

Universidad CEU Cardenal Herrera

Departamento de Derecho Privado y Disciplinas Jurídicas Básicas



Gestación subrogada ¿técnica o forma de reproducción?: conceptualización, marco jurídico y problemática en el ordenamiento jurídico español

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Beatriz Hermida Bellot

Dirigida por:

Dra. Dña. Esperanza Ferrando Nicolau

VALENCIA

2016

A mis hijos: Pedro y Fernando

AGRADECIMIENTOS

Tras haber puesto fin a esta tesis, no puedo dejar de dar las gracias a todas las personas que han estado a mi lado compartiendo esta experiencia conmigo, en especial:

A mi directora, Esperanza Ferrando, por su implicación en este proyecto desde el principio y su confianza en mí, por transmitirme la calma necesaria y darme todo su apoyo, tiempo y dedicación, sin ella esto no hubiera sido posible.

A la Universidad CEU-Cardenal Herrera, no solo por darme la oportunidad de defender esta tesis, sino por ser mi casa ya desde mis inicios en el mundo del Derecho como alumna y posteriormente como profesora. También al Departamento de Derecho Privado y Disciplinas jurídicas Básicas y a su Director, Leopoldo García, por sus valiosos consejos y apoyo incondicional. A la Facultad de Derecho, Empresa y Ciencias Políticas y a su Decano, Joaquín Marco, por facilitarme esta andadura desde el principio.

A Susana Sanz por contar conmigo y permitirme participar en su proyecto de investigación relativo al interés superior del niño, en el cual se enmarca esta tesis.

A todas aquellas personas que, aun sin conocerme de nada, han atendido a mis correos y llamadas y han contribuido a esta tesis facilitándome desinteresadamente materiales, información, opiniones y consejos muy valiosos para mí incluso siendo personas que sostienen una postura contraria a la mía, como Pedro Fuentes, Ismael Rodrigo, Jorge Marfil, Diego Muñiz, Manuel Mata, Antonio José Vela, Anna Bertram y Jaime Hermida. Así como a otras personas más cercanas que también han aportado de una manera u otra su granito de arena a esta tesis con su sabiduría, consejos y aportación de materiales: Emilio García, Lara Esteve, Carles Claver, Jorge Cardona, Felipe Garín, Alex Gallego y Fernanda Hermida.

A todos mis amigos y amigas que han estado a mi lado apoyándome en este proyecto y dándome ánimos de manera incansable, no tengo espacio

suficiente en este apartado de agradecimientos para nombrarlos a todos, pero ellos y ellas saben quiénes son.

Por su puesto, a mis padres y a mi hermana, que han soportado pacientemente mis “locuras” durante la realización de este proyecto y de otros anteriores, por estar siempre ahí a mi lado para todo lo que yo necesito, por cuidarme y quererme como solo la familia puede querer.

Y dejo para el final, por ser los más importantes, a mis hijos, Pedro y Fernando, mi motor, los que me dan la fuerza suficiente para seguir adelante con todos mis proyectos, por aguantarme como madre, por el tiempo que esta tesis les haya podido restar de estar conmigo y porque son lo que más quiero.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	15
INTRODUCCIÓN	21
CAPÍTULO I. CONTEXTUALIZACIÓN LEGISLATIVA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.....	37
I.1. La reproducción humana asistida en España.....	37
I.1.1. Los orígenes de la reproducción asistida.....	37
I.1.2. <i>Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida</i>	39
I.1.2.1. Hacia una ley de reproducción asistida: precedentes de la <i>Ley 35/1988</i>	39
I.1.2.2. Una visión general acerca de la <i>Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida</i>	50
I.1.3. Situación actual de la reproducción humana asistida en España: <i>Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida</i>	59
I.2. Gestación por sustitución: aproximación a su tratamiento legislativo..	65
I.2.1. Antecedentes: primeros supuestos de gestación subrogada	65
I.2.2. Tratamiento de la gestación subrogada en las leyes españolas sobre reproducción humana asistida. Breve aproximación.	69
CAPÍTULO II. ASPECTOS GENERALES DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	75
II.1. Terminología empleada en materia de subrogación ¿gestación por sustitución o maternidad subrogada?.....	75

