

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU PROBLEMÁTICA

EN BREVE

La maternidad subrogada lleva desde años generando un gran debate no solo jurídico sino político, médico, ideológico y religioso. La falta de regulación hace que muchas personas acudan al extranjero para tener un hijo en lo que se ha denominado como “fertility tourism” encontrándose con el problema de qué pasa al volver a España.

SUMARIO

1. Concepto.
2. La gestación por sustitución en la legislación española
3. Inscripción en el Registro Civil
4. Problemática entorno a su legalización
5. Posibles soluciones
6. Conclusiones



ENRIQUE SAINZ RODRÍGUEZ

ABOGADO DE FAMILIA
EN FUSTER-FABRA
ABOGADOS

CONCEPTO

La gestación por sustitución se puede definir como el **contrato, oneroso o gratuito**, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, **con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes**, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos.

Aunque nuestra legislación optó por el nombre legal de gestación por sustitución, en la práctica se han dado multitud de nombres tales como vientres de alquiler, contrato de gestación, maternidad intervenida, maternidad sustituta o, como consecuencia de la influencia norteamericana, maternidad subrogada.

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Hay que acudir a la **Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida** que, en su artículo 10, establece que “*será nulo de pleno derecho el contrato por el cual se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*” Además



▶ LEGISLACIÓN www.globaleconomistjurist.com

- Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. (Legislación. Marginal: 58492). Art.; 10
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (Legislación. Marginal: 69726846). Art.; 221
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Legislación. Marginal: 12615). Arts.; 764 a 768

de la anterior prohibición, **su práctica, hecha con contraprestación económica**, es considerada un **delito** dado que el **artículo 221 del Código Penal** establece que *“Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación”*.

INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL

El principal problema que surge a raíz de la maternidad subrogada es la inscripción en el Registro Civil cuando los padres españoles hayan acudido al extranjero para obtener un niño por este método.

Actualmente no es posible dicha inscripción dada la prohibición contenida en la ya mentada Ley 14/2006. Sin embargo, en la práctica sí se han dado ciertos casos, siendo especialmente relevante la **Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución** (publicada en el BOE N° 243 el jueves 7 de

octubre 2010, Sección I, páginas 84803 a 84805). En esta instrucción se fijaban las bases para la inscripción en el Registro Civil de **niños nacidos en el extranjero** de mujeres gestantes que han renunciado a su filiación

“EL PRINCIPAL PROBLEMA QUE SURGE ES LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL CUANDO LOS PADRES ESPAÑOLES HAYAN ACUDIDO AL EXTRANJERO PARA OBTENER UN NIÑO POR ESTE MÉTODO”

en virtud de un contrato de gestación por sustitución **cuando uno de los progenitores fuese de nacionalidad española.**

Por primera vez se pondera el **interés superior del menor**, y se establece que será necesario presentar la resolución judicial dictada por un tribunal competente del país de origen en la que se determine la filiación del nacido.

Según la citada instrucción, en dicho control incidental **se debe constatar:**

JURISPRUDENCIA www.globaleconomistjurist.com

- Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. (Resoluciones. Marginal: 70872834)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de noviembre de 2016, núm. 953/2016, N° Rec. 3146/2014 (Marginal: 70915892)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de octubre de 2016, núm. 881/2016, N° Rec. 3818/2015 (Marginal: 70352977)
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 26 de junio de 2014, sec. 5ª, núm. 65192/2011
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 26 de junio de 2014, sec. 5ª, núm. 65941/2011
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de febrero de 2014, núm. 835/2013, N° Rec. 245/2012 (Marginal: 2447938)
- Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. (Resoluciones. Marginal: 112377)

“a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

– *d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.*

e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.”.

