

La gestación por sustitución y las mujeres gestantes. Aspectos jurídicos y éticos

Gestational surrogacy and pregnancy women. Legal and ethical aspects

<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20825>
Recibido: 06-05-2019
Aceptado: 24-06-2019

Itxasne Abásolo Barandika
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU), España

Resumen:

La gestación por sustitución es un método de reproducción muy controvertido que cada vez tiene más presencia en nuestra sociedad.

En España, los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho, sin embargo, se está empezando a cuestionar si es necesaria una regulación de la gestación por sustitución ya que tanto la Sala de lo Civil como de la de lo Social del Tribunal Supremo han dictado sentencias que están provocando efectos jurídicos de estos contratos, legalizando de facto la gestación por sustitución.

La mujer gestante en este proceso solo es tratada como un medio para conseguir tener niñas y niños, y no tienen ninguna visibilidad ni capacidad de decisión durante todo el proceso de la gestación, pasa de ser una persona a ser tratada como un objeto.

Palabras clave: contratos de gestación por sustitución, prestación de maternidad, mujeres gestantes, reproducción humana asistida

Laburpena:

Ordezpenagatik ernatzea erreprodukzio-metodo oso eztabaidagarria da, eta gero eta presentzia gehiago du gure gizartean.

Espanian, ordezpenagatik ernatze kontratuak baliogabeak dira eskubideko osoko bilkurako, hala ere estabaidatzen hasten da ordezpenagatik ernatzeak erregulazio bat beharrezkoa bada eta Auzitegi Gorenaren bai Zibileko aretoa bai Sozialeko Aretoa, ematen ari den sententziei bidez, kontratu hauei efektu juridikoak ematen diete, eta ordezpenagatik ernatzea benetan legeztautz dago.

Prozesu honetan emakume umeduna tratatzen dute soilik neskak eta umeak izatea lortzeko erdia bezala, eta ez dute inongo ikuspenik ez ernatzearen prozesu guztian zeharreko erabakiaren ahalmena, persona bat izateaz objektu bat bezala tratatzera pasantzen da.

Gako-hitzak: ordezpenagatik ernatzeko kontratuak, amatasun prestazioa, emakume umedunak, laguntza giza erreprodukzioa.

Abstract:

Gestational surrogacy is a controversial reproductive method that is becoming very popular in our society.

In Spain surrogacy agreements are no valid legally speaking but it is beginning to be questioned whether it is necessary to regulate gestation by substitution since both the Civil and Social Courts of Supreme Court is passing sentences which are causing legal effects on these agreements, legalizing de facto gestational surrogacy.

Surrogate woman is just seen as means of delivering babies and she is not involved in the whole process neither makes any decision, she is the subject of the process but in fact is treated like an object.

Keywords: surrogacy contracts, maternity pay, gestational carrier, assisted human reproduction

1. Introducción

En la actualidad la gestación por sustitución es un tema candente en nuestra sociedad ya que, en el mundo globalizado en el que nos movemos, cada vez se oye hablar más de la gestación por sustitución (coloquialmente se conoce más por gestación o maternidad subrogada). Sin embargo, es un tema bastante desconocido para la sociedad ya que únicamente se sabe que en España es ilegal y que existe un movimiento social a favor de su legalización.

La información que le está llegando a la mayoría de la sociedad sobre la gestación por sustitución es la que transmite los medios de comunicación, que suelen recoger principalmente la información que nos transmiten las personas públicas que han recurrido a este método de reproducción humana¹ para conseguir ser madres y padres. Esto se traduce en que la información que tiene la sociedad es capciosa porque solo refleja las bondades sobre la gestación por sustitución, ya que se nutre únicamente de la opinión de las personas que están a favor. Muy pocas personas que se posicionan en contra de la gestación por sustitución, tienen voz en espacios de gran audiencia en los que se les permita exponer sus argumentos.

En España, la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA), recoge la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, sin embargo desde hace décadas existe una gran controversia al respecto que ha dado pie a la elaboración de diversos informes bioéticos². En cambio, la gestación por sustitución ha llegado hace pocos años a los oídos de toda la sociedad porque cada vez hay más personas, sobre todo parejas de hombres homosexuales y personas solteras³, que

¹ La reproducción humana asistida consiste en la utilización de diversas técnicas, como puede ser la inseminación artificial o la fecundación in vitro, mediante las cuales se llega a reproducir un ser humano, pero sin mantener relaciones sexuales.

² El último informe publicado es el “Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada” el 16 de mayo de 2017.

³ Históricamente tanto las parejas homosexuales como las personas solteras han estado vetadas a la posibilidad de optar a adopciones o acogimientos, ya que tanto la orientación sexual como el estado civil son determinantes a la hora de obtener la idoneidad para adoptar. Sin embargo, en España este hecho ha

están optando por este método reproductivo, lo que ha hecho que la controversia también se traslade a la sociedad y por extensión al poder judicial.

Con relación al poder judicial hay que destacar que cada vez se están dictando más sentencias que recogen los efectos jurídicos que se han desplegado y que se están desplegando, en la regulación de diferentes derechos de las personas que han utilizado este método de reproducción en aquellos países en los que está legalizado. Por lo que uno de los primeros objetivos de este trabajo es analizar cuáles son esos efectos jurídicos.

El primero de ellos hace referencia a la determinación de la filiación de las personas nacidas por gestación por sustitución, ya que las oficinas consulares del Registro Civil se han negado a su inscripción. Este hecho ha supuesto que la Dirección General de Registros y Notariado (en adelante DGRN), tenga un papel determinante a este respecto tras las resoluciones que emitieron en el año 2009, 2010, y más recientemente, en el mes de febrero de 2019.

Otro efecto jurídico que se ha desplegado con los contratos de gestación por sustitución, es que en el mes de octubre de 2016, el pleno de la Sala 4ª del Tribunal Supremo (en adelante TS) creó jurisprudencia al estimar dos recursos de casación para la unificación de la doctrina, en los que se reconocía el derecho al cobro de las prestaciones por maternidad a una progenitora y un progenitor de un niño y dos niñas respectivamente, nacidos tras la celebración de estos contratos. Tras el análisis de una de las sentencias se podrá comprobar cómo ha sido posible el reconocimiento del derecho a percibir una prestación social, como es la prestación de maternidad, aun cuando la vía empleada para llegar a ser madre o padre es contraria al ordenamiento jurídico español.

Otro de los objetivos que tiene este trabajo es dar visibilidad a las grandes desconocidas de la gestación por sustitución, las mujeres gestantes. Cuando se oye hablar de ellas, únicamente se suele hacer referencia a su voluntariedad a la hora de realizar estos contratos y a la libertad de elección que tienen, ya que no los realizan por necesidad económica⁴. Además de sonar a justificación, se trata de una información sesgada porque no refleja toda la realidad sobre el proceso de gestación por sustitución, ni los problemas por lo que pueden pasar las mujeres gestantes tras ser sometidas a tratamientos hormonales y/o hiperestimulación ovárica, tratamientos duros y que pueden tener consecuencias para la salud de las mujeres gestantes (Balaguer, 2017:158).

Teniendo en cuenta todos estos factores, la finalidad de este trabajo es analizar si es necesario legalizar o no la gestación por sustitución, ya que a pesar de considerarse los contratos de gestación por sustitución nulos de pleno derecho, en las salas 1ª y 4ª del TS se están dictando sentencias que han creado jurisprudencia, y que están fomentando su

sido modificado en el año 2005 gracias a la aprobación de la ley para poder contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque no ha afectado a las personas solteras.

⁴ Este argumento es el más empleado por aquellas personas que acuden a países donde está permitida la gestación por sustitución altruista, o en el Estado de California porque se trata de un país del primer mundo y por tanto se presupone que las mujeres gestantes no tienen necesidad económica para hacerlo, aunque en ese Estado esté permitida la compensación económica por realizar la gestación.

regularización en algunos casos y en otros indican la necesidad de legislar, lo que hace pensar que el poder judicial está aprobando de facto la gestación por sustitución.

2. Marco teórico

La gestación por sustitución con el transcurso del tiempo ha pasado por diferentes situaciones gracias al avance de la medicina en el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción humana, las cuales han hecho posible que una mujer geste la hija o hijo para una tercera persona. Inicialmente esta técnica de reproducción se llevaba a cabo a través de la inseminación artificial del semen de un hombre en el óvulo de una mujer. Pero tras décadas de investigación, a finales de la década de los 70 se consiguió fecundar el óvulo de una mujer con el espermatozoide de un hombre en un laboratorio, pasando a denominarse esta técnica como fecundación in vitro por tratarse de una fecundación fuera del cuerpo (Medline plus, 2017). El éxito de la fecundación in vitro se materializó en 1978 cuando nació la primera niña probeta⁵ en Reino Unido, lo que supuso una revolución para la reproducción humana a nivel mundial.

Eleonora Lamm define la gestación por sustitución como

“una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente” (Lamm, 2013: 24).

Sin embargo, la Asociación de Familias por Gestación Subrogada “Son nuestros hijos” (en adelante SNH) responde a la pregunta de qué es la subrogación gestacional como una técnica de reproducción asistida en la que una mujer, la gestante, hace donación de su capacidad gestacional. Se encuadra dentro de las técnicas de reproducción asistida que precisan de la colaboración de terceras personas para llevarse a cabo, y entre otras se incluye la donación del útero entendida como la donación de la capacidad gestacional, que ocasiona un proceso de gestación subrogada (Son nuestros hijos, 2008).

Como se puede comprobar existen diferencias entre una y otra definición. La primera de las definiciones es neutra y expone los efectos jurídicos que despliega esta técnica de reproducción sobre las niñas o niños nacidos. Sin embargo, la segunda es una definición más intencional porque SNH es una asociación partidaria de la utilización y legalización de la gestación por sustitución, motivo por el que hace especial hincapié en la donación de la capacidad gestacional sin llegar a describir la técnica en sí.

En este trabajo se define la gestación por sustitución como una técnica de reproducción humana asistida que consiste en que una mujer, conocida como *mujer gestante*, accede de manera altruista o lucrativa, a gestar a la hija o hijo de terceras

⁵ Término con el que se denominó a las personas nacidas mediante la técnica de fecundación in vitro durante los primeros años en que se empleó esta técnica de reproducción.

personas, que según sea el caso, se denominan *madres y/o padres de intención o intencionales*⁶.

Para poder llevar a cabo esta gestación, se debe realizar un contrato de gestación por sustitución entre la mujer gestante y las madres y/o padres intencionales, en el que se recogerán cómo va a realizarse la técnica de reproducción, aspectos formales que varían según sea el país elegido para llevar a cabo la gestación⁷, se especifica cómo y cuándo se va a realizar la entrega de la niña o niño fruto de la gestación y lo más importante, la renuncia de la mujer gestante a sus derechos de maternidad, filiación y patria potestad.

Existen varias tipologías de gestación por sustitución en función del aporte genético que realice la mujer gestante a la niña o niño:

- **Gestación subrogada tradicional:** Consiste en que la mujer gestante también aporta sus óvulos, lo que se realiza a través de una inseminación artificial y por tanto también será la madre biológica de la hija o hijo que nazca. En este tipo de gestación, no importa si el semen corresponde al padre intencional o a un donante.
- **Gestación subrogada gestacional:** En este caso la técnica de reproducción humana empleada es la fecundación in vitro ya que se implanta en la mujer gestante un embrión, sin que exista ninguna relación genética entre esta mujer y la niña o niño que nazca.

