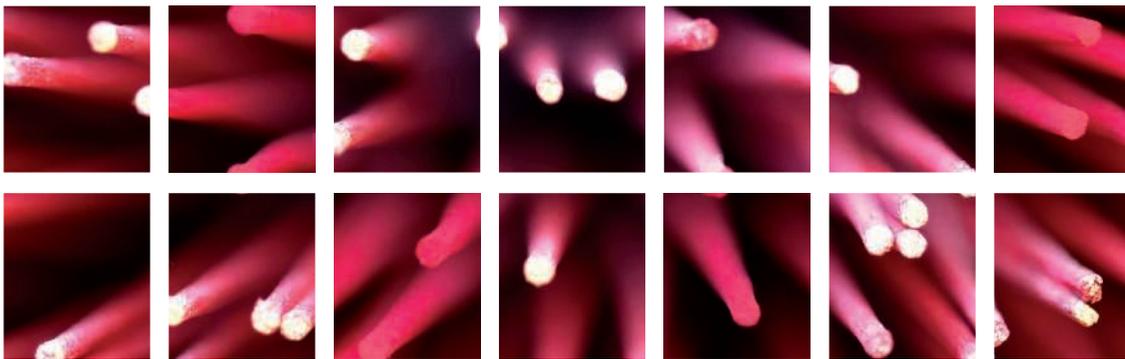
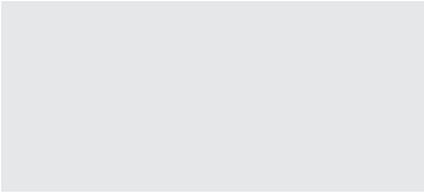


■ BOSCH

La gestación subrogada en España y en el derecho comparado

Silvia Vilar González





■ BOSCH

La gestación subrogada en España y en el derecho comparado

Silvia Vilar González

© **Silvia Vilar González**, 2018
© **Wolters Kluwer España, S.A.**

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Mayo 2018

Depósito Legal: M-12634-2018
ISBN versión impresa: 978-84-9090-298-1
ISBN versión electrónica: 978-84-9090-299-8

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Pero ello, no siempre es así, existiendo una realidad muy desigual entre la tasa de ocupación de hombres y mujeres, el nivel de paro, la precariedad laboral o incluso la calidad de los puestos de trabajo ofrecidos a unos y otros, tanto en términos salariales como de cualificación profesional²¹³.

5. POSTURAS A FAVOR Y EN CONTRA

Al igual que sucede con otras materias en que los avances científicos han permitido alcanzar resultados que habrían resultado impensables sin la intervención de la mano del hombre, la gestación por sustitución suscita innumerables debates en los que la toma de posición de sus defensores o detractores, en muchas ocasiones, se basa más en cuestiones emotivas o íntimamente enraizadas en las convicciones personales, éticas, morales o religiosas de cada uno, que en cuestiones científicas o jurídicas²¹⁴.

Para alguno de ellos, las nuevas puertas que se abren gracias a los avances y descubrimientos científicos, que cada vez avanzan a un ritmo más vertiginoso, aportan un mundo claro lleno de posibilidades, mientras que, para los más conservadores, avanzamos hacia un mundo oscuro e inquietante.

Por lo que respecta a la gestación por sustitución, los legisladores de gran número de países²¹⁵, así como parte de la doctrina²¹⁶, no se muestran favorables a amparar la nueva

con el parto, a que se aplace el examen o a que el Tribunal de oposiciones se desplace para examinarla a una población distinta a aquella en la que se encuentre la sede, siempre que las bases de la convocatoria concedan facultades al Tribunal para resolver incidencias. O la STS 3119/2009, Sección 7ª Sala de lo Contencioso, de 27 de abril, en la que se determina que la observancia del principio de igualdad alcanza a que el opositor pueda ser examinado en fecha posterior en caso de fuerza mayor, como puede ser considerado un proceso post parto que le imposibilite realizar la prueba, que no puede ser equiparado a otras a dolencias físicas «tales como procesos gripales, estados febriles, estados de recuperación post-operatoria».

213. RODRÍGUEZ PRIETO, RAFAEL, «Prefacio...», cit., pág. 14.

214. COSTA, MARTA y LIMA, CATARINA SARAIVA, «A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade», *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, núm. 10, Coimbra Editora, Coimbra (Portugal), 2012, pág. 282.

215. La gestación por sustitución se halla expresamente prohibida en muchos países de nuestro entorno cultural, como Alemania, Italia, Francia o Suiza, incluida España, como veremos.