No obstante, lo anterior, la justicia ha dado ciertos coletazos al respecto siendo relevante la **Sentencia 835/2013 de 6 de febrero de 2014 del Tribunal Supremo** núm. 835/2013, N° Rec. 245/2012, en la que, si bien es cierto que no denegaba la inscripción de los menores en el Registro Civil, sí lo hacía con respecto a la constancia de su filiación *“al no estar contemplado en la legislación española.”*

Dado que lo anterior dejaba en el limbo a números casos en los que no existe una sentencia positiva de filiación, la **Dirección General de Registros y Notariado** emitió el 15 de febrero de 2019 una nueva instrucción en la que se establecía que, en aquellos países en los que no se emiten sentencias positivas de filiación, bastaría una simple prueba de ADN que demuestre que el padre español es el padre biológico del menor, para proceder a su inscripción en el Registro Civil.

Dicha instrucción, que daba un giro de 180 grados a la del año 2010, fue anulada por el Ministerio de Justicia alegándose que la misma

había sido emitida sin su consentimiento, dictándose la **Instrucción de 18 de febrero 2019** (publicada en el BOE N° 45 el jueves 21 de febrero de 2019, Sección I, página 16730) que dejaba sin efecto la del día 15 de febrero

A modo de síntesis, **para poder proceder a la inscripción en el registro civil** es preciso que se den los siguientes requisitos:

1. La presentación de una **resolución del tribunal competente** en la que se determine la **filiación del menor**.
2. Que dicha resolución sea **objeto de exequatur** (salvo que sea aplicable un convenio internacional).
3. Que se lleve a cabo un **control incidental** por parte del encargado del Registro Civil, en caso de que la resolución extranjera tenga su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria.

Existe una segunda manera para proceder a la inscripción de un menor, y es acudir a la vía de los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo que el progenitor, mediante un **procedimiento de determinación legal de filiación**, puede inscribir como suyo a dicho hijo en el Registro Civil. Posteriormente la madre gestante tendría que renunciar a la potestad del niño para **permitir que la madre solicitante proceda a la adopción**. De esta manera, larga, costosa y tediosa, ambos padres serán reconocidos registralmente como padres legales del menor.

PROBLEMÁTICA EN TORNO A SU LEGALIZACIÓN

1. El primer gran problema es la **indefensión en la que se encuentran los niños** de parejas que han acudido al extranjero para obtenerlos por esta vía ya que, al no poder inscribir esos hijos como suyos en el Registro Civil, se encuentran ante graves situaciones de cara a la educación, sanidad, ayudas económicas y otros temas administrativos.
2. Otro problema que puede surgir es qué pasa con **los inconvenientes que ocurren durante el procedimiento de gestación** como el caso de que una mujer que contrate con una pareja la gestación de un niño se quede embarazada de mellizos

o incluso trillizos, ¿qué pasa con los niños no solicitados y que no forman parte del contrato?

“POR PRIMERA VEZ SE PONDERA EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SE ESTABLECE QUE SERÁ NECESARIO PRESENTAR LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DICTADA POR UN TRIBUNAL COMPETENTE DEL PAÍS DE ORIGEN EN LA QUE SE DETERMINE LA FILIACIÓN DEL NACIDO”

“LA MATERNIDAD SUBROGADA ES UN TEMA CANDENTE EN NUESTRA SOCIEDAD Y QUE DEMANDA CON URGENCIA UNA REGULACIÓN EXHAUSTIVA A FIN DE EVITAR DEJAR EN EL LIMBO A CIENTOS DE ESPAÑOLES QUE RECURREN A ESTA PRÁCTICA”



3. Un tercer problema es que en **caso de muerte de la persona que ha contratado el vientre de alquiler**, ¿la madre se queda con él?, ¿lo da en adopción?
4. En caso de **arrepentimiento o negativa de la mujer gestante**, ¿qué pasaría con el bebé?
5. Admitir una **maternidad subrogada en su vertiente económica** también arrastraría una serie de problemas:
 - Se haría más difícil luchar contra la compraventa y tráfico de bebés y las mafias que engloban la misma.
 - Crearía dilemas morales como su comparativa con la prostitución (¿es legal alquilar el útero, pero no lo es alquilar el resto del cuerpo?).
 - Las situaciones de necesidad se multiplicarían de modo que muchas mujeres accederían a quedarse embarazadas con el único fin de obtener un beneficio económico.

