurrir a esta práctica?

Aún con mi cierta duda, y con mis ciertas inquietudes acerca de este tema en concreto, y tras haber analizado de una forma más que profunda el tema de la gestación subrogada, haciendo una comparativa entre diferentes países con respecto a su legislación, me atrevo a decir que, la Gran Sala, y el TEDH, lo que trata de evitar precisamente, es que, estos casos se den, existiendo mientras tanto otras posibilidades como son la adopción.

En este caso, el interés del menor que se está tratando de proteger no es otro que, mientras existen menores que no tienen una familia con la que convivir, en estos casos concretos, que mediante los mecanismos que tienen los Estados y nuestra zona comunitaria, se traten de evitar estas situaciones, puesto que, prevalece por ejemplo, que ese menor que esté en centro de acogida en una situación a priori peor que si pudiera estar con una familia de adopción, que los padres y madres que quieran recurrir a este tipo de tratamientos, tengan presente esta opción antes.

El sentido que también puede cobrar este tipo de decisiones es la de crear una sociedad más justa y equilibrada, puesto que, bajo mi punto de vista, no tiene sentido que parejas acudan a este tipo de tratamientos, en los que su aportación de material genético es nula, habiendo niños que se encuentren en las condiciones anteriormente descritas.

Es por todo lo anteriormente señalado, que aquí se protege el interés del menor, puesto que, en estos casos, sí que casi podría entenderse que lo que se está haciendo es un comercio con bebés, o una analogía de esta conducta, y por contraposición, un uso indebido de las madres gestantes.

Por parte de todos los Estados, se debe de intentar, que parejas que no aporten ninguna carga genética a los bebés intencionales, que traten de evitar este tipo de tratamientos y técnicas, y que opten por otros recursos como puede ser la adopción. Esta es la única forma de crecer como sociedad de forma justa, y enriqueciéndonos en valores.

8. CONCLUSIONES.

Durante la redacción de este trabajo, hemos podido ir, primero adentrándonos en los conceptos más básicos que debemos conocer para entender desde el primer momento en qué consiste la gestación subrogada, hasta acabar adentrándonos, en legislaciones de otros países, en sentencias, tanto españolas como hasta la de la Gran Sala, haciendo una breve reflexión y análisis, tratando de encontrar los contrapuntos entre las sentencias y lo que las legislaciones y codificaciones de países y de las zonas comunitarias mantienen y defienden.

También hemos podido ir viendo, como el hecho que la técnica de la maternidad subrogada afecta a muchos ámbitos de nuestra vida cotidiana; el más evidente, el legislativo, pero también hemos podido ver y demostrar aquí, o al menos intentarlo, como puede afectar emocional, psicológicamente y ello traducirse o trasladarse a la sociedad, que hemos visto como existen plataformas sociales que están a favor y en contra de este tipo de prácticas.

Sin duda, la sociedad está avanzando y cambiando, y los Estados, irremediablemente, de una forma u otra, deben de ir acompañando estos cambios.

En España, hemos visto como a pesar que esta práctica no está permitida, las familias consiguen tener a un hijo mediante gestación subrogada yéndose a otros países. La consecuencia más directa que tiene este tipo de actos, no es otra, que las familias que tengan dinero y se puedan permitir el pago de este tipo de tratamientos, tendrá acceso a los mismos, viendo satisfechas sus pretensiones, mientras que, las familias que carezcan de estos recursos, no podrán hacerlo.

La falta de una buena base legislativa y jurisprudencial, es la que está haciendo que este tipo de prácticas, a pesar de no estar permitidas en España, se estén llevando a cabo, y, por tanto, haya un desequilibrio presente en nuestro país.

Hemos ido analizando situaciones que se han ido dando en nuestro país, y como, en algunos casos ha habido una denegación por el hecho de ser matrimonio homosexual, y que claramente se apreciase que el bebé que se pretendía inscribir en el Registro Civil, provenía por parte de un tratamiento de gestación subrogada, hasta el particular caso de una madre soltera, existiendo ausencia de paternidad, la sentencia de filiación fue reconocida a todos sus efectos legales.

Vemos que existen graves contradicciones en nuestro país a la hora de la filiación, porque en algunos casos, como los anteriormente mencionados, se han dictado resoluciones contrarias que provenían de una misma situación.

Lo que sí parece claro, a priori, es que, mediante sentencia de filiación, el reconocimiento se puede llevar a cabo con plenos efectos. Más difícil se encuentran las familias que acudan a países que no emitan sentencia de reconocimiento de filiación, pues las trabas burocráticas son mayores, y a efectos de paternidad biológica, la madre en este caso, sufre el perjuicio a efectos legales.

Es necesario que, a nivel internacional, se trate de legislar y de aplicar un criterio común para todos los países, y que, por parte de los altos Tribunales, se acabe la práctica que hasta ahora se esté llevando, de dejar este tema al margen o discrecionalidad de los Estados.

El hecho de tener un marco legislativo común para todos los países, o al menos para la gran mayoría, supone no únicamente una igualdad de oportunidades a la hora de tener acceso a la gestación subrogada, sino, a la misma vez, velar también por los intereses de los menores, así como los intereses también de las madres gestantes.

