GESTACION POR SUSTITUCION

Por Francisco Javier Pérez-Olleros Sánchez-Bordona

16 de Abril de 2017

La imposibilidad de cumplir con el deseo de tener un hijo puede dar lugar a una frustación, que puede llegar a ser patológica y a no aceptar los propios límites. Debido a la esterilidad de Sara, cuenta la Biblia que ésta empujó a su marido Abraham a tener descendencia a través de su sierva Agar.

La filiación frustrada ha sido también causa de abusos inaceptables, como los protagonizados con relación a la sustracción de menores a familias o madres con escasos recursos, en favor de otras familias acomodadas y de distinta posición social o ideológica.

Los avances de la ciencia en materia de reproducción, el retraso en la decisión de tener un hijo, entre otros por las circunstancias laborales actuales, el aumento de la infertilidad humana, y el deseo de tener un hijo de parejas L.G.B.T.I.[1], han abierto nuevos debates respecto de los límites de la aplicación de algunas de estas técnicas en la procreación humana, como es el de la gestación por sustitución, sobre ello trata este artículo.

[1] LGBTI son las siglas con las que generalmente viene a referirse, en el concepto de diversidad sexual y de género, a la globalidad de personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales.

SUMARIO: I.- FILIACIÓN. II.- GESTACION POR SUSTITUCION
III.- CONVENIO GESTACIONAL.

I.- FILIACIÓN

La filiación es el estado civil en virtud del cual una persona es hijo o hija de otra.

Según el Código Civil español, la filiación puede generarse en España por naturaleza o por adopción, y en la primera se distingue entre la matrimonial y la no matrimonial (artículo 108 del Código Civil, en adelante CC-).

En España la filiación por naturaleza, respecto de la madre, deriva de la gestación. Pero actualmente no es correcto decir siempre que madre sólo hay una.

Existe la posibilidad de que haya dos madres en supuestos de fecundación in vitro con mujeres casadas, cuando la fecundación se realiza con el óvulo de una y semen de un donante, y la gestación se lleva a cabo en el útero de la otra (técnica de reproducción asistida llamada ROPA, prevista en el artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida- LTRHA, en adelante-).

La filiación natural con el padre puede derivar del vínculo genético o gameto que fecunda el óvulo, por cópula natural o con tecnicas de reproducción asistida humana, y también puede derivar del mero reconocimiento del hijo como propio ante el encargado del Registro Civil al inscribir el nacimiento, en testamento o en otro documento público, o por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil, o por sentencia firme (artículos 113,115 a 118, y 120 del CC).

El criterio básico para la determinación de la filiación natural ha venido siendo la verdad biológica como hecho determinante de la filiación, aunque no fuere el único, como son otras consideraciones, en la reproducción asistida, como la posesión de estado, o el acogimiento o la guarda en la adopción.

El artíiculo 131 del CC seña que: "*Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada*".

La sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 5 de diciembre de 2013 (Recurso de Casación número 134/2012), de la que es ponente el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana.

Se trató de una pareja de mujeres, con una hija en común concebida por fecundación in vitro y adoptada por una de ellas que, posteriormente, acuden de nuevo a estas técnicas de reproducción asistida, firmando ambas el consentimiento informado en la clínica el 16 de marzo de 2007. Con posterioridad, el 3 de agosto de 2007 contraen matrimonio y tienen dos hijas el 14 de diciembre de 2007 que son inscritas en el Registro Civil solo con la filiación materna como de madre soltera. La madre biológica insta expediente de rectificación de error accediéndose solo a la rectificación en cuanto al matrimonio, sin inscribir la filiación de su pareja. Tras la ruptura de la pareja, la madre no biológica reclama la filiación por posesión de estado que es estimada tanto en primera instancia como en la Audiencia Provincial por la existencia de la voluntad libre y manifestada por ambas del deseo de ser madres. La madre biológica interpuso recurso de casación.

El Tribunal Supremo consideró el consentimiento firmado por ambas para la fecundación in vitro como título de atribución de la filiación, reforzado en el caso por la posesión de estado, y por el interés de las menores, y por la estabilidad de la unidad familiar.

Las técnicas de inseminación artificial o fecundación in vitro pueden ser homólogas, cuando ambos gametos son de la pareja, o heterólogas, cuando uno de los gametos o ambos proceden de donación de un tercero, y por lo tanto en la procreación podrían intervenir más de dos personas.

El nacimiento determina la personalidad, pero el concebido y no nacido (nasciturus), se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo 30 del CC. Es decir, siempre que nazca con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno. (artículo 29 del CC).

En la filiación por adopción se sustituye la procreación por el procedimiento de adopción, que culmina con la firmeza de una resolución judicial que la establece, sin tener en cuenta ninguna consideración biológica.