Dentro de esta tipología existen tres subtipos de gestación subrogada gestacional (Aragón, 2017:2):

- a) Consiste en la implantación de un embrión que es el resultado de la aportación genética de dos personas donantes, por lo que ni la mujer gestante ni la madre y/o padre intencionales tienen ninguna vinculación genética.
- b) En este caso se implanta un embrión en la mujer gestante, que es resultado de la aportación genética de una persona donante y de la madre o padre intencional, por lo que existirá vinculación genética entre uno/a de ellos/as y la niña o niño que nazca.
- c) Este último subtipo consiste en la implantación de un embrión en la mujer gestante, que es el resultado de la aportación genética de la madre y padre intencionales.

El tipo de gestación que más habitualmente suele utilizarse es la gestación subrogada gestacional, ya que, en el caso de las parejas heterosexuales, es una manera de que en caso de que se pudiera, la madre intencional pueda aportar su material genético. De todas formas, la tipología está sujeta a la regulación del país escogido para llevar a

⁶ Estas terceras personas puede ser una pareja heterosexual u homosexual y también puede tratarse de una mujer o un hombre que deciden llevarlo a cabo en solitario.

⁷ Entre otros aspectos puede reflejar la determinación de la responsabilidad económica de los gastos médicos que se generen, desde el embarazo hasta la recuperación del parto, cuantía y condiciones de pago de la indemnización económica que percibirá la mujer gestante si la gestación se realiza de manera lucrativa, quién tendrá derecho a decidir en caso de riesgo médico para la mujer gestante, etc.

cabo la gestación, y la situación de las madres y/o padres intencionales, tanto por su situación personal (parejas casadas, no casadas o personas solteras) como por su capacidad fisiológica (posibilidad de aportar material genético o no).

Por tanto, en el contrato que se elabore para la realización de la gestación por sustitución, además de la mujer gestante y de la madre y/o padre intencionales, también aparecerá la tipología de gestación que se va a realizar.

Teniendo en cuenta lo expuesto, existen diversos aspectos éticos que han dado lugar a que exista siempre una controversia en relación a la gestación por sustitución. El hecho de que se utilice el cuerpo de una mujer, o parte de él, para gestar una persona sobre la que no va a tener ningún derecho ni obligación, hace que se planteen diversas cuestiones sobre la idoneidad de este método de reproducción humana.

En España actualmente no está permitida la gestación por sustitución, pero cada vez se oye hablar más sobre ella, porque muchas parejas, sobre todo de hombres homosexuales y personas solteras, están recurriendo a este método en vez de a la adopción o acogida. Y éstas dos últimas opciones sí que están legalmente reguladas para las parejas del mismo sexo, ya que en España, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil para que las personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio, se dejó de discriminar por razón de sexo a las parejas que quisieran optar por la adopción o el acogimiento.

Además de los aspectos éticos, también existen argumentos morales que se posicionan en contra de la gestación por sustitución, en concreto hay que mencionar a la Iglesia católica, una institución que siempre se ha posicionado en contra de cualquiera técnica de reproducción asistida ya que únicamente conciben que la reproducción humana se realice entre un hombre y una mujer. Teniendo en cuenta el modelo de familia que ensalzan, es lógico que se opongan al matrimonio entre parejas del mismo sexo y que no conciban como familia a una pareja homosexual con hijas o hijos, o a una persona soltera afrontando la maternidad o paternidad en solitario.

3. Marco normativo

El marco normativo sobre la gestación por sustitución es escaso ya que como se ha indicado anteriormente, se trata de un método de reproducción asistida muy polémico y que no está regulado en muchos países.

Como precedente únicamente puede nombrarse la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Condado de Orange (California) de 20.05.1993, en el caso de Johnson contra Calvert (Justia US law, 1993), cuando el Tribunal dio validez legal al contrato de gestación por sustitución llevado a cabo entre Anna Johnson y el matrimonio Calvert, y obligó a la mujer gestante a entregar el niño fruto de la fecundación in vitro realizada con la aportación genética del matrimonio Calvert.

Con esta sentencia, por primera vez en el mundo un Tribunal legalizó de facto la gestación por sustitución en el Estado de California⁸, y hasta el año 2013 no se ha desarrollado ninguna ley en este Estado que regule la gestación por sustitución. En ese año se aprobó una ley que regulaba el carácter mercantil de los contratos de gestación por sustitución, y se destacan tres puntos que intentan dar seguridad a las mujeres gestantes y a las madres y/o padres intencionales: cada parte implicada debe tener su propia/o abogada/o, no pueden compartirlos; la formalización del contrato debe llevarse a cabo antes del inicio del proceso; y por último, la ley de California permite tener una resolución judicial antes del nacimiento de la niña o niño, en el que nombra a las madres y padres intencionales como tales y determina la filiación en favor de ellas y ellos (Ximénez de Sandoval, 2017).

En cuanto al derecho comunitario, tanto en el originario como en el derivado, no se hace ninguna mención a la gestación por sustitución, directamente no se contempla. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), para los casos que le han llegado en cuanto a la negativa de países miembros a inscribir a menores nacidos tras recurrir a la gestación por sustitución, sí que se ha pronunciado en base a la protección del interés superior del menor.

Por este motivo se puede traer a colación el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE) en el que se garantiza el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio, el artículo 33 de la CDFUE en el que se garantiza la protección a la familia en los planos jurídico, económico y social, y por último el artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CDHLF) en el que se recoge el derecho al respeto de la vida privada y familiar de las personas, y el artículo 12 donde se recoge que las personas tienen derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el derecho de este ejercicio.

Aunque *a priori* parece que no tenga mucha relación con el tema objeto de estudio, en las sentencias que se mencionan más adelante se podrá comprobar que la familia ha sido un argumento recurrente en las distintas jurisdicciones que se han pronunciado con relación a la gestación por sustitución, en especial el artículo 8 del CDHLF, que ha sido decisivo para pronunciamientos favorables a las reclamaciones llevadas a cabo por las madres y padres intencionales en España, y en el caso del TEDH ha sido clave para la autorización de la inscripción registral de los menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución tanto en Francia como en Italia.

3.1. Normativa española

En la actualidad, la gestación por sustitución está recogida en la LTRHA 14/2006, en cuyo artículo 10 se recoge que los contratos en los que se convenga la gestación por sustitución son nulos de pleno derecho. Sin embargo, hasta llegar a esta norma, existen

⁸ No existe ningún precedente a esta sentencia en ningún país en cuanto a la legalización de la gestación por sustitución, aunque es sabido que estos contratos se realizaban sotto voce en algunos países como India o México, e incluso en algunos Estados de EE.UU.

unos antecedentes que se considera fundamental citar para conocer cómo el poder legislativo, ha tenido en consideración la opinión de expertos antes de declarar la nulidad de estos contratos.

El 22 de noviembre de 1988 el Congreso de los Diputados aprobó la ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida. En la exposición de motivos apartado III de esta ley se hace referencia a la necesidad de tener en consideración la gestación por sustitución, ya que la propia ley regula nuevas técnicas de reproducción para esa época, como es la fecundación *in vitro*.

Pero para llegar a regular estas nuevas técnicas de reproducción, se creó una Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, a la cual se le encomendó la realización de un Informe bioético, popularmente conocido como Informe Palacios⁹, que fue aprobado por el Congreso de los Diputados el 21 de abril de 1986 (Congreso de los Diputados, 1986).

En el Informe Palacios se hace referencia a la gestación por sustitución ya que le dedica un apartado, el H. En este apartado se recogen tres puntos, siendo el primero el 115 y donde se dice expresamente que “*deberá prohibirse la gestación de sustitución en cualquier circunstancia*”; en el punto 116 recomienda que sean sancionados penalmente “*o del tipo que procediera*” los participantes en la gestación por sustitución, desde la mujer gestante y las/os progenitoras/es, pasando por las agencias que intermedien y los equipos médicos que las realicen; y en el último punto, el 117, también se dice que deberán ser sancionados todos los centros sanitarios o servicios donde se lleven a cabo las técnicas de reproducción para la gestación por sustitución.

En el debate parlamentario que se llevó a cabo para su aprobación, a pesar de que hubo discrepancias sobre las recomendaciones que se realizaban en el Informe con relación a las técnicas de reproducción, en cuanto a la gestación por sustitución no hubo debate alguno ya que de manera unánime se aprobó el apartado H (Balaguer, 2017: 76-77).

Como consecuencia de lo expuesto en el Informe Palacios, en la Ley 35/1998 sobre Técnicas de Reproducción Asistidas se incluyó un artículo específico para la gestación por sustitución, el artículo 10, que dice textualmente que

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 en favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación por 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.

En el año 2003 se aprobó la Ley 45/2003 para la modificación de ciertos aspectos de la Ley 35/1998, como por ejemplo la limitación de la producción del número de ovocitos en cada ciclo reproductivo. Sin embargo, para cuando se aprobó la ley se pudo

⁹ Se le denominó de esta manera por deferencia al presidente de la Comisión, el diputado D. Marcelo Palacios.

comprobar que no era suficiente porque únicamente daba una respuesta parcial a nuevos avances (realizados con posterioridad a la publicación de la ley) de la medicina en este campo.

Ante las carencias que presentaba, se derogó la Ley 35/1988 con la entrada en vigor de la LTRHA, en la que se contemplaban todas las reformas necesarias y recogidas por la Comisión Nacional de Reproducción Humana.

Tal y como se ha mencionado anteriormente, esta ley recoge en su artículo 10 exactamente lo mismo que se decía en el artículo 10 de la Ley 35/1988, lo que reafirma la opinión que el poder legislativo tiene sobre la gestación por sustitución, ya que a pesar de haber transcurrido casi dos décadas entre una y otra ley, el precepto no ha sido modificado en ninguna palabra.

Con relación al artículo 10 de la LTRHA es necesario realizar un breve análisis de todos los puntos que comprende, ya que servirá para comprender algunas de las decisiones judiciales de la Sala de lo Social del TS.

En el primero de ellos se especifica que los contratos que se realicen para llevar a cabo una gestación por sustitución serán nulos de pleno derecho, es decir, no tendrán validez legal porque los actos en él recogidos se consideran nulos. La nulidad de estos actos significa que estos contratos no pueden tener efectos jurídicos.

En el segundo punto se recoge que la filiación de las niñas o niños nacidos mediante gestación por sustitución será determinada por el parto. Con este punto queda claro que para el ordenamiento jurídico español, la madre de una niña o niño será siempre la persona que les alumbró, por lo que una mujer que formalice un contrato de gestación por sustitución, aunque se realice con su aportación genética, nunca podrá considerarse como madre porque no ha parido a su hija/o.

En el último punto se hace referencia a la posibilidad de reclamar la paternidad a los hombres que para realizar la gestación hayan aportado material genético. Este punto abre una vía legal para que a los padres biológicos se les pueda atribuir la paternidad con acuerdo al ordenamiento jurídico español.

3.2. Instrucciones de la Dirección general de los registros y del notariado

A pesar de lo que se describe en el artículo 10.2 de la LTRHA, la DGRN está teniendo un papel determinante en el régimen registral de la filiación de las niñas o niños nacidos mediante la gestación por sustitución, ya que desde el año 2009 ha emitido varias resoluciones al respecto.

