

UNA ENCRUCIJADA JUDICIAL Y UNA REFORMA LEGAL POR HACER: PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA

Antonia Durán Ayago
Profesora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca



**I Jornada Informativa sobre
Gestación Subrogada
29 de septiembre de 2015**



Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

- .- Contexto
- .- Marco legislativo
- .- La DGRN y la acción de la justicia:
especial referencia a la jurisprudencia
del TEDH
- .- Propuestas *de lege ferenda*

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

CONTEXTO

➤ ¿En qué consiste la gestación por sustitución?

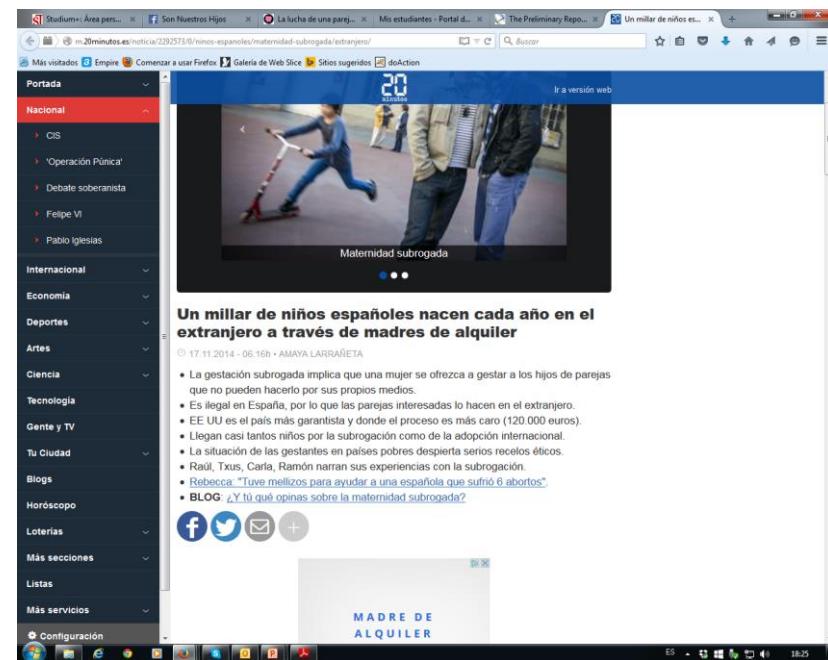
- Contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar al nacido a los comitentes, que puede ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez puede aportar o no sus gametos.
- En los últimos años, esta técnica ha comenzado a ser utilizada cada vez con mayor frecuencia por españoles. Se suele hablar de **“turismo internacional de fertilidad”**, también **“turismo procreativo”** o **“turismo reproductivo”**.

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

- **Informe preliminar de la Conferencia de La Haya sobre los problemas derivados de los convenios de gestación por sustitución de carácter internacional** (marzo de 2012): entre 2006 y 2010 la cifra de estos contratos subió un 1000 % en las cinco grandes agencias especializadas que se consultaron. Sólo en 2008 se incrementaron en un 40 % los contratos internacionales de gestación subrogada.



En España, aunque no hay cifras oficiales, se habla de que cada año 1000 niños hijos de españoles nacen en el extranjero a través de esta técnica



Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

- Tras las cifras se esconde el legítimo deseo de muchas personas o parejas de tener hijos cuando por medios naturales no pueden.
- Es cierto que tras la introducción en España del matrimonio entre personas del mismo sexo, en 2005, debió de llevarse a cabo una reforma en materia de filiación todavía pendiente.
- Pero la necesidad de recurrir a la gestación por sustitución trasciende a este colectivo.

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

Marco Legislativo

- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

Art. 10:

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

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

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales".

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

➤ ¿Qué ley regula la filiación en España?

- **Art. 9.4 Cc:** “*La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española*”. (Ley 26/2015)

➤ Hay que distinguir entre:

- **Tutela declarativa:** casos en que se inicie en España un procedimiento de impugnación de la filiación – Art. 9.4 Cc
- **Tutela de reconocimiento:** cuando lo que se solicita en nuestro país es bien la **transcripción** de una certificación registral extranjera en la que conste la filiación de un menor – Arts. 23 LRC y 81 y 85 RRC, bien el **reconocimiento** de la sentencia por la que se ha acreditado la filiación (Instrucción DGRN 2010)
- **Art. 23 LRC:** “*Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española*”.