Los efectos de la determinación de la filiación son, fundamentalmente cinco: a) El surgimiento de la patria potestad (artículo 154 del CC). b) El derecho al nombre civil y a los apellidos, atributo de la personalidad mediante los cuales se individualiza a la persona y se la distingue de las demás desde su nacimiento (artículo 50 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil). c) La nacionalidad de origen (artículo 17 del CC). d) El derecho/deber de prestar alimentos (artículos 93 y 143 del CC). e) El derecho a suceder (artículo 745 del CC).

Produce efectos desde que tiene lugar, y se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado (artículo 113 del CC).

Para la admisión de prueba distinta a su inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil. No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulta acreditada otra contradictoria.

El artículo 23 de la ley del Registro Civil de 1957, vigente hasta el 30 de junio de 2017, señala que "*también podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española".*

Salvo que se prorroge su vacatio legis, el reconocimiento incidental de las certificaciones de filiación de Registros extranjeros se regulará por el artículo 98 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante LCR), y sólo podrá reconocerse si no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español. Y conforme al artículo 96 de la LRC, la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar sólo previa superación del trámite del exequátur.

La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, señala el artículo 7.1 de la LTRHA (fundamentalmente Código Civil y Ley del Registro Civil), sin perjuicio de lo establecido en el artículo 8 respecto de la imposibilidad de impugnación de la mujer progenitora, ni del marido, cuando hayan prestado el consentimiento a la fecundación con contribución de donante o donantes; y la determinación legal de la filiación, en el caso de premoriencia regulado en el artículo 9 de la LTRHA; y en el artículo 10 respecto de la gestación por sustitución, todos ellos de la LTRHA; y lo ya referido para los casos de mujeres casadas que acudieran a la procreación por el método ROPA, respecto de la que se aplicará el también reformado artículo 44.5 de la LCR, que prácticamente reproduce el artículo 7.3 de la LTRHA.

II.- GESTACION POR SUSTITUCION

La gestión por sustitución, también conocida como maternidad subrogada o vientre de alquiler, se entiende como el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño o varios, gestado por la contratación de una mujer, que se compromete a gestar un bebé, con la obligación de entregarlo a los comitentes o promotores de la gestación cuando nazca, y a que éste sea filiado a favor de los comitentes o promotores de dicha gestación, pudiendo ser un solo comitente o una pareja los que la promuevan, heterosexual u homosexual, pudiendo estar casados o no.

Se trata de un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial o fecundación in vitro), homóloga, es decir, con los gametos (espermatozoides y óvulos) provenientes del varón y de la mujer de la pareja comitente ligada por vínculo matrimonial o more uxorio; o heteróloga mediante donación de semen y/o óvulos de terceros, o de un preembrión.

El término preembrión se incorporó a nuestra legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida, actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, para diferenciar los primeros 14 días de desarrollo del embrión o cigoto humano del resto. Sólo en esta primera etapa embrionaria se admite una intervención con fines terapeúticos, de investigación y reproductivos.

Con la filiación mediante gestación por sustitución heteróloga, se admitiría una filiación sin vinculación por gestación personal y sin vinculación genética.

En España la gestación por sustitución, llámese como se llame, está prohibida.

En concreto el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), dice:

"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 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 las reglas generales".

Por lo tanto, el artículo 10, en sus puntos 2 y 3, de la LTRHA, señala que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución

será determinada por el parto, y queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Si la LTRHA no permite la subrogación de útero, en territorio español, la pareja o el matrimonio homosexual masculino sólo puede tener un hijo común mediante la adopción.

Además, se puede castigar penalmente como delito contra las relaciones familiares según lo establecido en el artículo 221 del Código Penal, que castiga el delito de tráfico de menores, y la reprochabilidad penal se extiende en el artículo 222 del mismo cuerpo legal, al que realice esta actividad sanitaria o socio-sanitaria.

Señala el artículo 221 del Código Penal que :

"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 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".

Y el artículo 222 del Código Penal señala que:

"El educador, facultativo, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores, incurrirá en la pena en ellos señalada y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años.

A los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria".

Fue noticia en un períodico de gran difusión nacional, en noviembre de 2016, que una joven y una pareja de peluqueros gays,

fueron detenidos por alquilar un vientre por 10.000 euros para tener una niña, nacida en Villamartín (Cádiz), que la pareja se llevó a Vícar con tres días de vida. La joven, de 28 años, dio a luz, y según fuentes de la Guardia Civil planeaba hacerlo de nuevo. Al parecer obtuvo diez mil euros por gestar un bebé y ceder la niña recién nacida a la pareja de dos hombres, residentes en Almería.

(*http://www.elmundo.es/andalucia/2016/11/29/583d4358468aebd74e8b45f0.html).*

En la Unión Europea, el Parlamento Europeo siempre ha sido contrario a la maternidad subrogada. En su resolución (A-2-372/88) aprobada el 16 de marzo de 1989 en su punto 11 mantuvo que toda forma de maternidad bajo comisión fuese prohibida y se declarase punible la mediación comercial. También en su Informe Anual de Derechos Humanos y Democracia en el Mundo 2014, condenó la práctica de la gestación por sustitución, y la declara contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres en países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos.