Aunque la resolución del 18 de febrero de 2009 fue anulada por la Sala 1ª del TS, previamente a este dictamen y tras la resolución judicial emitida por el Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Valencia, el cual también se pronunció en los mismos términos que lo haría con posterioridad el TS, la DGRN procedió a emitir una nueva resolución el 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

En esta resolución la DGRN considera necesario proteger jurídicamente el interés superior del menor, y por este motivo determina que es imprescindible establecer criterios de acceso al Registro Civil para las personas nacidas en el extranjero mediante la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Para llevar a cabo esta protección desde una perspectiva global, es necesario abordar los siguientes aspectos:

- a) Se dota de los instrumentos necesarios para que se pueda inscribir en el Registro Civil a la persona nacida cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española.
- b) La inscripción registral en ningún momento podrá permitir una apariencia de legalidad para supuestos de tráfico internacional de menores.
- c) Cumplir con el derecho de la o el menor a conocer su origen biológico, tal y como se establece en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A continuación, además de la presentación de la solicitud registral, establece como criterio previo para las personas nacidas mediante el método de gestación por sustitución, la presentación de una resolución judicial dictada por un tribunal competente, con el fin de controlar el cumplimiento de los requisitos y contenido del contrato respecto al marco legal del país en que se ha formalizado, así como para proteger los intereses de las personas que nazcan y de las mujeres gestantes¹⁰.

Para finalizar, la DGRN justifica su exigencia de la resolución judicial por el hecho de que en el artículo 10.3 LTRHA se recoge la posibilidad de la determinación de la filiación, mediante la exigencia de acciones procesales y resoluciones judiciales para reconocer la paternidad de las personas nacidas como consecuencia de una gestación por sustitución. Por este motivo se protege el interés superior del menor, facilitando de esta manera, la continuidad transfronteriza de la relación de filiación declarada por un tribunal extranjero.

Respecto a esta Instrucción cabe destacar varios aspectos importantes. El primero de ellos es que pretende poner fin al incumplimiento del orden público internacional español, ya que considera que con una resolución judicial de un tribunal, en el que tienen que establecerse que el contrato de gestación por sustitución está cumpliendo con la ley del país en el que se haya formalizado, es suficiente para mantener el orden público, sin embargo no tiene en cuenta que esta resolución judicial es contraria a una Ley española como es la LTRHA.

En segundo lugar, la DGRN alega nuevamente la necesidad de velar por el interés superior del menor y para ello cita el artículo 7.1 de la Convención sobre los derechos del niño. Sin embargo, lo que no se refleja es lo que se dice en el apartado 2 del mismo artículo, donde se refleja que “Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que haya contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera (...)”. En esta Instrucción la DGRN ha omitido que para que se pueda inscribir a una niña o niño y que además pueda cumplir con su derecho a conocer su origen, es necesario realizarlo de acuerdo a las leyes del país en el que se quiera inscribir a la o el menor. Está claro que

¹⁰ La intención de la DGRN es controlar que las mujeres gestantes estén en plenas facultades mentales y no han sido obligadas a llevar a cabo la gestación.

la DGRN está tomando una decisión con esta Instrucción que es contraria a la LTRHA y por tanto no debería ser de aplicación.

En este segundo punto también se establece que de haber una obligación por parte de España para con otros países en este sentido, estaría obligado a realizar la inscripción. Pero no es el caso, más bien lo contrario porque el propio Juzgado de 1ª Instancia de Valencia, estima la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal por considerar que la resolución anterior de la DGRN era contraria al orden público internacional español. Y a pesar de esta resolución judicial, más bien con motivo de esta sentencia, la DGRN establece un criterio que sigue siendo contrario al orden público por dar validez legal a un efecto jurídico proveniente de un contrato nulo de pleno derecho.

En tercer lugar, no se puede pasar por alto la justificación que utiliza la DGRN para requerir una resolución judicial a las y los progenitores intencionales que formalicen un contrato de gestación subrogada en un país en el que esté permitido, y por tanto en el que se determine la filiación de la persona nacida por una autoridad del país elegido.

Su justificación se basa en la lectura que realiza del artículo 10.3 de la LTRHA, en el que se establece la posibilidad que tienen los padres intencionales de solicitar la paternidad en caso de ser los padres biológicos. Pero la Instrucción no tiene en cuenta que esta posibilidad únicamente la tienen aquellos padres intencionales que hayan aportado material genético a la hora de realizar esta técnica de reproducción asistida. Sin embargo, la DGRN no realiza ninguna distinción entre los padres biológicos o no biológicos, de hecho, para no vulnerar el artículo 14 de la CE, no realiza ninguna mención respecto a la paternidad y únicamente solicita una resolución judicial donde se determine la filiación de la persona nacida.

Por último, habría que mencionar el motivo que le ha llevado a la DGRN a aprobar esta Instrucción para determinar la filiación de las personas nacidas por gestación por sustitución. En la propia Instrucción se hace alusión al matrimonio de hombres que solicitaron la inscripción registral de sus hijos y que, ante la negativa de las oficinas consulares, decidieron interponer un recurso. Además en todo momento hace referencia a la capacidad de solicitar la paternidad en base al artículo 10.3 de la LTRHA, pero en ningún momento sugiere la situación en la que se encuentran las madres intencionales.

El problema es que la Instrucción se ha realizado en base a la situación personal de una pareja concreta en un lugar concreto, como es el Estado de California, donde los tribunales son claramente favorables a la gestación por sustitución. De hecho, en este Estado, tal y como se ha comentado con anterioridad, desde el momento en el que se tiene conocimiento del embarazo de la mujer gestante, los tribunales ya resuelven judicialmente que la mujer gestante renuncia a las obligaciones y derechos para con la o el menor, y las/os progenitoras/es intencionales son los que ejercerán como tales legalmente, por lo que en esa resolución ya se determina la filiación de la persona que va a nacer.

Teniendo en cuenta esta situación legal que únicamente se establece en California, la DGRN ha aprobado una Instrucción sobre cómo debe realizarse la inscripción registral

de todas y todos los menores nacidos tras una gestación por sustitución en cualquier país en el que esté legalizada. Amparándose en el interés superior del menor, esa Dirección legaliza de facto la gestación por sustitución, ya que un efecto jurídico de ésta es la filiación de las y los menores y su inscripción en el Registro Civil.

El 14 de febrero de 2019, la DGRN procedió a emitir una nueva Instrucción sobre la actualización del régimen registral de la filiación de las niñas y niños nacidos mediante gestación por sustitución, ya que con el transcurso del tiempo habían surgido nuevas disposiciones, jurisprudencia y doctrina (a las que cita en la propia Instrucción) que evidenciaban la necesidad de anteponer el interés superior del menor al orden público internacional porque las y los menores tienen derecho a preservar su identidad, incluida su nacionalidad, y las relaciones familiares .

Además de proteger los derechos de las y los menores, la DGRN justifica la emisión esta nueva resolución aduciendo que se debe proteger otros bienes y principios jurídicos como el respeto a la dignidad y e integridad de las mujeres gestantes, y también quiere prevenir la mercantilización de la filiación de estas niñas y niños.

Por todo ello la DGRN cree necesario adaptar y actualizar la Instrucción del 5 de octubre de 2010 a las novedades normativas y jurisprudenciales que han surgido con posterioridad, y para ello dicta esta nueva Instrucción, la cual sustituye y deroga la del 5 de octubre de 2010, y donde se determina un nuevo procedimiento para la inscripción de las y los menores nacidos mediante gestación por sustitución.

En esta nueva Instrucción, líneas generales se establece que:

- 1º - La inscripción del o la menor nacida mediante gestación por sustitución deberá realizarse aportando una resolución judicial en la que se determine la filiación de la niña o niño, y que será válida tras ser objeto de exequátur.
- 2º - No será admisible la certificación registral extranjera para poder registrar la filiación de la o el menor nacidos mediante gestación por sustitución, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento y en la que no conste la identidad de la madre gestante. Ante la aparición de la identidad de la madre gestante, será necesario la acreditación de la filiación de la niña o niño en relación a una progenitora o progenitor español. En este caso, la pareja de la progenitora o progenitor español, deberá iniciar el trámite de adopción en España para que sea reconocida como madre o padre de la niña o niño nacidos.
- 3º - En caso de que una ley extranjera determine que la filiación de la niña o niño nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución, sea de una persona distinta a la de la mujer gestante, no cabe lo que se determina en el punto anterior, por lo que se cree necesario buscar una solución para que la o el menor no queden desprotegidos ante el abandono de la mujer gestante.

Con esta Instrucción la intención de la DGRN es la de definir de manera más concreta otras posibles causas que den pie a la necesidad de determinar la filiación de las personas nacidas mediante gestación por sustitución, sin embargo cuando plantea la posibilidad de

que el menor quede desprotegido en cuanto a su filiación, al amparo de un contrato de gestación por sustitución, la DGRN no establece cómo se debe proceder, únicamente dice que se tendrá que buscar una solución, sin establecer si el país que tiene que buscar esa solución es España o el país extranjero en el que se ha llevado a cabo el contrato, de acuerdo a sus ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el 18 de febrero de 2019, 4 días más tarde de emitirse la Instrucción anterior, la DGRN emitió una nueva resolución sobre el régimen registral de la filiación de las personas nacidas mediante gestación por sustitución.

En esta nueva resolución deja sin efecto la Instrucción del 14 de febrero de 2019 y se establece que para determinar la filiación de las personas nacidas mediante gestación por sustitución, se deberá proceder de conformidad a la Instrucción del 5 de octubre de 2010.

Cabe destacar que todas las necesidades de actualización de la Instrucción del 5 de octubre de 2010 que se recogen en la Instrucción del 14 de febrero de 2019, dejan de ser necesarias cuatro días más tarde porque además del interés superior del menor, la DGRN tiene en consideración a las mujeres gestantes y considera que se debe garantizar su protección frente al peligro de abuso de situaciones de vulnerabilidad.

En esta última Instrucción, la DGRN también hace mención de un nuevo actor en la gestación por sustitución: las agencias mediadoras. Hace, además, especial hincapié en que realizan una actividad lucrativa que no puede considerarse ajustada a derecho. Sin embargo, una vez más, deja en vigor la Instrucción del 5 de octubre de 2010 la cual, como ya se ha expuesto anteriormente, legaliza de facto la gestación por sustitución al anteponer el interés superior del menor al orden público internacional.

4. La inscripción registral de las personas nacidas mediante gestación por sustitución

Uno de los primeros problemas que se encuentran las personas que acuden a la gestación por sustitución para tener descendencia, es que en las oficinas consulares del Registro Civil no se permite la inscripción de la o el menor ateniéndose al artículo 10 de la LTRHA, por tanto queda pendiente la determinación de la filiación de las y los menores, al no cumplirse con lo establecido en el artículo 113 del Código Civil.

Tal y como se ha comentado, en el ordenamiento jurídico español la filiación de la niña o niño nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución, será siempre de la madre gestante, de hecho en el artículo 44.4 de la Ley 20/2011 del Registro Civil¹¹, se dice expresamente que la filiación de un nacimiento se determinará conforme a lo establecido por las leyes civil y por lo expresado en la LTRHA¹². Con este precepto,

¹¹ Esta ley entró en vigor el 30 de junio de 2017.

¹² Con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se aplicaba el artículo 23 de la Ley del Registro Civil del 8 de junio de 1957, por lo que en las sentencias y resoluciones dictadas hasta este momento no se ha tenido en cuenta la mención que realiza la Ley 20/2011 a la LTRHA.

nuevamente queda claro que no es posible determinar una filiación distinta a la establecida en ambas leyes.

