

Dossier jurídico
Derecho Civil

Gestación subrogada.



tirant
PRIME

Gestación subrogada. Dossier TOL9842658

Introducción

La definición de gestación subrogada implica que una mujer, conocida como gestante, accede a gestar al hijo de otra persona o pareja. Los futuros padres del bebé se llaman habitualmente padres de intención.

Siempre que sea posible, los óvulos y espermatozoides serán aportados por los padres de intención, de manera que el futuro hijo será biológicamente suyo. Si no es posible que la madre aporte el material genético, se recomienda recurrir a una donante.

La situación ideal es que la gestante solamente aporte el útero para mantener el embarazo y dar a luz al futuro bebé.

Después del parto, el bebé es entregado a los padres de intención. Previamente, debe haberse firmado un contrato entre ambas partes por el cual la gestante renuncia al derecho de la maternidad.

En función de cómo se consiga el embarazo de la gestante, distinguimos entre dos tipos de gestación por sustitución:

Gestación subrogada tradicional o parcial: la gestante es, además, la mujer que aporta la carga genética. Generalmente se refiere a la gestación subrogada realizada a través de una inseminación artificial con semen del futuro padre aunque también podría tratarse de una FIV con óvulos de la gestante.

Gestación subrogada gestacional o completa: la gestante no cede sus óvulos para la creación del embrión que va a gestar, sino que la dotación genética proviene de la futura madre o en algunos casos de una donante de óvulos.

No suele darse la gestación tradicional por la implicación excesiva de la gestante y las trabas legales

Gestación subrogada en España

La ley española sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006) indica en su artículo 10 que el contrato de gestación subrogada es nulo de pleno derecho y que la mujer que da a luz es considerada la madre legal del bebé.

Por tanto, las personas y parejas que necesitan de este método para poder tener un hijo han de viajar a países cuya legislación permite la aplicación de este método reproductivo para extranjeros.

Los destinos más comunes son Estados Unidos, Canadá, Ucrania, Rusia y Georgia. Cada uno de estos países tiene sus propias condiciones legales respecto al proceso de gestación subrogada.

El mayor problema se produce cuando un bebe nace legalmente en otro país y vuelve a España.

No suele haber complicaciones si las personas vuelvan con una sentencia judicial o un documento que acredite que el bebé es suyo.

El artículo 113 del Código Civil recoge que “la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado”.

Así, la filiación es reconocida en España por genética, y en muchas ocasiones se trata de parejas en las que al menos uno de los integrantes puede aportar material genético, como el esperma.

La otra persona, al no haber aportado material genético, tendría que adoptar al bebé y sucedería lo mismo en el caso de que ninguna de las dos partes interesadas, o si se trata de un individuo, hubieran dado sus óvulos o espermatozoides, como recogió el Tribunal Supremo. (Sentencia de Pleno 277/2022, de 31 de marzo. Recurso (CAS) 907/2021) Roj: STS 1153/2022 (TOL8.898.029)

El pleno de la Sala Primera ha resuelto en esta sentencia un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una sentencia que había declarado la filiación materna respecto de una persona que no es la madre biológica de un niño nacido de una gestación por sustitución, sin aportar material genético propio, llevada a cabo en México mediante un contrato en el que intervino una agencia mediadora.

El Tribunal Supremo ya declaró en su sentencia de pleno 835/2013 (STS (Pleno) nº 835/2013 de 6 de febrero de 2014. TOL4.100.882) que los contratos de gestación por sustitución vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado, y son por tanto manifiestamente contrarios a nuestro orden público.

Estos contratos son nulos de pleno derecho conforme al art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida y vulneran gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en la Convención sobre los Derechos del Niño.

No obstante, en España se puede inscribir en el Registro Civil español el nacimiento y filiación de un menor nacido en un país extranjero mediante gestación por sustitución si se cumplen estas condiciones:

- Junto con la solicitud de inscripción de nacimiento del menor se debe aportar una resolución judicial dictada por un Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur.