216. Como, entre otros, FERRAZ, para quien las personas, presentes o futuras, no pueden ser objeto de un contrato y, menos, si media contraprestación económica, en FERRAZ, SERGIO, *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*, Fabris Editor, Porto Alegre (Brasil), 1991, pág. 56. ARCHER, para quien la subrogación supone una instrumentalización de la mujer, situándola en posición de mera «máquina de gestación», y que podría reducir la paternidad y maternidad a «conceptos primariamente sociales y secundariamente biológicos», en ARCHER, LUÍS, *Da Genética à Bioética*, Gráfica de Coimbra, Coimbra (Portugal), 2006, págs. 231 a 232. THOMALE, que considera que debe prohibirse a nivel nacional, en base a los derechos humanos y el principio del interés superior del menor, en THOMALE, CHRIS, *Mietmutterchaft. Eine international-privatrechtliche Kritik*, Mohr Siebeck Publishers, Tübingen (Alemania), 2015, págs. 59 a 72. BARBOZA, para quien el estado de la filiación es indisponible, en BARBOZA, HELOISA HELENA, *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*, Editorial Renovar, Rio de Janeiro (Brasil), 1993, pág. 88. O el presidente del Foro Español de la Familia, DON BENIGNO BLANCO, en declaraciones efectuadas al diario ABC el 8 de octubre de 2010, considera que «inscribir a los hijos de madres de alquiler es un fraude de Ley».

realidad que supone, por desconfigurar el derecho de la filiación y por romper el equilibrio hasta ahora existente.

Consideran moralmente inaceptables los intereses lucrativos y comerciales que pueden motivarla, la gran carga utilitarista que implica esta figura, así como porque puede constituir un camuflaje al tráfico o compraventa ilegal de niños.

Estiman que, aunque se permitiera tan solo la subrogación bajo su modalidad altruista, sería muy difícil poder controlar que no existiesen contraprestaciones económicas a favor de la gestante.

Desde su percepción particular, estiman que la gestación por sustitución supone un claro atentado contra la dignidad de la mujer y del futuro bebé, constituyendo una clara ofensa contra el orden público, por lo que debe mantenerse indisponible el estado civil por los particulares, con la finalidad de evitar el comercio sobre el cuerpo humano y sobre las personas²¹⁷, así como la explotación de la mujer gestante²¹⁸. Es más, GUERRA-PALMERO considera que «la bioética neoliberal se ha impuesto, sin apenas oposición, legitimando, en el caso de la gestación subrogada, la despersonalización de las mujeres contempladas como meros medios para resolver la infertilidad al margen de toda consideración de justicia»²¹⁹, resultando extraordinariamente difícil que se pudiera llegar a alcanzar un acuerdo universal en la materia y que dicha regulación fuera respetada por todas las partes²²⁰.

Según aseguran, una pareja que no pueda tener niños, siempre podrá recurrir a la adopción, ya que en sentido estricto, pese a que la Declaración Universal de Derechos Humanos contempla el derecho de los adultos a formar una familia, no existe un derecho específico a tener hijos²²¹, sino que son los niños quienes ostentan el derecho a tener unos padres y un hogar²²², como indica el artículo 6 de la Declaración de los Derechos

217. Como GUILHERME DE OLIVEIRA, que afirma que la característica que distingue indisolublemente a la especie humana es el hecho de que las personas no se pueden comprar ni vender y que el día que esta particularidad ceda ante las leyes del mercado, aquéllos que sean objeto de comercio ya no podrán ser llamados seres humanos. DE OLIVEIRA, GUILHERME FREIRE FALCÃO, *Mãe há só [uma] duas! O contrato de gestação*, Coimbra Editora, Coimbra (Portugal), 1992, pág. 16.

218. SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, MIGUEL, «La maternidad subrogada; estado...», cit., págs. 1 a 99; BONILLO GARRIDO, LUIS, «El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución», *Diario La Ley*, núm. 8070 (Sección Doctrina), Wolters Kluwer, Madrid, 2013, págs. 1 a 2.

219. GUERRA-PALMERO, MARÍA JOSÉ, «Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal», *Gaceta Sanitaria*, Vol. 31, iss. 6, Elsevier, Madrid, 2017, pág. 538.