Pero a este respecto se han pronunciado la DGRN y la Sala de lo Civil del TS. Las instrucciones emitidas por la primera ya se han expuesto en el punto anterior, y el segundo ha dictado una sentencia significativa contra una primera resolución de la DGRN. Ambos Organismos han declarado posturas contrarias sobre un mismo tema, por lo que, una vez analizadas las instrucciones de la DGRN, se considera necesario analizar la sentencia de la Sala 1ª del TS ya que es el paso previo para poder reconocer el derecho a la prestación de maternidad.

El 6 de febrero de 2014, la Sala de lo Civil del TS dictó sentencia (nº de recurso 245/2012) en relación a la impugnación de la resolución emitida por la DGRN el 18 de febrero de 2009, en la que se acordaba la inscripción en el Registro Civil el nacimiento de dos menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución.

Con anterioridad a que la DGRN emitiera esta resolución, la Oficina consular del Registro Civil de Los Ángeles (California) negó la inscripción de los dos menores de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 de la LTRHA. Al no estar de acuerdo con esta decisión, los padres¹³ intencionales de los menores presentaron un recurso ante la DGRN, la cual dictó la resolución anteriormente citada, en la que se ordenaba la inscripción de los dos menores¹⁴ en el Registro Civil porque no vulneraba el orden público internacional español, con el registro no se realizaba distinción por la orientación sexual de las personas progenitoras, y por último, establecía que de esta manera se protegía el interés superior del menor.

Ante esta resolución el Ministerio Fiscal procedió a presentar una demanda ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Valencia, impugnando la resolución de la DGRN ya que los certificados de nacimiento expedidos por la autoridad registral de California eran contrarios a lo establecido en el artículo 10.2 de la LTRHA sobre la filiación de las personas menores nacidas por gestación por sustitución, y por tanto contrarios al orden público internacional español.

Este Juzgado de 1ª Instancia, estimó la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal y procedió a dejar sin efectos la inscripción registral de los menores. Tras la estimación de la demanda, los padres intencionales apelaron la sentencia y la Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto, motivo por el que presentaron recurso de casación alegando vulneración del artículo 14 de la Constitución Española (en adelante CE) en cuanto a la discriminación del derecho de identidad única de los menores por ser hijos de dos hombres, y vulneración del interés superior del menor recogido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989¹⁵.

¹³ Se trata de un matrimonio entre dos hombres.

¹⁴ Se trata de dos niños tal y como se refleja en el Antecedente de Hecho Tercero de la sentencia del Tribunal Supremo.

¹⁵ Tratado internacional elaborado para proteger los derechos de las niñas y niños, y ratificado por España el 30 de noviembre de 1990.

En esta sentencia se plantean principalmente dos cuestiones primordiales para el reconocimiento de los certificados de nacimiento expedidos en un país extranjero: el orden público internacional español y el interés superior del menor. Ambos son conceptos jurídicos indeterminados, y por este motivo la Sala realiza una definición de cada uno, con intención de que se pueda entender si los hechos reproducidos en la misma son contrarios o no a estos conceptos.

4.1. El orden público internacional español

Según la Sala 1ª del TS, se entiende como orden público internacional español “(...) el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que éstos encarnan”, o como se entiende en la CE, el orden público sería controlar los actos jurídicos ocurridos en el extranjero y que se pretende que el ordenamiento jurídico español le otorgue validez legal (Balaguer, 2017: 98). Teniendo en cuenta esta premisa, la Sala hace referencia al artículo 23 de la Ley del Registro Civil de 1957, porque en este precepto se recoge que la certificación de los asientos extendidos en Registros extranjeros, podrán inscribirse en el Registro Civil siempre y cuando su legalidad sea conforme a la Ley Española, es decir, que respete las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español.

En cuanto a los certificados de nacimiento expedidos por la autoridad californiana, cumplen con la legislación de ese Estado, pero son contrarios a la legislación española porque no respetan lo dispuesto en el artículo 10 de la LTRHA. A este respecto, la Sala hace alusión a que no existe ninguna vinculación entre la situación jurídica de estos certificados y el ordenamiento jurídico español, porque considera que los padres intencionales han formalizado en California un contrato de gestación por sustitución huyendo de la legislación española porque los considera nulos de pleno derecho y estipula que la filiación la determina el parto, por lo que no les corresponde a las madres y padres intencionales.

Un derecho constitucional que integraría el orden público internacional español, que además se trata de un derecho fundamental, es el de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, tal y como se recoge en el artículo 10.1 de la Constitución Española. Y en relación a la dignidad de las personas, en la sentencia se dice textualmente que

(...) en nuestro ordenamiento jurídico español no se acepta que la [...] adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida, vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño mercantilizando la gestación y la filiación, cosificando a la mujer gestante y al niño, permitiendo que personas intermediarias hagan negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

Para que no suceda todo esto, es el Estado quién debe velar por las personas más desfavorecidas, en este caso las mujeres y las niñas y niños, y procurar que no se produzca

un mercantilismo con ellas y ellos (Balaguer, 2017: 86). Por este motivo en su momento se reguló tanto la adopción nacional e internacional, como las técnicas de reproducción humana. Y con ese mismo fin, y para que también formen parte del ordenamiento público internacional español, se han declarado los contratos de gestación por sustitución nulos de pleno derecho.

4.2. El interés superior del menor

En cuanto al interés superior del menor, la Sala 1ª del TS lo define como “(...) ‘concepto esencialmente controvertido’ al expresar un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio (...)”.

Y reafirmando esta definición en la sentencia se refleja, por un lado, que los padres intencionales para conseguir la determinación de la filiación de los niños en su favor, alegan que se debe realizarse porque son fruto de un contrato formalizado por la legislación de California, y como consecuencia han manifestado interés en los menores e intención de ser padres, y todo ello satisface el interés superior del menor.

Ante estos argumentos la Sala se pronuncia totalmente en contra ya que considera que su aceptación sería como reconocer que el artículo 10 de la LTRHA vulnera el interés del menor. Además, su inscripción determinaría de facto que para las y los menores es mejor estar con una familia con buena situación económica que no en una desestructurada y problemática. El interés superior del menor no puede justificarlo todo, la mercantilización que supone un contrato de gestación por sustitución es contraria a este principio jurídico y a la dignidad de la niña o niño (Balaguer, 2017: 86).

El interés superior del menor no es un principio para que las personas lo utilicen en favor de sus intereses personales, tiene como fin el proteger a las y los menores en todas aquellas lagunas jurídicas que existan, tanto internacionales como dentro del ordenamiento jurídico español, así como el de interpretar la legislación vigente.

Y lo mismo que este concepto jurídico no puede utilizarse en favor de los intereses de las personas, tampoco puede imponerse a otros principios o normas, como por ejemplo el orden público internacional español o la dignidad de la mujer gestante.

De la misma manera que puede darse la mercantilización de las niñas y niños, también puede ocurrir con las mujeres gestantes, llegando a crearse “fábricas de bebés” (Wallis, 2013) en las que las mujeres viven confinadas en pisos donde se alojan durante la gestación, como ha ocurrido en la India. El Estado también tiene obligación de velar por ellas, sobre todo para que no se abuse de mujeres en situación de pobreza, y evitar que se mercantilice con la gestación y la filiación de las niñas y niños que nazcan mediante gestación por sustitución.

La Sala también considera que la decisión de denegar la inscripción registral de los niños no vulnera el artículo 8 del CDHLF porque el TEDH en su sentencia del 28 de junio

de 2007, Wagner contra Luxemburgo, considera que la no filiación debe estar prevista por la ley, y que las decisiones tomadas por las autoridades extranjeras deben respetar el orden público internacional, cosa que ocurre en el ordenamiento jurídico español; y también que la no filiación debe evitar la explotación de necesidad en la que se puedan encontrar las mujeres gestantes.

Finalmente, la Sala reconoce que la negación de la inscripción puede dejar en una situación de desamparo al menor, pero en el caso que se trata, como uno de los padres intencionales ha aportado material genético para realizar la gestación por sustitución, se insta al Ministerio Fiscal a que inicie las acciones pertinentes para que se reconozca la paternidad del padre intencional que corresponda. De esta manera considera que se protege a los dos niños que ya se encuentran integrados en un núcleo familiar de facto.

El fallo de la sentencia es desestimatorio y anula la resolución de la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009. Sin embargo, hay un voto particular que se pronuncia a favor de la inscripción, porque considera que, aunque en España son ilegales los contratos de gestación por sustitución, sus efectos jurídicos deben ser aceptados porque el contrato proviene de un Estado en el que es legal y tiene eficacia vinculante. Según el Magistrado, en este caso no se está sometiendo a consideración el contrato, sino la resolución que ha tomado la autoridad extranjera conforme a su normativa, es decir, los certificados de nacimiento expedidos por las autoridades californianas. Estos certificados son legales y por tanto no pueden ser considerados contrarios a orden público internacional español.

Además, también incide en que no se puede ver alterado el orden público desde el momento en que las mujeres gestantes son libres de decidir si quieren formalizar el contrato, y esa libertad de decidir no es contraria a su dignidad.

Tanto en la sentencia como en el voto particular, se recoge la necesidad de establecer un marco legal que garantice los derechos de todas las partes que integran los contratos de gestación por sustitución, sobre todo de las mujeres gestantes porque son las que renuncian a sus derechos como madres y suelen provenir de situaciones económicamente desfavorables. Recuerdan finalmente, que los Juzgados y Salas únicamente tienen la obligación de resolver las situaciones concretas que les llegan.

4.3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Con posterioridad al pronunciamiento de la Sala 1ª del TS, en el mes de junio de 2014 el TEDH dictó dos sentencias relacionadas con la gestación por sustitución: el caso *Mennesson contra Francia* (65192/11) y el caso *Labassee contra Francia* (65941/2011).

En ambos casos el TEDH se amparaba en el artículo 8 del CEDH sobre el derecho al respecto a la vida privada y familiar. Según este Tribunal, Francia vulneró este artículo cuando prohibió a dos familias realizar la inscripción registral de las niñas o niños que tuvieron tras formalizar un contrato de gestación por sustitución, porque no se les permitió establecer un vínculo familiar con los que eran sus madres y padres biológicos, ya que en los dos casos las madres y padres hicieron aportaciones genéticas para la fecundación de las y los menores.

Para el TEDH prima el interés superior del menor por encima de la ilegalidad que suponen en Francia los contratos de gestación por sustitución y por ese motivo estimó la pretensión de las madres y padres de ambos casos y se pudo realizar la inscripción registral de las personas nacidas.

Asimismo, el 27 de enero de 2015, el TEDH dictó sentencia sobre el caso Paradiso y Campanelli contra Italia (25358/12). Una vez más, para el Tribunal prevalecía el interés superior del menor sobre el orden público internacional en un caso sobre gestación por sustitución, amparándose una vez más, en el artículo 8 del CEDH tras la negativa de Italia de que se inscribiese a la niña o niño nacido mediante este método.