Los Estados, Europa, y el resto de países del mundo en general, deben de realizar un pacto común acerca de este asunto, en aras de construir una sociedad mejor, que nos haga a todos más iguales, que nos haga ver que no todo en este mundo se puede comprar por dinero, y que en determinadas ocasiones, existen alternativas igual de válidas para poder tener un hijo y formar una familia, y que con ese tipo de acciones que se llevarían a cabo, estaríamos en beneficio de evitar que miles de niños y mujeres, tengan que verse sometidos a procedimientos que en la gran mayoría no van a ser deseados por parte de ellos.

Hay que evolucionar como sociedad, pero de forma equitativa, permitiendo este tipo de contratos, pero acotando límites que pueden poner en juego valores como la ética, la moral, y otras muchas situaciones que eviten tener a una sociedad dividida, y que todo beneficio sea en pro de la misma.

9. BIBLIOGRAFÍA.

Álvarez Toledo De Quintana, L. “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, Cuadernos de Derecho Transnacional, N 2 (octubre 2014).

Álvarez González, S. Reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Pp. 78-90.

Álvarez González, S. (2014) “Balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa.” La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado. Madrid, pp. 61-74.

Álvarez González, S. “Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho Civil)”. Boletim da Faculdade de Direito. Universidad de Coimbra. Portugal.

Álvarez González, S. “Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución”. Mujer, maternidad y Derecho, V Congreso sobre la feminización del Derecho Privado. Pp. 613-647.

Álvarez González, S. “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, Anuario español de derecho internacional privado, 2010. Pp. 339-377.g

Avilés Moreira, J. “Gestación por sustitución: cambios en el reconocimiento de la filiación”, Revista Electrónica de Derecho y Ciencia, N 1 (2016).

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

B. Scotti, L. “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas.” Revista Pensar en Derecho. Pp. 267-289.

Durán Ayago, A. “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España.” Anuario Español de Derecho Internacional Privado, ISSN 1578-3138, N°. 12, 2012, págs. 265-308. Dialnet.

Durán Ayago, A. "El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", Anuario español de derecho internacional privado, 2012. Pp. 265-308.

Garibo Peyró, A. El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada. Cuadernos de Bioética XXVIII 2017/2ª. Pp. 245-259. Disponible online: <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/245.pdf>

Gutton, I.: "Gestación subrogada en Portugal: ley y condiciones para extranjeros", 2017. Disponible online: <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-portugal/>

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

Lamm, E. "Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del TEDH y su impacto", Ars Iuris Salmanticensis, N 2 (2014).

Lamm, E. "Gestación por sustitución. Realidad y derecho", Indret: Revista para el Análisis del Derecho, 2012.

Rodrigo, A.: "¿Qué es la gestación subrogada?", 2017. Disponible online: <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada/#tipos-de-gestacion-subrogada>

Salido Sorlí, F.: "Ventajas de la gestación subrogada en Grecia", 2017. Disponible online: <http://subrogrecia.com/ventajas-de-la-gestacion-subrogada-en-grecia/>

Salvador, Z.: "Gestación subrogada en Rusia: legislación, precio y filiación", 2017. Disponible online: <https://www.babygest.es/rusia/>

Sospedra Fontana, A. "La gestación subrogada en España". Cuestiones de Interés Jurídico, ISSN 2549-8402, IDIBE, julio 2018.

Vela Sánchez, A.J. "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España", Diario La Ley, N 7815 (2012).

ANEXO I.

LEGISLACIÓN Y NORMATIVA.

Constitución Española.

Código Civil Español.

Código Penal Español.

Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley 3089/2002 sobre la Asistencia Médica a la Reproducción Humana.

Ley 3305/2005.

Ley 25/2016.

Código de Familia de la Federación de Rusia de 1995.

Ley Federal No 323-FZ, de 21 de noviembre de 2011, sobre los Fundamentos de la Protección de la Salud de los Ciudadanos de la Federación de Rusia.

Ley Federal sobre actos de Registro del Estado Civil de 1977.

Orden N 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia sobre la aplicación de técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad masculina y femenina de 2003.

Código de Familia de Ucrania.

Orden 771 del Ministerio de Salud.

Resolución 2.121/2015.

THE SURROGACY (REGULATION) BILL, 2016.

Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana y Asistida.

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

Instrucción de la Dirección General de Registros del Notariado de 5 de octubre de 2010.

Instrucción de 14 de febrero de 2019 de la Dirección General de Registros del Notariado.

Instrucción de 18 de febrero de 2019 de la Dirección General de Registros del Notariado.

BOE. PROPOSICIÓN DE LEY 122/000117. 8 de septiembre de 2017 Núm. 145-1.

BOE. PROPOSICIÓN DE LEY 122/000015. 16 de julio de 2019 Núm. 46-1.

Sentencia de la AP de Valencia, Sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011.

Poder Judicial. Id Cendoj: 28115410012012200001.

CASE OF PARADISO AND CAMPANELLI v. ITALY (Application no. 25358/12).

STS de 6 de febrero de 2014.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.