220. BELLVER CAPELLA, VICENTE, «¿Nuevas tecnologías?...», cit., pág. 48.

221. La profesora NEVES considera que las TRA han supuesto la posibilidad de transformar la mera expresión del deseo a tener hijos, en una reivindicación de dicho derecho, lo que supone la instauración de una nueva vulnerabilidad humana en la figura del embrión humano. A su parecer, debe excluirse la posibilidad de emplear las TRA de forma indiscriminada, no debiendo confundirse el deseo con el derecho a tener hijos. NEVES, M. PATRÃO, «Mudam-se os tempos, Manda a vontade. O desejo e o direito a ter um filho», *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III, Almedina, Coimbra (Portugal), 2009, pág. 132.

222. GÓMEZ BENGOCHEA, BLANCA y BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, ANA, «El derecho del niño a vivir en familia», *Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, Vol. 67, núm. 130, Madrid, 2013, pág. 175.

del Niño de 1959²²³ que establece la necesidad de que éstos crezcan «al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material», o la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que pone especial énfasis en el derecho de todo niño a tener una familia, su derecho a ser cuidado por sus padres y el derecho a una relación personal y contacto directo con ambos progenitores.

Frente a dicha postura contraria a la aprobación de la gestación subrogada, otros autores²²⁴, entre los que me incluyo, estamos expresamente a favor de su legalización.

Consideramos necesario legislar en el sentido de aceptarla, no solo con el fin de «solventar problemas de infertilidad que no pueden salvarse mediante los diferentes mecanismos establecidos en las sucesivas leyes de técnicas de reproducción humana asistida»²²⁵ sino, fundamentalmente, para evitar las malas prácticas²²⁶ y los efectos negativos que conlleva la desregulación.

Es innegable que la gestación por sustitución es una realidad en aumento, a la que el legislador no puede dar la espalda, siendo necesario fijar los límites por los que debe discurrir y regular la forma en la que poder conferir la adecuada protección a todos los intervinientes en el proceso, especialmente, al más frágil de ellos que es el feto²²⁷.

Una mera prohibición no evitará los múltiples dilemas morales y problemas legales que surgen en torno a ella, corriéndose el riesgo, además, de que se produzcan otros daños y abusos derivados de mercantilización de la gestación y de la filiación, de alimentar la proliferación de mercados negros en países en desarrollo en los que la práctica es más económica pero que ofrece menos garantías a las partes, dando lugar a la explotación de potenciales gestantes²²⁸, a donantes de óvulos en situación desfavorecida o, incluso,

223. Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959.

224. Como LAMM, ELEONORA, «Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos», *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 1, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016, págs. 61 a 107. RAPOSO, VERA LÚCIA, *De Mãe para Mãe. Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, Coimbra (Portugal), 2005, pág. 141. ARAUJO, FERNANDO, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Almedina, Coimbra, 1999. OVELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ, «Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España», *Diario La Ley*, núm. 7621 (Sección Doctrina), Wolters Kluwer, Madrid, 2011, entre otros.

225. VELA SÁNCHEZ, ANTONIO JOSÉ, «La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de familia», *Diario La Ley*, núm. 8055 (Sección Doctrina), Wolters Kluwer, Madrid, 2013, págs. 1 a 13.

226. «Demandan una empresa por engañar parejas que contrataron vientres de alquiler», *La Vanguardia*, 2016.

227. Tal y como afirma VERA LÚCIA RAPOSO, que considera que, pese a que se podría calificar a la gestación subrogada como un «demerit good», es decir, un bien perjudicial para la salud o que podría acarrear efectos dañosos, la sociedad no debe prohibirla, sino establecer dichas vías de protección para las partes involucradas. En RAPOSO, VERA LÚCIA, *De Mãe para Mãe...*, cit., pág. 141.

228. Para, por ejemplo, diferenciar la gestación por sustitución del embarazo forzoso, enmarcado en los delitos relacionados con la explotación de las personas. En «Demandan regular la reproducción asistida y la subrogación de vientres», *Periódico La Jornada*, 10 de agosto de 2015, pág. 9.

al tráfico de menores, convirtiéndose los bebés en objeto de transacciones comerciales internacionales²²⁹.

Aunque la gestación por sustitución no se permita en el país de origen de los padres que desean tener hijos y que no ven más remedio que recurrir a esta vía para hacerlo, es necesario aceptar que es mucho más fuerte su voluntad que la mera prohibición. Ello les llevará a viajar a lugares en que sí sea posible recurrir a la gestación subrogada y lograr posteriormente, con mayor o menor dificultad²³⁰, volver con el niño a sus respectivos países de origen y formar su tan ansiada familia, con o sin el respaldo legal de las instituciones estatales.