Sin embargo, el 24 de enero de 2017, la Gran Sala del TEDH ha revocado esta decisión porque consideran que no se ha violado el artículo 8 del CEDH por los siguientes motivos:

- ✓ El CEDH no reconoce el derecho a ser padres.
- ✓ No existe consenso entre los estados miembros en cuanto a los contratos de gestación por sustitución.
- ✓ El fin de las autoridades italianas era prevenir el desorden y proteger los derechos y libertades de mujeres y niñas/os. Este interés público prevalece sobre el deseo de los padres.
- ✓ La decisión de las autoridades es frenar a los ciudadanos a ir a otros países para llevar a cabo gestación por sustitución.
- ✓ Aprobar la inscripción registral de las niñas y niños es legalizar de facto una situación ilegal creada por la madre y padre intencionales.
- ✓ La madre y padre intencional son los que han generado una inseguridad jurídica al vulnerar la legislación italiana e irse a vivir con la niña o niño a Italia.
- ✓ No existía vida familiar de facto, teniendo en cuenta la ausencia vínculo genético entre la madre y padre intencionales con la niña o niño (Aragón, 2017: 25).

Este cambio de decisión del TEDH, vuelve a anteponer el orden público a interés superior del menor y es coincidente con la sentencia dictada por la Sala 1ª del TS, lo que puede suponer un nuevo cambio para la doctrina española sobre los contratos de gestación por sustitución.

El 10 de abril de 2019 la Gran Sala del TEDH se ha pronunciado nuevamente ante una solicitud del Tribunal de Casación francés, sobre un caso concreto como es el caso *Mennesson*. En este nuevo dictamen, la Gran Sala especifica que su pronunciamiento es únicamente sobre este caso concreto en el cual la concepción del niño se realizó con la aportación genética del padre intencional y la donación de una tercera persona.

Ante esta situación la Gran Sala determina que de acuerdo al artículo 8 del CEDH, el niño tiene derecho al respecto de su vida privada y al reconocimiento de una relación jurídica paterno-filial con la madre intencional, que aparece en el certificado de nacimiento extranjero como “madre legítima”. Sin embargo, este artículo no exige que dicho reconocimiento se realice mediante la inscripción del niño en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones, ya que pueden utilizarse otros medios como la

adopción, siempre que la legislación francesa garantice que pueda realizarse con prontitud y eficacia, y de conformidad con el interés superior del menor.

A pesar de que este último pronunciamiento hace nuevamente mención al interés superior del menor, deja claro a lo largo del dictamen, que únicamente se pronuncia en la situación concreta por la que se ha solicitado su intervención: el caso Mennesson, ya que considera que las posibilidades de llevarse a cabo una gestación por sustitución son múltiples y por tanto cada caso deberá de estudiarse según sean sus circunstancias.

4.4. Algunas consideraciones

Tras el análisis realizado tanto a la sentencia del TS como a la Instrucción del 5 de octubre de la DGRN, se puede comprobar que la Instrucción es anterior a la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS, y además es contraria a lo que se establece en dicha sentencia. En el caso de la sentencia, para la Sala 1ª ha primado el orden público internacional por encima del interés superior del menor a la hora de dictar el fallo. Sin embargo, para la DGRN el orden público debe ser atenuado porque prevalece el interés superior del menor, ya que considera que debe proteger su seguridad, y por tanto acepta que una resolución judicial relacionada con la filiación sea suficiente para inscribir en el Registro Civil a la persona nacida mediante gestación por sustitución, aunque el ordenamiento jurídico español considera nulos los efectos jurídicos de estos contratos de gestación.

Es reseñable que a pesar de que transcurren casi cuatro años entre la Instrucción del 5 de octubre de 2010 y la sentencia de la Sala de lo Civil del TS, en esta última no se hace mención en ningún momento a esta Instrucción. Únicamente se menciona en el voto particular para reflejar que *“la tendencia en el derecho comparado se dirige hacia la regularización y la flexibilización de estos supuestos”*. Este Magistrado sí que apela a la necesidad de un orden público atenuado porque la Instrucción así lo está haciendo, y considera que una misma cuestión, como es la inscripción registral, no puede aceptarse en algunos casos y denegarse en otros según sea la resolución que se tenga en cuenta en las oficinas consulares.

A tenor de estas dos opiniones contrapuestas, la situación jurídica en el ámbito civil es bastante paradójica ya que la Sala 1ª del TS se ha pronunciado en contra de la filiación de las y los menores nacidos por gestación por sustitución, sin embargo, la Instrucción del 5 de octubre de 2010 de la DGRN es plenamente aplicable y permite la inscripción de estas y estos menores siempre y cuando cumplan con los requisitos que en ella se establecen. Esto hace que el ámbito de aplicación de la sentencia sea únicamente la del caso particular juzgado (Vicente, 2017: 129).

La aplicación de esta Instrucción para todos los casos de las personas nacidas mediante gestación por sustitución, hace que se pueda considerar que se ha avanzado un paso para legalizar de facto la maternidad subrogada.

Es reseñable la opinión del TEDH a este respecto, ya que al igual que la DGRN, para este Tribunal prima el interés superior del menor. De hecho, tras las sentencias

dictadas por el TEDH y que hemos descrito en el apartado anterior, la DGRN consideró que se estaba avalando su opinión, y por tanto, quedaba superada la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del TS (Aragón, 2017: 8).

Además los dictámenes de la Gran Sala del TEDH solamente crean más confusión ya que según como se haya llevado a cabo la gestación por sustitución, considera que prima el orden público internacional en los casos en los que la aportación genética se haya realizado mediante la donación de terceras personas, pero sin embargo, en caso de que un padre intencional haya aportado su material genético para llevar a cabo la concepción, considera que el interés superior del menor es fundamental para garantizar los derechos tanto de la o el menor y de la madre intencional.

Tras estas sentencias, la pareja a la que se le había denegado la inscripción de sus hijos en el Registro Civil por el TS, solicitaron una anulación de actuaciones ante el Tribunal, y la Sala se reafirmó en su opinión alegando que en Francia trataron de manera diferente la cuestión conflictiva, ya que en ese país no se había dado opción de iniciar el procedimiento judicial para adoptar a las y los menores. Sin embargo, este Tribunal, en su sentencia instaba al Ministerio Fiscal a que iniciara esas actuaciones porque uno de los progenitores era el padre biológico de los menores y por tanto podía acogerse al artículo 10.3 de la LTRHA.

5. Prestación de maternidad en la gestación por sustitución

Hasta el mes de octubre de 2016, en España nunca había prosperado una solicitud de prestación de maternidad por parte de una madre o padre intencional ante la Sala de lo Social del TS, porque ninguno de los Recursos de Casación para la Unificación de la Doctrina (en adelante RCUD) que se habían presentado, habían conseguido presentar una sentencia de contradicción que consiguiera que la Sala entrara a debatir sobre el fondo de la cuestión. La puerta que ha abierto la DGRN con la Instrucción del 5 de octubre de 2010, al permitir la inscripción registral de las personas nacidas mediante gestación por sustitución, ha supuesto un aumento de demandas y de recursos de suplicación solicitando la prestación de maternidad. Finalmente, éstos han prosperado y ha sido posible que se haya admitido la contradicción en las sentencias presentadas.

En esa fecha se dictaron dos sentencias que han creado jurisprudencia sobre la prestación de maternidad para madres y padres intencionales, y que ha provocado que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS) haya publicado una respuesta a una consulta, en la que se estipulan las condiciones para que se reconozca el derecho al percibo de la prestación de maternidad en los supuestos de gestación por sustitución.

Ambos recursos fueron valorados por el Pleno de la Sala 4ª del TS el 19 de octubre de 2016, pero la sentencia que se va a analizar es la dictada el 25 de octubre de 2016, nº de recurso 3818/2015, ya que es la primera en publicarse y la que recoge ampliamente todos los aspectos de la cuestión debatida, además de tener tres votos particulares que discrepan con la decisión de la Sala.

El RCUd lo presentó el INSS tras la estimación por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ) de Cataluña, del recurso de suplicación interpuesto por un padre intencional de dos niñas nacidas mediante gestación por sustitución en la India.

El tipo de gestación fue la subrogada tradicional, por lo que cuando nacieron las niñas, fueron registradas en la oficina consular como hijas del padre intencional y de la mujer gestante¹⁶. Además, con posterioridad, la mujer gestante renunció a sus derechos y obligaciones como madre, y autorizó expresamente al padre intencional a trasladarse a cualquier país de su elección. Esta renuncia se hizo mediante declaración jurada ante un notario en la India el 23 de octubre de 2013.

Tras el regreso a España del padre intencional con las niñas, solicitó la prestación de maternidad ante el INSS y este organismo procedió a denegar su solicitud. Por este motivo presentó reclamación previa contra esa resolución, la cual también fue desestimada. Posteriormente presentó demanda ante el Juzgado de lo Social que también fue desestimada, por lo que interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia. La Sala de lo Social de este Tribunal estimó la pretensión de la parte actora, motivo por el que el INSS interpuso el RCUd, presentando como sentencia de contraste, una sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco del 13 de mayo de 2014, nº de recurso 749/2014¹⁷.

La Sala de lo Social del TS, tras comprobar que la sentencia de contraste presentada cumple con lo estipulado en el artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, procede a repasar y valorar la jurisprudencia del TEDH, concretamente los mismos casos anteriormente descritos¹⁸. A este respecto, el Pleno considera que lo que hace el TEDH es optar por la opción menos mala ya que opta porque prevalezca el interés superior del menor por encima de decisiones judiciales contrarias al ordenamiento jurídico español.

Posteriormente pasa a analizar y valorar dos sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁹ en las que se plantea el derecho a la prestación de maternidad en dos casos²⁰ de gestación por sustitución. En ambas sentencias se analizan varias directivas de la Unión Europea relacionadas con el derecho de la prestación de maternidad y las mujeres trabajadoras²¹, y en ambas se menciona la Directiva 2000/78/CE

¹⁶ La gestación subrogada tradicional se realiza con la aportación de los óvulos de la mujer gestante. Además, en este caso, el padre intencional también aportó material genético para llevar a cabo la gestación por sustitución, por este motivo las niñas fueron registradas como hijas biológicas de ambos progenitores.

¹⁷ En el fundamento de derecho 4º de esta sentencia, se recoge la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS recogida en el punto 4.1. de este trabajo, y se basa en sus deliberaciones para estimar el recurso de suplicación interpuesto por el INSS.

¹⁸ Ver punto 4.3 de este trabajo.

¹⁹ Estas sentencias son las que analiza la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco y uno de los fundamentos de derecho (el 4º) sobre los que se basa el fallo estimatorio que dictan.

²⁰ Sentencia del TJUE, C-167/12, y sentencia TJUE, C-363/12, ambas del 18 de marzo de 2014.

²¹ Directiva 92/85/CEE relativa a la mejora de la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas, y Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco de igualdad de trato en el empleo.

relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres.

La valoración de la Sala 4ª sobre estas sentencias es que en el Derecho de la Unión Europea no existe amparo para acceder a la prestación de maternidad cuando la maternidad se lleva a cabo mediante la gestación por sustitución, porque no hay ninguna mención al respecto en ninguna norma, ni incluyendo ni excluyendo este supuesto.

Tras la valoración de la jurisprudencia europea, pasa a analizar la legislación civil española relativa a la inscripción registral y las técnicas de reproducción asistida y la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS²².

Finalmente, antes de entrar a valorar la pretensión del INSS, analiza la legislación laboral y de seguridad social en relación a la prestación de maternidad. En el Real Decreto Legislativo 8/2015 por el que se aprueba la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), la prestación de maternidad viene recogida en el Título II, Capítulo VI, artículos 177 al 180, y su desarrollo normativo se lleva a cabo en el Real Decreto (en adelante RD) 295/2009, en el que se regulan, entre otras, la prestación de maternidad.