De otra parte, el Consejo de Europa ha rechazado por dos veces aprobar la posibilidad de regular la maternidad subrogada.

El 23 de noviembre de 2015, la Comisión de Asuntos Sociales del Consejo de Europa, reunida en París, decidió posponer sine die, el examen de un proyecto de resolución sobre la maternidad subrogada, por estimar que potencialmente no cumplía las normas deontológicas de la Asamblea parlamentaria. Pero se volvió a presentar un nuevo proyecto de resolución sobre la subrogación presentada por el senador belga transexual Dr. Petra De Sutter (Grupo Socialista), y la Comisión de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE) volvió a rechazarlo el 21 de septiembre de 2016, con 83 'no' y 77 'sí', proponiendo a la vez un proyecto de Recomendación al Comité de Ministros para elaborar directrices europeas para salvaguardar los derechos de los niños en relación con los acuerdos de subrogación.

En concreto, veamos cómo está legislado y qué ocurre en los países colindantes con el nuestro.

En Portugal, conforme a la Ley n.º 25/2016, de 22 de agosto, el convenio de gestación por sustitución es aquel por el que una mujer se dispone a soportar un embarazo por cuenta de otros y a entregar al niño después del parto, renunciando a los poderes y deberes propios de la maternidad.

El convenio gestacional, en Portugal tiene carácter excepcional, y se formalizará en contrato escrito —supervisado por el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida—, y se realizará con anterioridad al embarazo de la mujer gestante, generado exclusivamente mediante inseminación artificial.

Sólo pueden ser beneficiarios de este convenio procreativo las parejas casadas o de hecho de sexo diferente o de mujeres, así como todas las mujeres independientemente del estado civil y de la respectiva orientación sexual. La mujer gestante basta con que tenga 18 años, buen y justificado estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar.

El convenio de gestación por sustitución en Portugal sólo será posible en los casos de ausencia de útero, de lesión o enfermedad de este órgano que impida de forma absoluta y definitiva el embarazo de la mujer beneficiaria o en situaciones clínicas que lo justifiquen. Se precisa que se usen los gametos de, al menos, uno de los beneficiarios, sin que, en ningún caso, pueda usarse el material reproductor de la mujer gestante.

El convenio gestacional en Portugal no puede tener carácter oneroso (a diferencia de en Grecia), de modo que la mujer gestante sólo tendrá derecho al resarcimiento de los gastos derivados de la asistencia sanitaria recibida, incluyendo los gastos de transporte. El consentimiento de las partes deberá ser libre, claro, por escrito y debidamente informado de las implicaciones éticas, médicas, sociales y jurídicas probables. Se trata de un consentimiento irrevocable desde que se inicia la técnica reproductiva, por lo que el niño así nacido será considerado como hijo de los beneficiarios. El convenio gestacional contendrá, obligatoriamente, las disposiciones a observar en caso de concurrencia de malformaciones o enfermedades del feto y de eventual interrupción voluntaria del embarazo, derecho este último del que no puede ser privado la mujer gestante si concurren las circunstancias legalmente fijadas.

En Francia la gestación subrogada es un delito no sólo para los comitentes o promotores, sino para las agencias intermediarias y para los profesionales y clínicas que se prestan a ello, y se agrava si los hechos se producen con una intención de lucro o de forma habitual.

En el Reino Unido (teniendo en cuenta que Gibraltar es un territorio británico de ultramar), está prohibida la subrogación comercial, pero no la voluntaria, y el convenio de gestación no es vinculante. La madre subrogada es la madre legal de la criatura, siempre que no haya cedido su condición, después de haber dado a luz, transfiriendo así sus derechos a los padres contratantes. Los comitentes tienen hasta 6 meses para solicitar la paternidad. Una vez nacido el niño y para finalizar el proceso, los nuevos padres deben

iniciar los trámites de adopción que les transfieran su potestad. En el reino Unido se considera delito anunciarse como madre sustituta.

De otro lado, los países islámicos como Marruecos consideran inamovible la filiación biológica por imposición religiosa de la Sharia islámica, sin perjuicio de la existencia de instituciones protectoras del menor como la Kafala con valor de simple acogimiento familiar para España (artículo 34.1 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional).

A nivel mundial, California es el Estado de EEUU más permisivo con la gestación comercial, y el que lleva más años realizándola. El proceso cuesta alrededor de 130.000 dólares, si no surge ninguna complicación médica en el embarazo. La decisión judicial californiana, que es la que confirma los derechos de los padres, y es necesaria para la expedición de los certificados de nacimiento. Los documentos extranjeros que se aportan son las certificaciones de nacimiento de los menores emitidos por la autoridad administrativa del Registro norteamericana (The California Office of Vital Records) para el reconocimiento de la eficacia probatoria registral (fe pública registral). La expedición de tales documentos, empero, es ordenada por los tribunales civiles de California con anterioridad al nacimiento de los menores (pre-birth judgement).