La subrogación podría ser igual de censurable que la donación de gametos reproductivos y de embriones²³¹, donación que se halla permitida, no obstante, en muchos de los países que prohíben la gestación por sustitución, incluida España²³².

Pensemos que, tanto en el caso de donación de ovocitos o de preembriones, como en la gestación por sustitución, nos encontramos ante una mujer que llevará a cabo la gestación de un niño con el que no tiene ninguna conexión genética²³³. La única diferencia estriba en el hecho de que, en el primero de los supuestos, la mujer que ha gestado al bebé podrá quedárselo y será considerada madre del mismo a todos los efectos legales, pese a no haber aportado su material genético, quedando determinada la filiación por el mero hecho de la gestación y del parto en base al principio romano *mater semper certa est*. Mientras que, en el segundo supuesto, es decir, en la gestación por sustitución, se condena el hecho de que la gestante pueda entregar al niño a los padres intencionales que podrán ser, a su vez, los verdaderos progenitores genéticos del menor, que han tenido en todo momento la voluntad de convertirse en padres del mismo, por lo que han iniciado y llevado a cabo todo el proceso.

Nos oponemos también a la censura basada en el hecho de que llevar a cabo una gestación por cuenta de otras personas puede suponer una «instrumentalización» de la gestante, ya que, a día de hoy, las mujeres son plenamente capaces para prestar un consentimiento válido y eficaz en decisiones que puedan afectar a su cuerpo, al menos, en los países desarrollados en los que tienen garantizados plenamente sus derechos, y pro-

229. RAPOSO, VERA LÚCIA, *De Mãe para Mãe...*, cit., pág. 121.

230. Salvo en supuestos puntuales, como en el Caso Campanelli, que veremos, en el que el Estado italiano retiró la custodia del menor nacido en Rusia a sus padres intencionales, cuya custodia no han podido volver a recuperar, pese a llegar hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Case of Paradiso and Campanelli v. Italy (Application no. 25358/12)*, 27 January 2015. *European Court of Human Rights (Second Section)*.

231. Donación que en puridad no es tal, puesto que la misma suele implicar el pago de una cantidad monetaria por las molestias ocasionadas, compensación económica que es en muchas ocasiones el verdadero motivo que lleva a los donantes a proporcionar su material genético.

232. En España, el art. 5 LTRHA permite tanto la donación de gametos como de preembriones. La donación de esperma se permite generalmente en la mayoría de países (como en Alemania, Dinamarca o Francia, entre otros), aunque prohibida en Italia para la fecundación heteróloga. Mientras que la donación de óvulos se prohíbe en algunos más, como es el caso de Italia, Alemania, Austria, Suiza o Turquía. En IGA-REDA GONZÁLEZ, NOELIA, «La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 38, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2016, págs. 78 a 79.

233. Salvo en el caso de la gestación por sustitución tradicional, en que la gestante es quien aporta a su vez sus propios ovocitos para la fecundación, como veremos.



La gestación por sustitución –popularmente conocida como “vientres de alquiler”– es una práctica a la que cada vez más personas recurren, en la mayoría de los casos como última opción para formar sus propias familias. Se trata de un tema polémico, complejo y ambiguo, de máxima actualidad, tanto en nuestro panorama nacional como en el ámbito internacional, con múltiples connotaciones sociales, políticas y religiosas.

La presente obra se divide en tres grandes bloques. En el primero de ellos se trata de explicar qué es realmente la gestación subrogada y cuáles son sus orígenes, mucho más remotos de lo que nos pensamos. En un segundo bloque, se analiza la regulación española en la materia, que parte de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que dispone que todos los contratos que la tengan por objeto, llevarán aparejada la nulidad de pleno derecho, más allá de la cual, no se prevé ningún otro tipo de sanción –ni administrativa, ni penal– que pudiera ser de aplicación a los padres intencionales ni a la gestante, salvo que trataran de alterar fraudulentamente la paternidad, estado o condición del menor, o incurriesen en el tipo delictivo de suposición del parto. Ello, sitúa a la figura de la gestación por sustitución en nuestro país en una posición de *alegalidad*, pero no de ilegalidad.

Finalmente, en un tercer bloque se abordan las distintas tendencias legales existentes en el ámbito internacional en torno a esta figura, tanto partidarias como contrarias, con la finalidad de identificar los aspectos que pudiera interesar extrapolar a nuestro ordenamiento jurídico de cara a una futura regulación en la materia.