Así, para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.

- Se deben cumplir, además, los requisitos establecidos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado , sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución para las resoluciones judiciales extranjeras.

Normativa

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

«Artículo 10. Gestación por sustitución.

- 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*
- 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*
- 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.»*

Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

Código Civil

«Artículo 113

La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y,

a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria.»

Convención sobre los Derechos del Niño, , de 20 de noviembre de 1989

«Artículo 35: «Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma»

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000

«Artículo 2:A los efectos del presente Protocolo:

a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;

El apartado 115 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto, se declarara:

«[La Unión Europea] 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».

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Jurisprudencia

Tribunal Supremo. (Sentencia de Pleno 277/2022, de 31 de marzo. Recurso (CAS) 907/2021) Roj: STS 1153/2022 . TOL8.898.029

“Protección del interés superior del nacido mediante gestación por sustitución. La gestación por sustitución comercial vulnera los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Posibilidad de adopción del niño por la comitente con la que convive y conforma una familia de facto .

El Tribunal Supremo declara que el contrato de gestación por sustitución del caso enjuiciado entraña un daño al interés superior del menor y una explotación de la mujer que son inaceptables. Ambos son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad.

Según esta sentencia del Tribunal Supremo, la satisfacción del interés superior del menor en este caso conduce a que el reconocimiento de la relación de filiación a la madre comitente deba obtenerse por la vía de la adopción. Esta solución satisface el interés superior del menor como exige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general.”

Tribunal Supremo ya declaró en su sentencia de pleno 835/2013 (STS (Pleno) nº 835/2013 de 6 de febrero de 2014). TOL4.100.882

“La Sala no deniega la inscripción de los niños en el Registro Civil español, pero sí la constancia de su filiación por no ser procedente en el sentido que habían interesado los recurrentes. La sentencia de la Sala centra la cuestión en si es posible el reconocimiento por el Registro Civil español de inscripciones de nacimiento extranjeras realizadas por organismos equivalentes al Registro Civil español

En el derecho europeo es general la prohibición de la gestación por sustitución mediante precio. En España, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida considera nulo el contrato de gestación por sustitución, y determina la filiación materna por el parto, con la posibilidad de reclamación de la paternidad por el padre biológico.

La sentencia no admite el argumento del "interés superior del menor" como medio para conseguir resultados contrarios a la ley, a la que el juez está sometido. Tal concepto ha de ser interpretado conforme a los valores de la sociedad, no correspondiendo a los tribunales ejercer funciones que corresponden al legislador. Deben ponderarse todos los bienes jurídicos en juego, así como los principios de respeto a la dignidad de la gestante, y también el interés del menor en no ser objeto de tráfico mercantil.”

**Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Recurso de Casación 245/2012.
TOL4.100.882**

“Inscripción en el Registro Civil español de la filiación de unos menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres intencionales, determinada por las autoridades de California con base en la legislación de dicho Estado. Reconocimiento de decisión extranjera: Es necesario que no sea contraria al orden público internacional español. La Sala no deniega la inscripción de los niños en el Registro Civil español, pero sí la constancia de su filiación por no ser procedente en el sentido que habían interesado los recurrentes. La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretendía es contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público. Contiene voto particular de cuatro magistrados.”

Con esta sentencia, el Pleno del Tribunal Supremo sentó doctrina sobre la posible violación de los derechos de los niños,

Razona el Alto Tribunal que *“el no reconocimiento de la filiación establecida en la certificación californiana puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores, pero considera, asimismo, que el establecimiento de una filiación contraviniendo los criterios previstos en la Ley para su determinación también supone un perjuicio para ellos: “la mercantilización que conlleva determinar una filiación a favor del que encarga una gestación atenta claramente contra la dignidad del menor, que queda convertido en objeto de comercio”.*