En España, aun considerando la gestación subrogada como un contrato atípico, sería de aplicación al mismo las limitaciones del artículo 1255 del Código Civil (en adelante CC), al hacer referencia a pactos contrarios a las leyes, la moral y el orden público. El objeto del contrato sería un hijo, es decir un niño, lo que está fuera del comercio de los hombres aún como niño futuro, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1271 del CC. Y por otra parte los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1275 del CC. Y es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o la moral, como el presente caso sería el contrato de encargo de fecundación y gestación en el vientre de otra mujer, con precio o por simple compensación por las molestias.

No obstante se viene trasladando a la opinión pública desde un sector interesado de la ciudadanía, la idea de que la gestión por sustitución no está regulada en España, incluso que no está permitida pero tampoco prohibida, lo que es totalmente incierto.

En nuestro país, aunque está prohibida, es cierto que se reconoce incidentalmente, de forma fraudulenta, en ciertos casos en que es practicada y reconocida en el extranjero, al inscribir la filiación en el Registro Civil español, siempre que esté determinada judicialmente en el país de origen del niño.

El debate sobre la regulación de la gestión por sustitución no es nuevo, y ya se introdujo en la tramitación parlamentaria de la vigente

Ley que regula las técnicas de reproducción humana asistida en España, y en la que regula el Registro Civil, junto con el de otras técnicas de reproducción asistida humana también conflictivas éticamente, como la reproducción humana asistida con donación de preembriones, que si se han permitido en la LTRHA.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es contraria a este reconocimiento incidental fraudulento mediante la vía de hecho del reconocimiento registral.

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014**, que ratificaba el criterio de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 (número 8621/2011), y del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, en su Sentencia de 15 de septiembre de 2010, determinaron que no cabe registrar en el Registro Civil español una filiación obtenida mediante la gestación por sustitución, dado que "*infringe el orden público internacional español, vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño así nacido, mercantiliza la gestación y la filiación, y permite la explotación de las mujeres pobres*".

En el caso de esta sentencia, en el certificado de nacimiento emitido por el Estado de California constaba que los padres de los dos niños eran dos hombres, y consecuentemente solicitaron la inscripción de nacimiento en el Registro Consular de España en California. El canciller encargado del Registro Civil Consular denegó en el año 2008 la inscripción, afirmando que el contrato era nulo de pleno derecho, y la persona gestante debía considerarse madre legal del niño, y que para la procreación, era necesaria la concurrencia de una mujer que aportase sus óvulos que lleva a cabo la gestación; en consecuencia, resolvió que era imposible que los dos varones fueran padres de los niños, por lo que no se cumplían dos de los requisitos establecidos en el artículo 23 de la Ley del Registro Civil: la conformidad con el derecho español y la realidad derecho inscrito.

Señalar que en aquella fecha, de conformidad con el artículo 23 de la Ley del Registro Civil de 1957, la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado sobre inscripción de nacimiento habido fuera de España exigía tres requisitos: certificación del registro extranjero, la realidad derecho inscrito y conformidad con la ley española.

Sin embargo, con posterioridad al año 2008 se dictó una Instrucción de la misma Dirección General del Registro y Notariado, en concreto, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, que modificó la posición de ésta sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Esta instrucción se publicó en el BOE de 7 de octubre de 2010.

Esta Instrucción del año 2010 de la DGRN, rectifica el criterio seguido con anterioridad en la Resolución de 18 de febrero de 2009, al reconocer la eficacia en España de las resoluciones extranjeras que determinan la filiación mediante gestación por sustitución mediante su directa "homologación" e inscripción en el Registro Civil español, si bien requiere como requisito la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por tribunal competente en la que se determine la filiación del recién nacido, pues dicha resolución se supone que garantizaría que el consentimiento de la gestante se habría producido informada, libre y voluntariamente, y sin perjuicio para el menor.

Ello suponía que en todos aquellos casos en los que la relación de filiación hubiera sido determinada en el extranjero a través de una resolución judicial, el título inscribible sería ésta última, y no una eventual certificación registral que trajera causa de aquella.

No obstante se ha criticado esta Instrucción de 2010 de la DGRN por posible vulneración de normas de rango superior, como es el artículo 23 de la Ley del Registro Civil de 1957, y por permitir un reconocimiento incidental por el encargado del Registro Civil, que en realidad correspondía al Juzgado de Primera Instancia mediante el correspondiente Exequatur, sin perjuicio de que no se entiende que se reconozca una resolución o certificación extranjera que vulnera el orden público español según el criterio del Tribunal Supremo Español.

De hecho, **también la Sentencia de 13 de marzo de 2017 (Roj: STSJ M 1247/2017), dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mantuvo la denegación de un salvoconducto a los padres españoles que pretendían traerse al nacido por gestación por sustitución en Rusia**, sin que existiera una sentencia de un Tribunal de la Federación que determinara la filiación a su favor, pese al agravio comparativo que entre otros se alegó por los solicitantes respecto de otras personas públicamente conocidas de los que se sabe que también sus hijos son "producto" de programas de maternidad subrogada, señalando dicha Sala que sólo cabe el reconocimiento de los derechos de los menores y de quienes hayan sido establecidos como progenitores a través de los procedimientos legalmente establecidos, y la imposiblidad del traslado a España del menor se basó en la inexistencia de una resolución de los órganos judiciales de la Federación Rusa (Fundamento de Derecho octavo).