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

- **En la actualidad se han superado los tradicionales tipos de filiación.** A la filiación natural y adoptiva, se ha incorporado la **filiación intencional** basada en la voluntad procreacional.
- El aforismo latino **“Mater semper certa est”** ahora debe ser modulado. Con la incorporación de las técnicas de reproducción asistida es posible la diversificación de las “funciones” maternas. La aportación del gameto femenino, la gestación y la atribución de la función jurídico social de madre pueden corresponder a distintas mujeres.

Favor veritatis ha cedido ante el favor filiationis

- Sin embargo, la legislación española se aferra todavía a que **la filiación materna se determina por el parto**: es la mujer que da a luz la madre del bebé. Pero las cosas ya no son tan simples...
- Aceptar o no este tipo de determinación de la filiación es un debate que trasciende lo jurídico: **connotaciones éticas y morales**
 - **Argumentos en contra:** ser humano como *res extra commercium* (art. 1271 Cc); respeto a la dignidad de la mujer e indisponibilidad del cuerpo humano; no mercantilización de su cuerpo (riesgo en Estados con menores índices de desarrollo). Posibles situaciones de abuso – tráfico internacional de menores
 - **Argumentos a favor:** la solidaridad con las personas que desean ser padres y no pueden bien por infertilidad, bien porque biológicamente les es imposible (caso de parejas de varones). Se habla incluso del derecho fundamental a la reproducción enmarcado en el art. 17.1 CE (libertad personal).

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

- En España, la precisión legal de que los contratos de gestación por sustitución son nulos y por tanto nulos también sus efectos, ha traído consigo una amplia polémica de carácter social y jurídico: **¿Qué hacer con los hijos que los españoles han tenido en países en que se admite la gestación por sustitución? ¿Cómo se garantizan sus derechos? ¿Es posible que accedan como hijos de españoles al Registro Civil español?**



Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

○ ¿Qué sucede en otros países?

- **Estados que prohíben la gestación por sustitución:**
 - Alemania, China, España, Francia, Italia, México, Suecia, Suiza, entre otros.
- **Estados en los se autoriza expresamente la gestación por sustitución:**
 - Australia, Canadá, Grecia, EE. UU. (18 Estados la permiten), India, Israel, Reino Unido (Inglaterra y Gales), Rusia, Uganda, Sudáfrica, entre otros.

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

- Algunos establecen la necesidad de que exista una resolución judicial previa al nacimiento que constate que el acuerdo es válido (California – EE.UU.). Otros lo hacen *a posteriori* (Inglaterra, Gales) y en otros no interviene la autoridad judicial (India). **La intervención judicial ha sido determinante para autorizar el acceso de la inscripción del nacimiento y de la filiación a nuestro Registro Civil.**
- En algunos la gestación por sustitución tiene carácter oneroso (EE. UU, India) y en otros no debe mediar contraprestación (Inglaterra, Gales, Grecia).

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

La intervención de la DGRN y la acción de la justicia

- **Resolución DGRN de 18 febrero de 2009**
- **Punto de partida:** Matrimonio de varones españoles tiene dos hijos gemelos nacidos en San Diego, California (Estados Unidos) en octubre de 2008 mediante gestación por sustitución.
- **Problema:** El Encargado del Registro Consular de España en Los Ángeles deniega la inscripción en el RC español de estos niños como hijos de la pareja, invocando el art. 10.1 Ley 14/2006, que no admite este tipo de contratos, considerando que es la mujer que ha dado a luz la madre “legal” de los niños, y es la que debe constar en el Registro.
- **Recurso:** Interponen recurso ante la DGRN solicitando la inscripción de los menores en el RC español como hijos de ambos, **petición que admite la DGRN.**

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

- Esta Resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal y anulada por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia. Anulación confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia y finalmente por el Tribunal Supremo con los siguientes fundamentos jurídicos:
 - ❑ 1) **No es posible que la certificación registral californiana acceda al Registro Civil español, puesto que ello vulnera el orden público internacional español.** No basta para que una certificación extranjera pueda acceder al Registro Civil español con que la certificación sea regular y auténtica, sino que además, conforme al artículo 23 LRC, **no debe haber duda sobre la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española.**
 - ❑ 2) **No existe en este caso un problema de discriminación por razón de sexo u orientación sexual.** Aunque ha sido éste uno de los argumentos fundamentales de los recurrentes, todas las instancias han descartado que esté en discusión este hecho. Lo que está prohibido es el contrato de gestación por sustitución, con independencia de quiénes hayan sido los comitentes y la relación que los una.