Reconoce la Sentencia que los menores tienen derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de las fronteras estatales pero que, en el caso que nos ocupa, los menores no tienen vinculación alguna con California dado que su nacimiento en EEUU se produjo sólo porque allí era posible concertar una subrogación uterina con la consiguiente determinación de la filiación a favor de los recurrentes; práctica prohibida en España y los países del entorno. Motivo por el cual, no existe un riesgo real de vulneración de una identidad única

En la **sentencia de Audiencia Provincial de Les Illes Balears, de 27/04/2021 RES:207/2021(TOL8.431.956)**, así como en la sentencia de primera instancia, se otorga la filiación materna de una menor a través de un proceso de gestación por sustitución. La menor fue engendrada mediante técnicas de reproducción asistida pero sin la concurrencia de material genético de la actora.

El motivo que eboca el tribunal es que no puede admitir el recurso del Ministerio fiscal porque entiende que *“el fallo de la sentencia rusa no reconoce ninguna filiación de la menor a favor de la actora, pues lo que hace el fallo es desestimar la pretensión de la Sra. Hortensia de constatación de un hecho con validez jurídica precisamente porque la actora ya contaba con la documentación correspondiente para ello, es decir, para*

constar válidamente como madre de Rosario, lo que hacía innecesaria la intervención del Tribunal.”

No obstante, *“en definitiva, aunque ya hemos dicho que de la sentencia del tribunal de San Petesburgo no se desprende que la gestación por sustitución promovida por la Sra. Hortensia pueda ser calificada como nula de acuerdo con el ordenamiento de aquel país, si es nulo el contrato en el ordenamiento español, en concreto, vulnera el citado art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, debiendo destacar que la propia norma establece que en estos casos la filiación se determina por el parto, previéndose la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad por el padre biológico.”*

En suma, la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en dichas resoluciones, si bien establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación subrogada en nuestro ordenamiento, admite que en cumplimiento del principio de superior interés del menor debe protegerse el núcleo familiar en el que se encuentra integrado, siempre que sea adecuado para el niño y no suponga para él algún peligro, y ello a través de los cauces previstos en el ordenamiento, como son la reclamación de la filiación por el padre biológico, la adopción y, en algunos supuestos, el acogimiento familiar.

LA SUBROGACIÓN UTERINA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Casos Mennesson vs. Francia (Rec. 65192/2011) TOL9.055.539 y Labassee vs. Francia (Rec. 65941/2011) TOL9.055.557, Sentencias TEDH de 26 de junio de 2014 (Secc. 5ª)

Tanto en el caso Mennesson como en el caso Labassee, los padres de intención no tenían posibilidad alguna de obtener en Francia, por ninguna vía, el reconocimiento de la filiación que se había establecido a su favor conforme a una legislación extranjera. Ante esta circunstancia solicitaron amparo al TEDH argumentando que esta situación

suponía un grave detrimento del interés del menor y vulneraba el derecho a su vida privada y familiar.

La similitud de los supuestos de hecho y sus consecuencias jurídicas, explica que ambos asuntos hayan sido resueltos en términos idénticos.

El TEDH comienza recordando que para garantizar el derecho al respeto a la vida familiar, el artículo ocho del CEDH presupone la existencia de una familia, pudiendo ser los vínculos familiares de facto; algo que a juicio del TEDH se cumple a todas luces en los asuntos *Menesson y Labassee*.

Asimismo, señala que *“el derecho a la identidad, que incluye la filiación, forma parte integral del derecho a la vida privada”*, y aprecia la existencia de una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación

La Corte de Casación francesa, invocando el orden público internacional, deniega la inscripción de las Actas de nacimiento y filiación de los nacidos en el extranjero vía gestación por sustitución, al entender que vulneran principios esenciales del Derecho francés, entre ellos, el principio de indisponibilidad del estado civil

En este contexto, el TEDH estima que resulta absolutamente necesario distinguir entre el derecho de los matrimonios demandantes a su vida familiar, y el derecho de los hijos nacidos artificialmente al respeto a su vida privada. En el primer supuesto, el TEDH explica que la negativa por parte de las autoridades francesas a inscribir el nacimiento y filiación de los menores, no impide el establecimiento de una vida familiar aunque implique una serie de consecuencias negativas para el día a día. Concluye, por tanto, que no existe vulneración del derecho a la vida familiar del matrimonio.