La Instrucción de la Dirección General del Registro y del Notariado del 2010, exige para la inscripción de la filiación en el registro civil español, homologando incidentalmente la certificación de la inscripción del registro civil del país de origen, una resolución judicial de tribunal competente de dicho país que la ordene, y la firmeza de la misma, y que esta se dictó con criterios competenciales equivalentes a la legislación española, garantizando la debida

aplicación de la legislación de ese país, los derechos procesales de las partes, y en particular, de la madre gestante, y que no se hubiera producido una vulneración del interés superior del menor, y en especial que verificara que el consentimiento de ésta última se había obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

Tras las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en fecha 26 de junio de 2014, la Dirección General de los Registros y del Notariado emite **informe, de fecha 11 de julio de 2014**, **señalando que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 estaba vigente**, por lo que debía seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribible unidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, señalando el informe que **la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituyeron obstáculo legal para ello.**

Esta postura de la Dirección General del Registro y del Notariado ha sido una de las causas por la que en España ha venido siendo una contradicción jurídica, puesto que es un delito tipificado en el artículo 221 del Código Penal español contratar un vientre de alquiler y, sin embargo, se inscribe en el Registro Civil a los recién nacidos que se tienen mediante gestación por sustitución en el extranjero, siempre que la filiación venga avalada por una resolución judicial reconocida dictada por tribunal competente del país donde se lleva a cabo la gestación por sustitución, en la que se determine la filiación del nacido, siempre que el encargado del Registro civil incidentalmente entienda que tal resolución judicial firme puede ser reconocida en España.

Sin embargo, el Tribunal Supremo de España mantuvo el criterio de su Sentencia de 6 de febrero de 2014, en el **Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015,** número de recurso 245/2012, dictado por la Sala de lo Civil en Pleno en incidente de nulidad interpuesto contra la Sentencia de 6 de febrero de 2014, al haber dictado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en fecha 26 de junio de 2014, sentencia relativas a este asunto, y en concreto en los asuntos 65192/11 (Mennesson contra Francia) y 65941/11 (Labasseé contra Francia): **"*el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico*".**

Actualmente el fundamento en la doctrina de la Dirección General del Registro y del Notariado en la jurisprudencia del TEDH ya no se sostiene, tras la posterior doctrina de la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo, contenida en la Sentencia de 24 de enero de 2017, en el caso "Paradiso y Campanelli vs. Italia", que es

análoga a la del Tribunal de Casación Francés, y que coincide con la del Tribunal Supremo Español referida.

En los asuntos de las Sentencias de 26 de junio de 2014 del Tribunal de Casación Francés, se trataba de dos matrimonios franceses apellidados Mennesson y Labasseé, que contrataron en California sendas gestaciones por sustitución, por implantación de embriones en el útero de otras mujeres. De dichas gestaciones nacieron en un caso, dos niñas gemelas y, en el otro, una niña.

Las autoridades judiciales francesas se negaron a inscribir en el Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños por considerar que tal medida era **contraria al orden público francés, que establece la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas (artículos 16-7 y 16-8 del CC francés).** En uno de los casos, también se negaron a inscribir un acta de notoriedad de la relación de filiación otorgada porque los comitentes habían cuidado a la niña desde su nacimiento, pues consideraron que la posesión de estado de las personas que alegaban los demandantes y el acta de notoriedad estaban viciadas por defecto en su origen, defecto que consistía en la nulidad del contrato de gestación por subrogación, que tenía carácter fraudulento.

Interpuestos recursos de casación en los dos casos, en los que los recurrentes invocaron el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (respeto a la vida privada y familiar) por los inconvenientes que para el núcleo familiar y el perjuicio que para el interés superior del menor se derivaban de no poder obtener en Francia el reconocimiento de una filiación legalmente reconocida en el extranjero, el Tribunal de Casación francés consideró que **la gestación por sustitución impide absolutamente el establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes, sea mediante la inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sea mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación fundada en que los solicitantes han criado y educado al niño desde su nacimiento, sea mediante la constatación de la filiación biológica paterna, sea mediante la adopción.**

El Tribunal de Casación francés manifestó que en presencia de este fraude, ni el interés superior del niño garantizado por el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ni el respeto a la vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos podían ser invocados útilmente.

El Tribunal de Estrasburgo, en las sentencias Labassee y Mennesson de 2014, no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto

de la vida privada de esos menores. Lo que realmente afirma es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir. Ese estatus debe ser fijado conforme a las normas esenciales del orden público internacional del Estado en cuestión sobre filiación y estado civil, siempre que sean compatibles con esta exigencia, como lo son en el ordenamiento jurídico español (así lo interpreta la Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de marzo de 2017 - ROJ: STSJ M 1247/2017-).