[**Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 y Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. Auto de 2 de febrero de 2015**](#)

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

- 3) **El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que sólo puede concretarse dentro del contexto legal en que se enmarca.** Y en consecuencia no puede beneficiar al menor el que la acreditación de su filiación se haya realizado contraviniendo la legalidad vigente en España.

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

- TS insta al Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones pertinentes para “**determinar correctamente**” la filiación de los menores, atendiendo a la efectiva integración de los mismos en el núcleo familiar “de facto”. Esto supone apelar a que quede acreditada la filiación natural respecto de aquel que haya aportado el material genético y la adopción por parte del otro miembro de la pareja.
- El **voto particular** considera que en interés del menor debe reconocerse la filiación ya acreditada en el extranjero, pues de lo contrario se situaría a los menores en una especie de limbo jurídico que para nada los beneficiaría.

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

- STS supuso la paralización de las inscripciones que desde la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución se venían realizando por los Cónsules españoles, a través de reconocimiento incidental, siempre que se hubieran observado los siguientes requisitos:
- Regularidad y autenticidad formal de la resolución extranjera
 - Control de la competencia del juez de origen, bilateralizando los criterios de la LOPJ
 - Protección de los derechos procesales de las partes, en particular, de la gestante.
 - Debe constatarse que se ha garantizado el interés superior del menor y de la gestante. En particular, debe comprobarse que el consentimiento de ésta se ha obtenido de forma libre y voluntaria.
 - La resolución debe ser firme y los consentimientos prestados irrevocables - **no se admite la mera transcripción de las certificaciones registrales extranjeras**

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

- Tras esta paralización, y sin un escenario normativo claro, el 13 de junio de 2014 se aprobó en Consejo de Ministros una propuesta de reforma de la Ley del Registro Civil en términos muy restrictivos para el reconocimiento en España de la filiación habida a través de gestación por sustitución en el extranjero.
- Sin embargo, el rumbo hubo de modificarse de forma brusca a raíz de las dos **sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson c. France* (Demand nº 65192/11) y *Labassee c. France* (Demand nº 65941/11)**, de 26 de junio de 2014, en las que el TEDH condenó a Francia por no reconocer la filiación de tres niños, hijos de parejas francesas, que habían recurrido a la gestación por sustitución en Estados Unidos.
- Tras ello, el Ministerio de Justicia **se comprometió** a volver a aplicar la Instrucción de 2010 e incorporar su contenido al texto de la reforma de la Ley del Registro Civil, algo que finalmente no se ha hecho, habiendo desaparecido toda mención a la gestación por sustitución en la *Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil*.
- **La Instrucción DGRN sí se ha seguido aplicando.**

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

- Las dos sentencias TEDH tienen el mismo alcance y sus fundamentos de derecho coinciden. En ambos casos, se trata de matrimonios heterosexuales de origen francés que ante la prohibición en Francia de la gestación por sustitución habían recurrido a dos estados de EE.UU. en que esta práctica es legal (California y Minnesota). En ambos casos el semen lo habían aportado los respectivos maridos y el óvulo procedía de donante. Aunque en los estados de EE.UU. en que nacieron los niños los padres intencionales constan a todos los efectos como sus padres legales, en Francia, se les denegó el acceso al Registro Civil por considerar que esto atentaba contra su orden público internacional. Aun así, habían podido vivir en Francia como verdaderas uniones familiares, aunque sin ser reconocidos los hijos como ciudadanos franceses.
- El TEDH considera que denegar la inscripción en el Registro Civil francés de estos niños vulnera el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que reconoce el derecho que tienen los niños al respeto a su vida privada que puede verse afectada por la indeterminación de su identidad filial. Más cuando, como recalcan ambas sentencias, los niños en los dos casos eran hijos biológicos de los padres y las autoridades francesas se negaron a reconocer este hecho.