II.2. Sujetos implicados en la gestación por sustitución.....	82
II.3. Hacia el concepto de gestación por sustitución	86
II.3.1. Consideraciones preliminares	86
II.3.2. Modalidades de gestación por sustitución.....	87
II.3.2.1. A la vista de la implicación genética de la madre gestante	87
II.3.2.2. Según el número y género de los sujetos que encarguen la gestación	89
II.3.2.2.1. Gestación por sustitución encargada por pareja heterosexual.....	89
II.3.2.2.2. Gestación por sustitución encargada por pareja homosexual.....	92
II.3.2.2.3. Gestación por sustitución encargada por un hombre en solitario	94
II.3.2.2.4. Gestación por sustitución encargada por una mujer en solitario	95
II.3.2.2.5. Algunas consideraciones	96
II.3.2.3. Según se utilice o no alguna técnica de reproducción asistida para lograr la fecundación.....	98
II.3.2.3.1. Fecundación obtenida a través de técnicas de reproducción asistida	98
II.3.2.3.2. Fecundación obtenida de manera natural	98
II.3.2.4. Según la existencia o no de contraprestación económica	100
II.3.2.4.1. Gestación por subrogación altruista.....	100
II.3.2.4.2. Gestación por subrogación comercial.....	104
II.3.3. Naturaleza de la institución	105
II.3.4. Concepto de gestación por sustitución	113
II.3.5. Distinción de figuras afines.....	114

II.3.5.1. A modo de introducción.....	114
II.3.5.2. Donación de gametos y preembriones	115
II.3.5.3. Adopción	117
CAPÍTULO III. POSTURAS ENCONTRADAS SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	129
III.1. Introducción.....	129
III.2. Desde el punto de vista de los diferentes grupos sociales	130
III.2.1. Consideración inicial	130
III.2.2. Postura de los distintos grupos feministas	130
III.2.2.1. Teorías en contra de la gestación por sustitución.	130
III.2.2.2. Teorías feministas a favor de la gestación por sustitución	132
III.2.2.3. Teoría intermedia.....	133
III.2.3. Gestación subrogada y homosexualidad masculina.....	134
III.3. Desde el punto de vista de las principales confesiones religiosas	136
III.3.1. Postura de la Iglesia Católica.....	136
III.3.2. Judaísmo y gestación por sustitución.....	140
III.3.3. Islam y gestación por sustitución.....	141
III.4. En el marco de la Unión Europea	141
III.4.1. Consejo de Europa	141
III.4.2. Comisión Europea.....	149
III.4.3. Parlamento Europeo.....	151

III.4.4. A modo de conclusión	155
III.5. Trabajos realizados por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya.....	156
III.6. En el marco de la Organización de Naciones Unidas: pronunciamientos del Comité de los Derechos del Niño.....	168
III.7. En el Derecho comparado.....	174
III.7.1. Introducción	174
III. 7.2. Posturas de los Estados frente a la gestación subrogada.....	176
III.7.2.1. Gestación subrogada en la Unión Europea	176
III.7.2.2. Gestación subrogada en países distintos de la Unión Europea	184
III.7.2.3. Gestación subrogada en México, Canadá, Australia y Estados Unidos de América.....	192
 CAPÍTULO IV. PROBLEMÁTICA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.....	 203
IV.1. Planteamiento de la cuestión	203
IV.2. Normativa española sobre gestación subrogada.....	204
IV.2.1. Punto de partida: aparentes incoherencias suscitadas por las leyes españolas sobre reproducción asistida	204
IV.2.2. Problemas que plantea la redacción del artículo 10 de la <i>Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida</i>	209
IV.2.2.1. Introducción.....	209
IV.2.2.2. ¿Prohíbe el artículo 10 LTRHA la gestación por sustitución en España?	209

IV.2.2.3. Determinación de la filiación en los supuestos de gestación subrogada a la vista del artículo 10 LTRHA	219
IV.2.2.3.1. Introducción	219
IV.2.2.3.2. Determinación de la filiación materna: principio <i>mater semper certa est</i>	220
IV.2.2.3.3. Determinación de la filiación paterna	226
IV.2.2.4. ¿Puede la madre gestante renunciar a la filiación?	228
IV.2.3. Inscripción en el Registro Civil español de los niños nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada.	234
IV.2.3.1. Introducción. Planteamiento de la cuestión	234
IV.2.3.2. Breve exposición del “Caso cero”	235
IV.2.3.3. Determinación de la filiación en los supuestos de gestación subrogada transfronteriza.....	252
IV.2.3.4. Normativa del Registro Civil: problemas que plantea....	259
IV.2.3.4.1. Introducción	259
IV.2.3.4.2. En aplicación de la <i>Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957</i> , todavía en vigor	260
IV.2.3.4.3. En aplicación de la <i>Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil</i>	262
IV.2.3.4.4. Problemas comunes a ambas normas	270
IV.2.3.5. Influencia de la jurisprudencia del TEDH.....	283
IV.2.3.6. A modo de colofón: el problema de la inseguridad jurídica.	287
IV.3. Estudio de un contrato de gestación por sustitución celebrado en el extranjero	291
IV.3.1. Introducción.....	291
IV.3.2. Concepto	292