En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor.

El Criterio del TEDH ha variado con la Sentencia de la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos de 24 de enero de 2017, en el caso “Paradiso y Campanelli vs. Italia”, consideró que la decisión de los tribunales italianos de quitar la tenencia de un niño a quienes celebraron un contrato de maternidad subrogada y no poseen vínculo biológico con el niño no constituye una violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos -CEDH, en adelante-(respeto a la vida privada y familiar), revocando la Sentencia que había dictado una Sala de la Segunda Sección de la misma Corte Europea de Derechos Humanos el 27 de enero de 2015.

Como curiosidad señalar que empresa intermediaria (Agencia "Rosjurconsulting") del caso Italiano de la STEDH de 27 de enero de 2017 fue la misma que la del caso español que fue conocido por la Sección 1 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superor de Justicia de Madrid, en su Sentencia de 13 de marzo de 2017, que mantuvo la procedencia de la denegación de la expedición de un salvoconducto por el Consulado General de España en Moscú, de un niño nacido por gestación por sustitución, no español, cuya protección internacional tuviera que ser asumida por España, siendo la madre del mismo conocida, y no existiendo ningún vínculo biológico del menor con los solicitantes, reconociendo los recurrentes que el menor es fruto de un proceso de maternidad subrogada sin vínculo genético. Alegaban además los recurrentes en este supuesto que la maternidad subrogada está plenamente implantada en Rusia y que cuenta con una normativa de desarrollo que incluye un trámite administrativo, que no judicial, para acreditar la filiación de los menores nacidos por estos procedimientos de gestación.

Precisamente al no existir una resolución judicial dictada por un tribunal competente del país de origen por no existir un procedimiento judicial en ese país que supervise la legalidad del procedimiento de

gestación subrogada, y que no se esté encubriendo un tráfico de niños, es por lo que ni siquiera por la Instrucción de la Dirección General del Registro y Notariado de 5 de octubre de 2010 podía ser inscrita en el Registro Civil consular la filiación a favor de los comitentes o padres intencionales de la gestación por sustitución promovida.

El caso Paradiso y Campanelli fue el siguiente: una pareja italiana (los comitentes) celebró un contrato de maternidad subrogada con una mujer en Rusia a través de una compañía de servicios reproductivos y abonó la suma de 50.000 euros. El niño nació el 27 de febrero de 2011 y los comitentes presentaron ante el consulado italiano en Rusia un certificado de nacimiento del niño como hijo suyo, previo consentimiento de la madre gestante. Una vez que regresaran a Italia, el 30 de abril de 2011, el Consulado italiano en Moscú denunció que los requirentes habían falsificado el certificado de nacimiento. Se inició una acción judicial y se determinó que la Sra. Paradiso no era la madre genética del niño, que el óvulo provenía de una mujer desconocida, que los tests genéticos mostraron que tampoco había vínculo genético entre el Sr. Paradiso y el niño, que la pareja pagó una suma considerable de dinero, y que no había pruebas de que los gametos del Sr. Paradiso habieran sido llevados a Rusia. La única certeza era la identidad de la madre subrogante, que no era madre genética y que había cedido los derechos sobre el niño, después del nacimiento. A partir de estos elementos, por Sentencia del 20 de octubre de 2011, un juzgado de minoridad de Campobasso decidió quitar a los comitentes la custodia del niño, ordenar que se realice un nuevo certificado de nacimiento que indique que el niño nació en Rusia y que sus padres eran desconocidos e iniciar el trámite de adopción. Finalmente, el niño, fue adoptado por otra pareja.

Para la Gran Sala de la Corte Europea (TEDH, en adelante), no existía en este caso vida familiar, incluso de hecho, entre los peticionarios y el niño, por la ausencia de vínculo biológico entre ellos, la corta duración de la relación y la “incertidumbre” de los lazos desde una perspectiva jurídica, y que “a pesar de la existencia de un proyecto parental y la calidad de los vínculos emocionales”, sólo la vida privada del peticionario había sido afectada por el retiro del niño. sin que ese hecho significara una violación de sus derechos en el sentido del artículo 8 CEDH.

La Gran Sala entendió legítima la retirada del niño para la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades de los demás, en particular la protección de los hijos en lo que respecta a la filiación, alterando la prioridad de intereses que habían manifestado las sentencias de 2014. Además, consideró que las autoridades italianas habían alcanzado un equilibrio justo entre los diferentes intereses en juego, manteniéndose dentro del amplio margen de apreciación de disponen los Estados para regular esta materia.

Entendió que era legítimo retirar al niño, pues permitir que el niño se filiara con los comitentes o promotores habría conllegado legalizar la situación creada por ellos con violación de importantes normas del derecho italiano.

En esta Sentencia de 24 de enero de 2017 el TEDH recuerda que la Convención no reconoce el derecho a ser padre, y que los intereses públicos prevalecen sobre el deseo de ser padres de los comitentes.