Si la gestación por sustitución fuese legal, ¿no sería más rápido y más económico este sistema que el de la adopción?

POSIBLES SOLUCIONES

Hallar una medida al problema de la maternidad subrogada no es tarea fácil, siendo varias las posibles soluciones, pero pasando todas ellas por la **necesidad de regular cuanto antes este tipo de práctica**. Diferentes juristas y expertos han propuesto a lo largo de estos años una serie de posibles medidas:

1. **Admitir la maternidad subrogada**, pero únicamente **en su vertiente altruista** prohibiendo en todo caso cualquier tipo de contraprestación económica y manteniendo esta práctica como delito en caso de que ocurra esto último.
2. **Establecer una ley de maternidad subrogada** que la regule y dé solución a

“HALLAR UNA MEDIDA AL PROBLEMA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA NO ES TAREA FÁCIL, SIENDO VARIAS LAS POSIBLES SOLUCIONES, PERO PASANDO TODAS ELLAS POR LA NECESIDAD DE REGULAR CUANTO ANTES ESTE TIPO DE PRÁCTICA”

BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. *Notas críticas en torno a la instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*. Cuadernos de derecho transnacional. Marzo 2011. Vol. 3, nº 1, folios 247-262.
- CASADO ROMÁN, JAVIER. *La inscripción de la gestación por sustitución realizada en el extranjero: Comentarios a la STS 835/2013*. Marzo 2014. Revista online El Derecho.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Comunicado del Consejo General del Poder Judicial de 13 de febrero de 2014 en relación a la posibilidad de inscripción de los menores, fruto de la maternidad subrogada en el Registro Civil*.

los posibles problemas que puedan surgir: desistimiento de los padres, renuncia de la mujer gestante, o problemas durante la gestación.

3. Establecer unos **requisitos de idoneidad similares a los de la adopción**, tanto en la mujer gestante como en los padres, a fin de proteger el interés del menor.
4. **Homologación judicial de este tipo de contratos**, siempre que los mismos se adapten a las condiciones de contratación de nuestro ordenamiento.

CONCLUSIONES

- La maternidad subrogada es un tema candente en nuestra sociedad y que demanda con urgencia una regulación exhaustiva a fin de evitar dejar en el limbo a cientos de españoles que recurren a esta práctica.
- Desde las más altas instancias europeas se está empezando a sancionar a los países que denieguen la inscripción de estos menores, aunque dicha práctica sea ilegal [ejemplo de ello fue la condena hecha a Francia por el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo en la sentencia de fecha 26 de junio de 2014, en los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/Francia)].
- Nuestro Tribunal Supremo está equiparando estas situaciones a otras análogas en nuestro ordenamiento, citando especialmente las sentencias de 25 de octubre de 2016 (núm. 881/2016, N^o Rec. 3818/2015) y de 16 de noviembre de 2016 (núm. 953/2016, N^o Rec. 3146/2014) en donde se reconoció el derecho a las prestaciones de maternidad en la gestación subrogada.
- En cuanto a la posibilidad de legislar la misma, únicamente el grupo parlamentario de Ciudadanos ha registrado una propuesta de proyecto de ley para que la maternidad subrogada sea legal, libre y altruista dentro de unos parámetros. Conviene también destacar que el Comité de Bioética de España (organismo consultivo del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social) elaboró un informe en el que no sólo rechazó esta práctica en España, sino que propuso su prohibición a nivel mundial (Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada hecho en Bilbao el 16 de mayo de 2017).
- No obstante lo anterior, la falta de una norma concreta, unido al contante cambio de criterios de nuestros Tribunales, y la falta de concreción de nuestros parlamentarios, hace que cientos de menores se encuentren en un limbo legal a la espera de poder ser un español más con todos los derechos y garantías.