En cuanto a la legislación de seguridad social hay que destacar que en el artículo 177 de la LGSS se recoge que las situaciones protegidas para percibir la prestación de maternidad son la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar. Como es obvio, la situación de maternidad por gestación por sustitución no viene recogida por ser contraria al ordenamiento jurídico español. Sin embargo, en el artículo 2.2 del RD 295/2009 se recoge que serán equiparables a la adaptación y el acogimiento “(...) aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean previstos para la adopción y el acogimiento (...) cuya duración sea inferior a un año”. Una vez más se puede comprobar que la gestación por sustitución sigue sin contemplarse en esta normativa, sin embargo, la Sala considera que la no mención a este método reproductivo puede dar pie a varias interpretaciones, desde considerarlo una variante genética a considerar que una ley es contraria a la CE porque discrimina a las personas que quieren ser madres y/o padres, e incluso que pueda ser discriminatoria porque no trata igual a las personas nacidas mediante gestación por sustitución.

En la legislación laboral hay que destacar que en los artículos 45.1.d) y 48.4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores se recogen las causas de suspensión de contrato y los supuestos de suspensión con reserva del puesto de trabajo, y en ambos se mencionan el parto, la adopción y el acogimiento.

La Sala interpreta que no existe fraude de ley por parte del padre intencional ya que se trata del padre biológico, simplemente considera una conducta ilícita la formalización de un contrato de gestación por sustitución, destacando que este es el motivo por el que se le ha denegado la prestación de maternidad. Incluso llega a expresar que, si el padre

²² Todas estas cuestiones ya están analizadas en los puntos 3.1., 4.1. y 4.2. de este trabajo, por lo que no se hará ninguna mención más al respecto en este apartado.

hubiera mantenido relaciones sexuales con la madre, no habría motivo de denegación porque sería el padre biológico, al igual que ocurren en su situación de padre intencional.

En cuanto a esta aseveración, resulta sorprendente la argumentación de la Sala porque lo cierto es que sí que es importante el medio por el que se consigue ser madre o padres. Las relaciones sexuales, siempre y cuando sean consentidas, es un método legal y natural para conseguir ser madres y/o padres. Sin embargo, la formalización de un contrato cuyo fin es alquilar una parte del cuerpo de una mujer para lograr ser madres y/o padres, además de éticamente reprobable, es contrario al ordenamiento jurídico español, motivo por el que no viene recogida como una situación protegida para tener derecho a percibir la prestación de maternidad.

Los argumentos de la Sala para desestimar el RCU interpuesto por el INSS y conceder al padre intencional la prestación solicitada, son los siguientes:

- ▶ **El interés superior del menor y la prestación por maternidad:** A este respecto hacen hincapié en que la protección final de esta prestación abarca tanto a las madres y/o padres como a las y los menores, porque tal y como se recoge en varias sentencias, también tiene como fin que se realice una convivencia y se tenga contacto entre la persona adulta y la/el menor, incluso para los casos de adopción y acogimiento. En otras palabras, consideran que es importante que esta prestación sirva para estrechar lazos familiares entre madres y/o padres y las y los menores.
- ▶ **Listado de situaciones protegidas parcialmente abierto:** La Sala considera que lo descrito en el artículo 2.2 del RD 295/2009 en relación a las resoluciones judiciales extranjeras permite una flexibilidad interpretativa, por lo que la situación de gestación por sustitución puede ser análoga a las de adopción y acogimiento internacionales.
- ▶ **Protección a un estado de necesidad real:** En este punto destaca la contradicción existente entre la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS y la del TEDH sobre la inscripción registral de las personas nacidas mediante gestación por sustitución. Para la Sala es más importante la jurisprudencia del TEDH porque protege a unas niñas, que además son hijas biológicas del padre intencional, y considera que la concesión de la prestación de maternidad al padre intencional no viola la ley porque es el único progenitor que está al cuidado de ellas.
- ▶ **Interpretación constitucional:** A este respecto la Sala hace una reflexión sobre los casos en los que, partiendo de situaciones contrarias a la CE, sus efectos jurídicos están permitidos, poniendo como ejemplo la concesión de la pensión de viudedad para los casos de nulidad matrimonial, o el derecho al percibo del salario en los casos de los contratos nulos. Por este motivo interpreta que aunque los contratos de gestación por sustitución son nulos, no puede negarse la situación de necesidad que se genera hacia la y el menor, por lo que el padre intencional tiene que tener derecho al percibo de la prestación de maternidad.
- ▶ **Paternidad biológica con maternidad subrogada:** Para la Sala, que el padre intencional sea el padre biológico es un hecho adicional para que le sea concedida la prestación de maternidad.

Como se puede comprobar, las Magistradas/os realizan una interpretación muy flexible de la legislación y de la jurisprudencia del TS, con el fin de conceder la prestación solicitada por ser el padre intencional y no el padre biológico de las niñas. De hecho, aplica la analogía en todas aquellas situaciones en las que la gestación por sustitución pueda ser comparada con la adopción y el acogimiento, y justifica su pronunciamiento argumentando el interés superior del menor y que el comportamiento del padre intencional, no implica fraude de ley porque es el único de los progenitores biológicos responsable de las menores, ya que la madre se ha desentendido de ellas.

En cuanto a los votos particulares que se exponen, el primero lo realiza una Magistrada que considera que el Pleno no debería haber entrado a debatir el fondo porque no existe contradicción.

El segundo Magistrado considera que se debería conceder la prestación de maternidad únicamente por ser el padre biológico de las niñas y no por ser el padre intencional. En opinión de este Magistrado, no cabe la prevalencia del interés superior del menor ya que es una cuestión civil que no tiene nada que ver con la materia social que se juzga en la Sala 4ª. Además las juezas y jueces no pueden crear derecho invocando al interés superior del menor, para ir contra lo previsto en la ley, ya que se trata de un principio que tiene que servir para interpretarla y no contrariarla.

También refiere que no es posible la aplicación de la analogía porque no existe ninguna laguna jurídica. Los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho porque así lo dice el artículo 10 de la LTRHA, y por tanto sus efectos jurídicos tampoco pueden ser admitidos. Tampoco puede ser comparada con la adopción y el acogimiento internacionales, porque estas dos situaciones sí que están reguladas por la Ley 54/2007 de adopción internacional (Aragón, 2017: 15).

Este Magistrado también entra a valorar las consideraciones sociológicas relacionadas con la gestación por sustitución. Argumenta que la “realidad social” no puede ser una vía para aceptar la pretensión del padre intencional, porque el hecho de que un colectivo de personas defienda este método reproductivo y acudan al extranjero para realizar los contratos, aunque éstos estén prohibidos en España, solo refleja la parte de la sociedad que está a favor de este método de reproducción. La “realidad social” también tiene que contemplar al colectivo que es totalmente contrario a este método porque supone una comercialización de un embarazo, lo que hace que tanto la madre gestante como la persona nacida sean consideradas como objeto de un comercio.

El tercer Magistrado rechaza de pleno la concesión de la prestación de maternidad al padre intencional porque considera que la solicitud de esta prestación es fraude de ley por partir de una situación contraria a ella. De hecho, el motivo de que el padre intencional acuda a un país extranjero a formalizar un contrato nulo de pleno derecho para la ley española, es un acto fraudulento porque lo hace con conocimiento de causa. Por este motivo considera que, aunque se trate del padre biológico de las niñas, el acto es contrario a la ley y por tanto no puede perjudicarse a un tercero abonando una prestación de maternidad que no recoge este método de reproducción como una situación protegida (Aragón, 2017: 16).

Como consecuencia de la jurisprudencia creada tras los fallos pronunciados por la Sala 4ª del TS, la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, respondió el 29 de diciembre de 2016 a una consulta realizada para la prestación de maternidad en las situaciones de gestación por sustitución.

En esta respuesta el INSS ha pasado a aplicar la analogía, tal y como lo realiza el TS, y por tanto considera la gestación por sustitución una situación protegida para concederse la prestación de maternidad. También recoge quiénes serán las y los beneficiarios de esta prestación, determina el hecho causante de la prestación, los requisitos exigidos, la duración y extinción de la prestación, y los efectos económicos de la misma.

6. Situación de las mujeres gestantes

Las mujeres gestantes son imprescindibles para poder llevar a cabo la gestación por sustitución, sin embargo, únicamente son tenidas en cuenta como si fueran un medio para lograr un fin, es decir, como si fueran la maquinaria necesaria para conseguir el producto final, una niña o niño. Esto supone un paso atrás en las reivindicaciones del feminismo en cuanto a que se considere a las mujeres como personas e iguales a los hombres. Y también deja en evidencia a los Estados porque no han sabido protegerlas de un patriarcado que siempre las ha considerado como objetos.

Tras el éxito del feminismo radical de la década de los 70 y la campaña antifeminista de los 80, en los 90 llegó la reacción patriarcal y del capitalismo neoliberal, que crearon alianzas que repercutieron en la vida las mujeres en cuanto a la subordinación y explotación económica (Cobo, 2017: 46). El objetivo de esta alianza, es hacer creer a las mujeres que son ellas las que desean volver a los antiguos papeles que han desempeñado dentro de la familia tradicional (subordinación sexual, maternidad), y que la emancipación de las mujeres es sinónimo de infelicidad y soledad. Con este fin han formado un discurso antifeminista con la intención de que la sociedad se concencie de la necesidad de un nuevo modelo de feminismo, en el que las mujeres desean desempeñar su papel de cuidadoras voluntariamente y lo envuelven en la ideología de la libre elección. En otras palabras, procuran restablecer a las mujeres como objeto y neutralizan su derecho a ser sujetos (Cobo, 2017: 49-52).

Uno de los requisitos que se exige a las mujeres gestantes es que hayan sido madres previamente, y que además tienen que decidirlo libremente²³. Como puede comprobarse, tanto los Estados neoliberales como el patriarcado han conseguido calar su discurso de libre elección entre la sociedad, especialmente entre las mujeres, ya que se precisa que éstas tengan arraigado su papel de cuidadoras para que sean óptimas para gestar a una niña o niño, y eso lo consiguen con mujeres que ya son madres.

Este discurso antifeminista finaliza con la afirmación de que las mujeres lo realizan libremente, lo que resulta bastante sorprendente porque tanto en las gestaciones altruistas,

²³ Este requisito también lo ha incluido el partido político Ciudadanos en la Proposición de Ley que presentó ante el Congreso de los Diputados en el mes de junio de 2017.

mediante una compensación resarcitoria, como en las gestaciones lucrativas, con la compensación económica que se las paga, el dinero es un elemento imprescindible para poder llevarlas a cabo. En caso de que no hubiera una compensación, posiblemente ninguna mujer estaría dispuesta a gestar a una niña o niño para luego entregárselo a terceras personas. Por tanto, puede afirmarse que la necesidad económica de las mujeres gestantes es fundamental para que no puedan ser libres a la hora de tomar la decisión de gestar una niña o niño.

El patriarcado, además de intentar crear un nuevo feminismo en consonancia con sus ideales, también se ha volcado en demostrar e impulsar la existencia de una división entre hombres y mujeres por sus diferencias sexuales. Por un lado, los hombres son sujetos que son considerados “cultura”, y por otro, las mujeres son consideradas “naturaleza” porque están directamente ligadas a ella por su capacidad reproductora (Balaguer, 2017: 146). Con esta división de sexos, el patriarcado se reafirma al considerar a las mujeres gestantes como objetos cuyo único valor es su fertilidad y apariencia física²⁴. Su inteligencia y dignidad pasa a un segundo plano.