La Sentencia de la Gran Sala del TEDH es importante no sólo porque devuelve a los Estados la legitimidad para establecer medidas efectivas que salvaguarden la legislación sobre filiación, sino también porque pone de manifiesto el problema de la inexistencia de una Convención Internacional sobre este tema, que posibilita a los promotores y comitentes la generación de situaciones de hecho, que sirven de chantaje moral o presión a sus propias autoridades para legalizar sus actuaciones contrarias a su legislación nacional.

En España, la fraudulenta actuación internacional de las personas que contratan una gestación por sustitución en el extranjero, y la inscripción en el Registro Civil español de estas filiaciones, determina que se presente a los jueces una pugna de intereses en juego, de dificil solución, por la importancia de todos ellos, como es el interés del menor o menores, el interés público la dignidad de las mujeres, el estado de derecho y la seguridad jurídica, así como la explotación de la necesidad o la probreza internacional.

Por tanto, frente al hecho consumado de una maternidad subrogada, hay que distinguir dos planos muy distintos, a saber, el jurídico atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida, y la violación del orden público nacional, e incluso de nuestro entorno internacional, y el humano de la situación de los niños afectados.

En el caso de la Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2017 la situación creada para el niño fue consecuencia de la fraudulenta actuación de los comitentes o promotores, que para satisfacer su deseo encargaron y pagaron una gestión sugrogada a una empresa intermediaria, lo que era una conducta contraria a la legislación italiana, colocando así al menor en una situación jurídica incierta. La Corte tuvo en cuenta la rápida reacción de las autoridades italianas para suspender la autoridad parental e iniciar de inmediato el proceso para la adopción.

III.- CONVENIO GESTACIONAL

La gestación por sustitución se suele concertar con una empresa o agencia intermediaria, con la que se establecen las condiciones de la gestación y el precio, y un segundo contrato con la madre gestante. El precio total puede variar entre los 35.000€ y 150.000€ dependiendo del país en el que se lleve a cabo y de los requerimientos particulares de los promotores, comitentes, también llamados padres de intención.

Las agencias intermediarias son empresas que se encargan de seleccionar a las mujeres que se prestan para gestar al hijo, y se encargan de realizar la selección de la gestante, el médico o clínica que supervisará todo el proceso, y será el enlace con el país y la que asesore a los comitentes.

Según la legislación española, en un proceso de gestación subrogada, la madre legal del menor es la mujer que da a luz. Sin embargo, en los destinos en los que la gestación subrogada está permitida, la madre legal normalmente es la mujer o el padre con intención de tener el hijo.

En cuanto al posible reconocimiento de la filiación en el país donde se produce la gestación, hay que distinguir entre países que con procedimiento judicial de gestación por sustitución, con reconocimiento de la filiación por resolución judicial, de los países en los que no existe tal procedimiento, en cuyo caso la certificación registral extranjera probablemente no será incidentalmente reconocida por el encargado del Registro Civil Consular español, como ocurrió en el caso de Rusia conocido por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superor de Justicia de Madrid, en su Sentencia de 13 de marzo de 2017 a que nos referimos anteriormente.

De los países que permiten la gestación subrogada, por la posibilidad de tráfico de niños, y porque es difícil controlar que el consentimiento no proceda de una presión o coacción a la mujer, y con el fin de evitar el turismo reproductivo, es por lo que algunos sólo la permiten para sus nacionales.

Ocurrió en México, en concreto en Tabasco, que cambió la legislación en el año 2015, afectando a algunas parejas españolas inmersas en el proceso de gestación por sustitución, al modificarse ese año la legislación, para pasar a prohibirla para los extranjeros. Por lo que los que estaban en proceso, no pudieron inscribir a su nombre la filiación de los niños así nacidos, ni traerlos a España, encontrándose tales niños en un “limbo jurídico”.

Por otra parte, es difícil pensar que una mujer gestante lo haga totalmente de forma altruista. De hecho sería curioso, que a modo de prueba, se abriera una bolsa de voluntarias para gestación por sustitución altruista y anónima, a modo de donación de órganos, a ver cuántas voluntarias se presentaban.

Normalmente es por precio u otro tipo de contraprestación, y esta forma de gestación sólo puede permitirsela personas con alta capacidad patrimonial.

Además, en el debate que se está promoviendo en la actualidad en la sociedad española, los ciudadanos deberían de conocer que los encargos de gestión por sustitución que se realizan con agencias o empresas, que son las que se encargan de seleccionar a la gestante, se pactan unas condiciones de gestación, y unas compensaciones escalonadas, que luego se impondrán a la madre gestante en el convenio gestacional.

En estos contratos se cuida que las compensaciones a la gestante no se denominen honorarios, y de no omitir que se trata de una actividad voluntaria y altruista, no de comprar un niño.

Se intenta justificar las compensaciones por los perjuicios o incomodidades que habitualmente se producen, y se producen pagos a veces nada transparentes. La contraprestación es distinta según el país, según se trate de un parto múltiple o no, y se contempla normalmente la compensación en caso de aborto. En ocasiones se pacta que sólo se pagará si los niños nacen vivos y son dados de alta hospitalaria.