En el segundo supuesto, el TEDH recuerda que el respeto a la vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, algo que

incluye su filiación; y considera que la denegación por parte de las autoridades francesas del reconocimiento de efectos a la Sentencia extranjera, implica admitir la filiación de los menores conforme al Derecho de otro estado pero, paradójicamente, impedir la condición de hijos en el foro (Francia), con todas las consecuencias negativas que ello conlleva: nacionalidad, efectos sucesorios, responsabilidad parental, etc. En opinión del TEDH, es esta contradicción, y los obstáculos que se derivan de la misma, la que atenta contra la identidad de las personas, contraviene su derecho a la vida privada, y hace que el Estado que deniega la inscripción de la filiación en tales casos, sobrepase el margen de apreciación que le está permitido conforme al artículo 8 del CEDH

- Otros casos

- *Foulon et Bouvet v. France* (rec. 9063/2014) TOL6.413.457. Resuelto por el TEDH (Sección 5ª) en virtud de Sentencia de 21 de julio de 2016 que se pronunció nuevamente sobre la negativa de las autoridades francesas a inscribir el certificado de nacimiento expedido en India, tras la suscripción de contratos de gestación subrogada. El TEDH, en línea con la doctrina fijada al resolver los casos *Menesson* y *Labassee*, estima el recurso interpuesto por los padres de intención y considera que se ha producido la vulneración del derecho a la vida privada de los menores.
- *Laborie v. France* (rec. 44024/2013) TOL6.411.504. Aborda también la negativa de las autoridades francesas a inscribir el nacimiento de un menor nacido en Ucrania de una gestación por encargo. El TEDH (Sección 5ª) en su Sentencia de 19 de enero de 2017 recuerda la doctrina sentada en los asuntos anteriores y concluye que “no ha existido vulneración del derecho al respeto de la vida privada de los demandantes pero sí del derecho al respeto de la vida privada de los menores”.

Formularios

TOL9818910 Solicitud de inscripción de nacimiento mediante contrato de gestación subrogada

TOL9818933 Demanda frente a la denegación de inscripción de nacimiento mediante contrato de gestación subrogada

TOL9818937 Recurso de apelación contra la sentencia deniega la inscripción de nacimiento mediante contrato de gestación subrogada

Bibliografía

Cuestiones actuales del Derecho de Familia. Una visión inclusiva e interdisciplinar (2022)

- a. La gestación subrogada desde la perspectiva psicológica TOL9.302.050
- b. El interés superior del niño en la jurisprudencia sobre la maternidad subrogada: una visión del derecho internacional privado TOL9.302.057

Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución (2019)

- a. Título II. Libertad, dignidad, orden público y gestación. Capítulo III. Ética y maternidad subrogada: mercado tecnología y familia TOL7.627.878
- b. Capítulo IV. La gestación y su derecho. En-clave jurídico, ético y racional TOL7.627.877
- c. Capítulo V. El marco constitucional del debate feminista sobre la gestación subrogada TOL7.627.876
- d. Capítulo VII. Gestación subrogada: ¿Regulación actual o legalización? TOL7.627.874

Derecho de familia 2021. Gestación subrogada: marco legal y situación actual en España. Especial referencia a la actual crisis sanitaria TOL8.506.700

Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho Internacional Privado (2017)

El (difícil) equilibrio de los intereses en presencia: orígenes biológicos vs. legales en la gestación por sustitución (TOL6.468.753)

DERECHO DE FAMILIA 2022

Gestación subrogada: filiación y Registro Civil (TOL9.141.381)