Pero la dignidad de las personas es fundamental para que no se pueda “cosificar” a las mujeres gestantes. Para evitarlo, la CE considera la dignidad en el artículo 10.1, como fundamento del orden político y de la paz social. La dignidad es un concepto jurídico sin naturaleza de derecho fundamental, pero que tiene que considerarse como un principio cuya finalidad es la de interpretar otras normas jurídicas. Igualmente tiene connotaciones morales porque hace referencia a unos valores, lo cuales debe proteger el Estado para que personas que se encuentren en una situación de inferioridad, puedan mantener su dignidad (Balaguer, 2017: 35).

Asimismo, la dignidad puede considerarse como un concepto específico de las personas, para que así se puedan reconocer como sujetos y no como objetos (Balaguer, 2017: 40). Por ello la dignidad nunca debería de recogerse en un contrato, porque como ocurre en la gestación por sustitución, las mujeres gestantes pasan a considerarse objetos, empezando de esta manera con la mercantilización de su cuerpo, y se deja de pensar en ellas como personas.

El papel del Estado es fundamental para proteger la dignidad de las mujeres. Un Estado social permite el desarrollo de la libertad individual y de los mercados, pero con intervenciones legislativas para proteger a los más desfavorecidos dentro de esos mercados (Balaguer, 2017: 139). Uno de estos colectivos desfavorecidos han sido las mujeres, que con sus reivindicaciones han colaborado al desarrollo del Estado social. Sin embargo, desde hace unas décadas se están imponiendo gobiernos y políticas liberales, que únicamente están frenando el libre desarrollo de las mujeres, y por este motivo puede afirmarse que el Estado social no ha sabido proteger a las mujeres ante la imposición del patriarcado, dejándolas en una situación de inferioridad ante una sociedad en la que cada vez prima más el individualismo.

²⁴ Es importante si además de gestar también aportan sus óvulos.

El capitalismo neoliberal ha aprovechado el discurso del patriarcado para crear un mercado que consiga un mayor beneficio del cuerpo de las mujeres. La industria del sexo cada vez es mayor, y la no protección y regulación por parte de los Estados está generando que se trate el cuerpo de las mujeres como una mercancía.

El crecimiento del mercado del sexo también se ha trasladado a la gestación por sustitución. Los países que tienen regulado este método de reproducción han generado un mercado de mujeres donde se pueden alquilar sus vientres, con el único fin de tener niñas y niños para entregarlos a terceras personas que han pagado por ellas y ellos.

Un claro ejemplo de este mercado de mujeres, es la situación que viven las mujeres ucranianas, y que ha supuesto que se denomine a Ucrania como el útero de Europa (En el punto de mira, 2017).

Ucrania es el país más pobre de Europa, y las mujeres de este país han encontrado en la gestación por sustitución, una solución para sus problemas económicos al convertirse en mujeres gestantes. Se ha procurado investigar el negocio que la gestación por sustitución supone para las agencias²⁵ que funcionan como intermediarios entre las parejas españolas y las mujeres gestantes ucranianas, sin embargo no ha sido posible saberlo porque estas agencias no permiten a las mujeres gestantes dar esa información. Esto hace suponer que de los aproximadamente 50.000 € que cuesta formalizar la gestación por sustitución en ese país, las mujeres, posiblemente no lleguen a cobrar los 8.000 € que publican que pueden obtener²⁶.

Lo más destacable es que en las entrevistas realizadas a estas mujeres, todas tienen un discurso común. Refieren que su motivación para ser mujeres gestantes es ayudar a otras familias que no pueden tener descendencia, y consideran la gestación por sustitución un trabajo como otro cualquiera. Sin embargo, siempre finalizan su discurso con lágrimas, reconociendo que se trata de un proceso muy duro, tanto físicamente como mentalmente, y si no fuera por la situación de necesidad económica que sufren, estas mujeres nunca accederían a gestar unas niñas y niños para entregarlos posteriormente a otras personas.

Además de la necesidad económica, otra de las cuestiones de las que nunca se habla es los riesgos que corren las mujeres gestantes. Todo embarazo conlleva una serie de posibles riesgos que pueden sufrir las mujeres, como son la hipertensión, placenta previa o diabetes gestacional, entre otros. Pero cuando se formaliza un contrato de gestación por sustitución, las mujeres dejan de tener la libertad de decidir muchas cuestiones sobre su cuerpo, no tienen libertad para decidir si quieren interrumpir el embarazo, es decir, no tiene derecho a decidir en caso de que su vida corra riesgo, y también se les niega el derecho a arrepentirse.

²⁵ Tanto las agencias españolas como las ucranianas.

²⁶ En el reportaje se dice que en los anuncios de prensa que existen para atraer a las mujeres gestantes, se ofrece una indemnización económica de 8.000 €. Pero cuando se les pregunta directamente a las mujeres gestantes, no dicen si esa cantidad es correcta. Por este motivo, la periodista sospecha que seguramente cobren bastante menos que esa cantidad.

Una vez más, se confirma el papel de las mujeres gestantes como meros objetos en este proceso, se las ofrece como una mercancía dentro de un mercado que mueve muchos millones de euros y que es un negocio para muchas personas, entre las que no se encuentran las mujeres gestantes.

Además de todo lo expuesto, en las sentencias y resoluciones administrativas analizadas en este trabajo, se ha comprobado que principalmente se habla del deseo de unas personas de ser madres y padres, y para ello recurren a un método reproductivo prohibido en España. Como consecuencia de ese deseo desmedido, nace una niña o niño que queda desamparado por la legislación española al no tener derecho a la filiación. Por ese motivo, tanto las madres y padres intencionales como la DGRN, recurre a un concepto jurídico indeterminado como es el interés superior del menor, alegando ante los Juzgados y Tribunales la necesidad de tenerlo en cuenta para que se proteja a las y los menores, y que de esta manera puedan tener una vida familiar. En todos estos procesos judiciales, las mujeres gestantes tienen un papel secundario y únicamente se las menciona para justificar las resoluciones judiciales adoptadas, las cuales son favorables a la gestación por sustitución.

El 17 de diciembre de 2015 el Parlamento Europeo publicó una resolución sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo, correspondiente al 2014, y la política de la Unión Europea al respecto. En el apartado correspondiente a los derechos de las mujeres y las niñas, en el punto 115, el Parlamento dice textualmente que se

condena la práctica de la gestación por sustitución, que es 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 vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos (Parlamento Europeo, 2015).

Sin embargo, los Tribunales españoles no han tenido en cuenta esta resolución a la hora de tomar sus decisiones judiciales, ya que posteriormente a esta resolución, el TS ha fallado a favor de madres y padres intencionales que solicitaban la prestación de maternidad tras la celebración de contratos de gestación por sustitución.

Para evitar que no se considere el cuerpo de las mujeres gestantes como una mercancía y se tenga en cuenta su dignidad, los gobiernos de los estados miembros de la Unión Europea deberían de haber tenido en cuenta esta resolución del Parlamento Europeo. Estos estados deberían de tomar decisiones políticas para frenar los hechos que atentan la dignidad de las mujeres, y no deberían de permanecer pasivos frente a todas las acciones que vulneran tanto la dignidad como los derechos humanos de las personas²⁷.

²⁷ En el punto 124 de la resolución, se encarga a su Presidente que dé traslado de esta Resolución a todos los estados miembros, y a diversos órganos representativos del Parlamento Europeo y de Naciones Unidas.

7. Situación socio-política

La gestación por sustitución cada vez tiene mayor presencia en la sociedad debido a que personajes públicos están intentando generar un debate social para que la gestación por sustitución sea legalizada en España²⁸.

Los hombres homosexuales siempre han tenido problemas para poder llevar a cabo adopciones, especialmente las internacionales, ya que principalmente se llevan a cabo en países en vías de desarrollo en los que existe un rechazo absoluto hacia las parejas homosexuales. La negativa de estos países a permitir la adopción a estas parejas, ha llevado a que hayan acudido a formalizar contratos de gestación por sustitución para ser padres.

Otro de los motivos por los que cada vez se recurre más a la gestación por sustitución, es que los requisitos y trámites burocráticos son inferiores a los que se exigen para llevar a cabo una adopción, lo que hace que la duración del proceso sea menor. Al no estar permitida la gestación por sustitución en España, no es necesario cumplir con las exigencias que existen para la adopción, como por ejemplo el certificado de idoneidad, lo que hace que sea más sencillo ser madres y padres mediante este método reproductivo.

La citada presencia social que ha adquirido la gestación por sustitución, ha impulsado a que el partido político de Ciudadanos incluyera en su programa político²⁹, promover una Ley de Gestación Subrogada para garantizar los derechos de todas las personas intervinientes en el proceso, especialmente a las y los menores (Ciudadanos, 2016).

Por este motivo el 8 de septiembre de 2017 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos, para regular el derecho a la gestación por subrogación (Congreso de los Diputados, 2017). En la Exposición de Motivos de esta Proposición de Ley, reflejan que la evolución del modelo de familia, en alusión a los matrimonios entre personas homosexuales, es uno de los motivos para regular la gestación por sustitución, y como la LTRHA no cumple con las necesidades de este nuevo modelo porque niega la formalización de los contratos, consideran que el ordenamiento jurídico no satisface las exigencias básicas de todo Estado democrático de Derecho, que consisten en ofrecer cauces institucionales adecuados para que la libertad de los ciudadanos pueda hacerse realidad.

La finalidad de la Proposición de Ley es formalizar los efectos jurídicos creados a partir de las recientes sentencias dictadas en la Sala 4ª del TS y de la Instrucción del 5 de octubre de la DGRN. Entre otros motivos para fundamentar la propuesta legislativa, se alude a que la gestación por sustitución se ve con naturalidad por los cambios sociales

²⁸ Las Asociaciones de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales están realizando campañas a favor de su legalización porque las parejas de hombres homosexuales son las que más están recurriendo a este método de reproducción humana, especialmente en el Estado de California, porque en este estado no se cuestiona la orientación sexual de las personas para formalizar los contratos de gestación por sustitución.

²⁹ Elaborado para las elecciones celebradas en el Estado español el 26 de junio de 2016.

que han ocurrido en España y en los países de su entorno, y estos cambios a su vez, requieren de cambios normativos.

En la misma línea de pensamiento y por los mismos motivos, en el año 2008 nació la asociación SNH tras la creación de un grupo de familias homoparentales que acudían a la gestación subrogada para poder ser padres (Son nuestros hijos, 2008). La visión de SNH se basa en defender a las familias basadas en el amor, modelos de familias en las que la filiación se establezca por la voluntad y el compromiso de ser madres o padres, y donde se trate a las personas nacidas mediante gestación por sustitución con igualdad que a las nacidas en un modelo clásico de familia. Y su misión consiste entre otras cuestiones:

- * Reivindicar la Gestación Subrogada como un derecho reproductivo de las familias que no pueden gestar a sus hijas/os.
- * Reivindicar el acceso al Registro Civil de las hijas/os de sus asociados.
- * Reivindicar un trato igualitario a las familias de los asociados.
- * Reivindicar la regulación de la Gestación Subrogada en España (Son nuestros hijos, 2008).