Por tanto, el contrato con la gestante es un contrato con cláusulas predispuestas para ella, por el contrato de servicios profesionales firmado por los comitentes y la empresa o agencia intermediaria.

En el contrato con la gestante se pacta que esta acepta libremente que cualquier niño nacido consecuencia del mismo es de los futuros padres. Es también dudoso que comprenda cuales son los riesgos a los que realmente se somete con la gestación, ni que ocurrirá si existe un problema en el embarazo o feto, ni que garantías se le dan de que ese hijo nacido con discapacidades se harán cargo los comitentes.

La gestante también suele firmar condiciones contrarias a la autodeterminación ambulatoria e integridad corporal, muchas veces abusivas, como es el sometimiento a varios ciclos de fertilización in vitro, la selección del médico de la gestante por los comitentes o agencia, la clínica de reproducción, el tiempo en que debe pasar en ella la gestante, y el deber de colaborar en todas las acciones y procedimientos para la gestación.

La gestante es tenida en muchos acuerdos como una incubadora, como un medio de procreación, de forma contaria a la dignidad de la mujer.

La gestante pone su cuerpo y expone su vida, con obligación de que durante el tiempo que dure el acuerdo y el embarazo debe permanecer sometida a una determinada actividad o descanso, con limitación ambulatoria, y con obligación de mantener una dieta nutricional especial, con abstinencia de relaciones sexuales, de que le sean administrados los medicamentos que se estime por el terapeuta contratado procedentes, de no fumar, de no beber alcohol, de no tomar ninguna bebida que contenga cafeína, y con un control de la carne o pescado que toma, y sometida sin previo aviso a las pruebas de detección de drogas, alcohol o tabaco que el médico tratante estime pertinentes.

En muchos convenios de gestación, sobre todo en países donde no hay un control judicial del proceso, se la convierte en una esclava gestante durante todo el tiempo de duración del acuerdo. Antes incluso que se produzca la gestación, queda obligada a entregar a los niños que geste inmediatamente después del parto, sin ni siquiera permitirla a veces que los vea, para que no cree vínculos con ellos.

Incluso para la adopción, en el artículo 177 del CC se exige un plazo de seis semanas para la validez del asentimiento de la madre desde el parto.

También normalmente por discriminación racial, o para evitar la vinculación afectiva con el nasciturus, se realiza la fecundación asistida con óvulos que no son de ella misma y semen del futuro padre.

Por ejemplo gestaciones realizadas en indígenas, con un óvulo donado en California y semen del padre español.

Teniendo en cuenta tolo lo anterior, el debate, de mantenerse, pues hay países que ni se lo plantean por lo inaceptable de la posibilidad, debería estár en cómo gestionar los graves problemas que la gestión por sustitución efectuada en el extranjero genera en un país que la prohibe, y como proteger al nasciturus o niño así nacido sin que los promotores se beneficien con el fraude en España, y como producir un efecto preventivo general para evitar que otros lo repitan, y en como educar mostrando los perjuicios que ocasiona realmente de manera general, y no mostrando casos especiales de personas famosas o adineradas.

Es decir, el debate a nivel del ordenamiento interno español sería sobre que intervención podría tener el Estado, respecto de que protección ha de otorgarse al no concebido y no nacido, pero que pudira llegar a ser concebido por gestación por sustitución (“*concepturus”*), y al concebido y no nacido (“*nasciturus”*), y al niño o nacido por gestación por sustitución, en protección de sus intereses; y que reprochabilidad es exigible a los promotores, gestante e

intermediarios en una gestación por sustitución efectuada en otro país, cuando se pretende la homologación de la filiación en España.

El debate también puede centrarse en como promover un Convenio Internacional que palíe la problemática de estar abolida o no regulada en unos países, y permitida en otros.

Debería contemplarse también que la gestión por sustitución afecta también al “concepturus”, es decir al niño que se propone o provoca así ser concebido, pero que ún no ha sido concebido.

Se le obliga a someterse una gestación en la que se anula todo vínculo sentimental entre la gestante y el nasciturus, y con serio peligro de abandono o muerte si no nace sano, y sustrayéndole de sus antecedentes biológicos y genéticos, que afectan a su identidad.

La separación postparto entre la gestante y el bebe se viene realizando de forma radical, generando normalmente consecuencias negativas para la gestante y para el bebé. Constituye una violencia obstétrica física y psicológica. La violencia obstétrica es más que un problema de salud, ya que es una parte más de la violencia contra las mujeres.

También se pueden producir imprevistos de enorme gravedad respecto de las condiciones pactadas en el contrato de gestación. Por ejemplo, muchas parálisis cerebrales se producen en el parto. ¿Se harían cargo los comitentes de un hijo nacido por gestión por sustitución con parálisis cerebral?.

Finalizo aquí este artículo amigo lector, esperando le haya resultado interesante y útil. Si desea remitir cualquier sugerencia o aportación puede hacerla a justiciahispana@gmail.com