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

- TEDH reconoce el derecho que tienen todos los Estados a regular de la forma que consideren la gestación por sustitución (admitiéndola, prohibiéndola, ignorándola), pero también incide en que en este caso rechazar la acreditación de la filiación de los menores por ningún medio, ignorando la paternidad biológica que en ambos casos existía por haber nacido los niños a través de gestación por sustitución es excederse en el proceder de valoración por parte de las autoridades francesas.
- El TEDH **destaca la importancia de la paternidad biológica** como un componente de la identidad de cada individuo, por lo cual, se entiende que no podría decirse que es en el mejor interés de los niños privarlos de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica estaba establecida y se procuraba su pleno reconocimiento. Por ello, el Estado francés habría excedido el margen de apreciación permitido.
- En este dato se centra el **Auto del Tribunal Supremo** para asegurar que el caso por él decidido no es contrario a la jurisprudencia del TEDH, puesto que la legislación en España sí permite una acreditación de la paternidad biológica (art. 10.3 Ley 14/2006). Esto ha provocado que el legislador español no dé el paso que parecía estar a punto de dar. Sin embargo, es imperiosa la necesidad de hacerlo. La respuesta del TS no satisface a nadie...

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

Propuestas de lege ferenda

1. Necesidad de una regulación internacional

- Las personas que recurren a este tipo de práctica para ser padres proceden de todas las partes del mundo. Es un fenómeno de carácter mundial.
- La complejidad del fenómeno es tal y son de tal magnitud los intereses en juego, que parece necesario establecer unas pautas comunes con carácter internacional, a imagen del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional. Similitudes.
- **Fin primordial: descartar el tráfico de menores y la explotación de mujeres en Estados en los que los índices de desarrollo son más bajos**
- La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado está trabajando en este tema desde hace años.
http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=178

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer:
problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

2. La entrada en vigor de la Ley 20/2011, del Registro Civil pospuesta para junio de 2017

- No va a resolver la cuestión dado que habría que hacer lo que no se ha hecho en la Ley 19/2015: trasladar a la LRC lo establecido en la Instrucción de la DGRN de 2010. En esta Instrucción la DGRN se atribuye un papel de cuasilegislador que no le corresponde. La regulación que se establece actualmente en los arts. 96 y 98 de la próxima LRC no va a solucionar los problemas planteados.

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

3. *Modificar el art. 10 Ley 14/2006 y legalizar en España la gestación por sustitución*

- Se trataría de fijar el régimen jurídico de este tipo de contratos, de manera que queden a salvo el interés superior del niño así nacido y los intereses de la gestante, así como los de los padres intencionales.
- Sólo con esta regulación se salvaría el **principio de igualdad** que en la actualidad se está viendo afectado puesto que sólo los que tienen medios pueden ser padres por esta técnica en el extranjero.

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

- **Cuestiones que habría que responder primero:**

1. ¿Es necesaria la intervención de una autoridad pública en el proceso? ¿Ha de tener carácter judicial?
2. ¿Se debe admitir solamente la gestación por sustitución practicada con fines altruistas o es posible también que tenga carácter oneroso?
3. ¿Debe acreditarse la infertilidad o la imposibilidad de reproducirse biológicamente para recurrir a esta técnica?
4. ¿Debe reconocerse únicamente la gestación por sustitución parcial, es decir, aquella en que la mujer es sólo gestante, o también debe desplegar efectos la gestación por sustitución plena, en la que además de gestar, la gestante aporta sus óvulos?

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

- **Es preciso superar la actual situación de esquizofrenia jurídica que existe en nuestro ordenamiento jurídico en este tema.**
- **El legislador debe dar respuesta a la realidad social estableciendo un marco jurídico claro que aporte seguridad jurídica a las partes y que garantice que los derechos de los niños nacidos a través de gestación por sustitución se van a respetar**

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

“No deberíamos temer cambiar las leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y la ciencia. La gestación por sustitución es la continuación de la procreación médicaamente asistida. Desde finales del siglo XIX, cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la sociedad al pánico: el divorcio, la igualdad de derechos de los padres, el aborto... ¡Siempre se nos está diciendo que un apocalipsis está a punto de pasar, y nunca pasa! Apocalipsis sería una humanidad que no quiera hijos”.

Élisabeth Roudinesco, historiadora y psicoanalista francesa

Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación subrogada en España

Gracias por su atención

aduran@usal.es