En contraposición a esta opinión, existe la plataforma No Somos Vasijas, integrada por distintas activistas feministas, que han firmado un manifiesto en contra de la gestación por sustitución. En este manifiesto muestran su rechazo a la utilización de vientres de mujeres con el fin de gestar una niña o niño para una tercera persona, porque consideran que el deseo de ser madres y padres y el ejercicio de la libertad, no implica que se tenga derecho a tener hijos (No somos vasijas (2015).

Teniendo en cuenta esta premisa, en el manifiesto enumeran las razones por las que rechazar tajantemente la gestación por sustitución y que son:

- Elegir es preferir entre una serie de opciones vitales.
- La “maternidad subrogada” se inscribe en el tipo de prácticas que implican el control sexual de las mujeres.
- Alquilar el vientre de una mujer no se puede catalogar como “técnica de reproducción humana asistida”.
- El “altruismo y generosidad” de unas pocas no evita la mercantilización, el tráfico y las granjas de mujeres comprándose embarazos a la carta.
- Si la “maternidad subrogada altruista” se legaliza, se incrementa también la comercial.
- Las mujeres no se pueden alquilar o comprar de manera total o parcial.
- No perder la perspectiva de los Derechos Humanos.

Como puede comprobarse, por un lado se encuentran las personas que están a favor de su práctica y por tanto reivindican una regulación, y por otro se encuentran plataformas sociales que se posicionan en contra y que abogan por que la legislación continúe como hasta ahora, manteniendo la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución.

Y para reafirmar esta presencia social y política, el poder judicial también está pronunciándose en relación a la gestación por sustitución. Como se ha descrito en este

trabajo, existen pronunciamientos del TS que están legalizando de facto la gestación por sustitución tras reconocer el derecho a la prestación de maternidad de las madres y padres intencionales, y también al permitir la inscripción registral de sus hijas e hijos.

A pesar de que las plataformas contrarias a la gestación por sustitución consideran que no es necesaria su regulación porque el artículo 10 de la LTRHA ya lo contempla, en la actualidad, tal y como se ha podido comprobar en las sentencias del TS, se han aceptado todos los efectos jurídicos que despliegan estos contratos. Este hecho hace que, a mi entender, se haya allanado el camino para legalizar los contratos de gestación por sustitución.

Por todo lo anteriormente expuesto, considero necesario regular la gestación por sustitución, tipificándola como un delito para todas las personas que formalicen o ayuden a formalizar un contrato. De esta manera se evitaría que eludan el ordenamiento jurídico español y como consecuencia, dejarían de tratar como mercancías a las mujeres gestantes y a las niñas y niños nacidos mediante este método reproductivo. Con esta medida se impediría que antepusieran su deseo de ser madres y padres, a los derechos de las otras personas implicadas en este proceso, las mujeres gestantes y las niñas y niños.

La propuesta de modificación de legislación que se realiza consiste en:

- a) **Modificar el artículo 220 del Código Penal.** En el apartado 2 de este precepto se dice que “La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación” y aunque cabría una aplicación analógica para la gestación por sustitución, teniendo en cuenta la situación judicial actual, sería necesario añadir al final de la frase “incluidas las personas que formalicen un contrato de gestación por sustitución, incluso en países extranjeros en los que estuviera permitido”.
- b) **Modificar el artículo 221 del Código Penal.** En su apartado 1 se hace referencia a la pena de prisión entre 4 y 10 años para las personas que entreguen a una o un menor tras recibir compensación económica³⁰, con la que no tengan relación de filiación o parentesco y eludiendo los procedimientos legales de guarda, adopción o acogimiento. En este apartado también sería necesario citar expresamente la gestación por sustitución, haciendo nuevamente hincapié que también serán castigadas las madres y/o padres intencionales que formalicen contratos de gestación por sustitución en países extranjeros, con la intención de llevar a España a las y los menores nacidos. De esta manera no habrá lagunas legales a las que se puedan recurrir para evitar la sanción estipulada.

En el apartado 2 también se cita a las personas e intermediarios que pudieran realizar la entrega, incluso en el extranjero. Una vez más es necesaria la mención a la gestación por sustitución, ya que en la actualidad este método reproductivo se realiza en el extranjero, en los países en los que sí es legal llevar a cabo estos contratos.

³⁰ Considero que la compensación resarcitoria a la que se hace alusión en el artículo 5 de la propuesta legislativa del Grupo Parlamentario de Ciudadanos, es idéntica a la compensación económica a la que hace referencia el artículo 221 del Código Penal, ya que en ese artículo se considera el lucro cesante inherente a la gestación y los gastos laborales, entre otros, como parte de esa compensación resarcitoria.

- c) **Derogar el apartado 3 del artículo 10 de la LTRHA**, para anular cualquier posibilidad de que los hombres que hayan aportado material genético a la gestación por sustitución, puedan iniciar el trámite de reclamación de la paternidad.

Tras la modificación de estos preceptos y la tipificación como delito de la gestación por sustitución, se debería de declarar nula las Instrucciones del 5 de octubre de 2010 y del 18 de febrero de 2019 de la DGRN³¹ y la resolución a la consulta realizada a la Asistencia Jurídica del INSS³².

5. Conclusiones

A lo largo de este trabajo se ha reflejado que la gestación por sustitución es un tema muy controvertido tanto en la sociedad como en la política actual, y en los Juzgados y Tribunales.

En el ámbito judicial la principal controversia se encuentra en la determinación de la filiación de las personas nacidas mediante la gestación por sustitución, pero no es fácil realizar esta determinación porque existen distintas posibilidades de llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución. Lo que es obvio es que los hombres que aportan material genético para la concepción de las o los menores, tienen más facilidades para ser reconocidos como padres legales de estas niñas y niños porque pueden ampararse en el artículo 10.3 de la LTRHA.

Sin embargo, en la jurisdicción social la controversia ha finalizado porque una vez determinada la filiación de las y los menores, la doctrina de la Sala de lo Social del TS establece que la gestación por sustitución es una situación protegida para reconocerse el derecho a la prestación de maternidad.

Pero de lo que se sigue sin hablar en la sociedad y en los juzgados y tribunales, es de la situación de vulnerabilidad y desprotección en la que se encuentran las mujeres gestantes, porque la realidad es que la gestación por sustitución es un negocio que está enriqueciendo principalmente a intermediarios, que redactan contratos sexuales con el beneplácito de los gobiernos, ya que, con su silencio e inactividad en esta cuestión, están permitiendo la proliferación de este negocio. Y todo ello está provocando que se vulnere el derecho a la dignidad de estas mujeres y de las niñas y niños nacidos mediante gestación por sustitución.

Teniendo en cuenta que una parte de la sociedad y al menos un partido político ven necesario realizar un marco legal para la gestación por sustitución, en caso de llevarse a cabo la Proposición de Ley presentada, me surgen muchas incógnitas sobre posibles situaciones que puedan darse y que pueden tener consecuencias directas en la ciudadanía. Si el embarazo es de riesgo y la mujer gestante requiere reposo ¿quién pagaría la Incapacidad Temporal? ¿Y quién pagaría a las empresas la sustitución de estas mujeres

³¹ Permite la inscripción registral de las personas nacidas mediante gestación por sustitución si media resolución judicial declarando la filiación de éstas con las madres y padres intencionales.

³² Admite como situación protegida la gestación por sustitución para tener derecho al cobro de la prestación de maternidad.

durante el tiempo que no estén en activo? ¿Las seis semanas siguientes al parto, se duplicaría una prestación de maternidad cuya beneficiaria o beneficiario sería una madre o padre intencional, con una Incapacidad Temporal de la mujer gestante que acaba de dar a luz? ¿Vamos a tener que pagar todos los ciudadanos prestaciones sociales a las personas que anteponen sus deseos a los derechos de otras personas?

9. Bibliografía

Aragón Gómez, Cristina (2017): “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del tribunal supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, *Revista de información Laboral*, nº 4.

Balaguer, María Luisa (2017): *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*, Madrid, Cátedra.

Blanco, Silvia (2018): “El consulado de Kiev desbloquea las citas para inscribir a los bebés nacidos de vientres de alquiler”, *El país*.
https://elpais.com/politica/2018/09/06/actualidad/1536266529_054556.html
(acceso: 26.03.2019).

Ciudadanos (2016): “Programa político elecciones generales 2016”, *Ciudadanos*.
<https://www.ciudadanos-cs.org/nuestro-proyecto>. Última consulta el 15.11.2017.

Cobo, Rosa (2017): *La prostitución en el corazón del capitalismo*, Madrid, Catarata.

Congreso de los diputados (1986): “Aprobación por el Pleno del Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humana, así como las iniciativas particulares o sugerencias de los Grupos Parlamentarios de la Cámara”, *Boletín oficial de las Cortes Generales*.
http://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/BOCG/E/E_166.PDF (acceso: 18.11.2017).

Congreso de los diputados (2017): *Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos*, Madrid, Boletín Oficial de las Cortes Generales.

http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF (acceso: 15.10.2017).

En el punto de mira (2017): “Vientres de alquiler en Ucrania”, *Mitele*.
<http://www.mitele.es/programas-tv/en-el-punto-de-mira/587d0650c715da71248b45f4/player> (acceso: 15.11.2017).

Equipo de investigación (2015): “El precio de un hijo”, *Atresplayer*.
http://www.atresplayer.com/television/programas/equipo-de-investigacion/temporada-1/capitulo-125-precio-hijo_2015051600030.html (acceso: 16.11.2017).

Justia US law (1993): “Sentencia Johnson v. Calvert” *Justia US law*.
<https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/5/84.html> (acceso: 30.11.2017).

Lamm, Eleonora (2013): *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

Medline plus (2017): “Fecundación in vitro (FIV)”, *Biblioteca nacional de medicina de los EE.UU.*

<https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007279.htm>. Última consulta el 04.12.2017.

No somos vasijas (2015): “Manifiesto”, *No somos vasijas*.

http://nosomosvasijas.eu/?page_id=1153 (acceso: 15.10.2017).

Parlamento europeo (2015): *Resolución sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la UE al respecto*, Bruselas.

Son nuestros hijos (2008): “Nuestra historia”, *Son nuestros hijos*.

<http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/p/nuestros-hijos-son-espanoles.html> (acceso: 04.12.2017).

Son nuestros hijos (2008): “¿Qué es la subrogación gestacional?”, *Son nuestros hijos*.

<http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/p/qu.html> (acceso: 12.10.2017).

Son nuestros hijos (2008): “¿Quiénes somos?”, *Son nuestros hijos*.

<http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/p/quienes-somos.html> (acceso: 04.12.2017).

Subdirección general de ordenación y asistencia jurídica (2017): “Subsidio por maternidad. Hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero. Ampliación de la consulta 29/2016”, *Instituto nacional de la Seguridad Social*.

www.seg-social.es/descarga/222600 (acceso: 05.12.2017).

Vicente Palacio, Arantzazu (2017): “Cambios sociales y prestación económica de maternidad (Sobre la Maternidad Subrogada)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 12 (3^{er} Trimestre 2017).

Wallis, Lucy (2013): “La multimillonaria y polémica “fábrica de bebés” en India”, *BBC News*.

http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/130726_sociedad_india_fabrica_bebes_jp (acceso: 01.12.2017).

Ximénez de Sandoval, Pablo (2017): “Por qué California es la meca de la gestación subrogada”, *El país*.

https://elpais.com/internacional/2017/02/23/actualidad/1487854048_748059.html (acceso: 03.12.2017).