IV.3.3. Caracteres	292
IV.3.4. Naturaleza	297
IV.3.5. Constitución.....	302
IV.3.5.1. Elementos personales	302
IV.3.5.2. Elementos reales	305
IV.3.5.3. Elementos formales	306
IV.3.6. Contenido.....	307
IV.3.6.1. Obligaciones de la madre gestante	307
IV.3.6.2. Obligaciones del marido de la gestante	311
IV.3.6.3. Obligaciones de los padres comitentes.....	312
IV.3.7. Condiciones resolutorias, y cláusula de asunción de riesgos por incertidumbre de la materia	316
IV.3.8. Eficacia del contrato	319
IV.3.8.1. Introducción.....	319
IV.3.8.2. Consentimiento.....	321
IV.3.8.3. Objeto	322
IV.3.8.4. Causa	326
IV.3.8.5. Conclusión: nulidad del negocio jurídico y alcance de sus efectos	328
CONCLUSIONES	335
GLOSARIO	347
BIBLIOGRAFÍA	355

ANEXO I	395
ANEXO II.....	396
ANEXO III.....	401
ANEXO IV	404

ABREVIATURAS

AEEFP: Asociación Española de Ética y Filosofía Política.

AEPED: Asociación Española de Pediatría.

Art.: Artículo.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CAHBI: Comité *ad hoc* de Expertos sobre el Progreso de las Ciencias Biomédicas.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

CDC: Convención sobre los Derechos del Niño.

CP: Código Penal.

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.

DOUE.: Diario Oficial de la Unión Europea.

ECAIS: Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional.

EEUU: Estados Unidos.

FD: Fundamento de Derecho.

FJ: Fundamento Jurídico.

FIV: Fecundación *in vitro*.

FIVTE: Fecundación *in vitro* con transferencia de embriones.

Gn: Génesis.

IA: Inseminación artificial.

IAD: Inseminación artificial con aportación de donante.

ICAV: Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

ICSI: Inyección intracitoplasmática de espermatozoides.

IVI: Instituto Valenciano de Infertilidad.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LRC: Ley del Registro Civil.

LTRHA: Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Núm.: número.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

OPAC: Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados.

OPSC: 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.

RAE: Real Academia Española.

RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RRC: Reglamento del Registro Civil.

SHO: Síndrome de hiperestimulación ovárica.

ss.: Siguietes.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TE: Transferencia de embriones.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TET: Tubal embryo transfer.

TIG: Transferencia intratubárica de gametos.

TRA: Técnica, o técnicas de reproducción asistida.

TRHA: Técnica, o técnicas de reproducción humana asistida.

VIH: Virus de Inmunodeficiencia humana.

ZIT: Transferencia intratubárica de cigotos.

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN¹

Esta tesis, realizada en materia de la gestación subrogada, se encuadra dentro del área del Derecho civil, sin embargo, la mayor dificultad con la que nos hemos encontrado radica en que la gestación por sustitución es un tema multidisciplinar en el que, necesariamente, hemos tenido que abordar cuestiones de Filosofía del Derecho, Bioética y Derecho internacional público y privado, incluso de Biología y Medicina reproductiva, por lo que, tangencialmente, hemos tenido que tratar, además, estas cuestiones ya que sin comprender las mismas hubiera sido imposible llegar al tratamiento civil de la cuestión.

A partir de la década de los 70 empieza a investigarse acerca de las técnicas de reproducción asistida y a proliferar la aplicación de las mismas. Como casi siempre, los avances científicos preceden al Derecho, de manera que comenzaron a practicarse estas técnicas sin regulación alguna dando lugar a situaciones indeseadas que, en ocasiones, vulneraban derechos fundamentales de las personas e incluso del embrión. De manera que empieza a forjarse la idea de que la maternidad/paternidad de deseo o voluntad procreacional debía prevalecer sobre principios jurídicos arraigados hasta el momento, a saber: el principio *mater semper certa est*, o las presunciones de paternidad que regían en la mayoría de los Estados.

La gestación por sustitución no ha sido ajena a esta evolución, así, la posibilidad de que parejas que hasta el momento, por cuestiones físicas, tenían vedada la posibilidad de tener hijos ven en la misma una vía para ser padres biológicos; sin embargo, a costa de la utilización de otra persona: la mujer gestante.

¹ Esta tesis se enmarca dentro del proyecto de investigación del MINECO DER2013-47866-C3-2-P.

Con el tiempo, no solo parejas heterosexuales sin capacidad de gestar sino también parejas homosexuales formadas por dos hombres a las que la propia naturaleza les impide reproducirse, hombres o mujeres sin pareja o mujeres que, aun teniendo pareja no desean sufrir los inconvenientes que supone un embarazo y prefieren trasladar estos a otra persona, comienzan a utilizar esta práctica.

Como problema añadido, en ocasiones, no solo las parejas que desean tener un hijo biológico acuden a la gestación por sustitución, sino también personas que para practicarla, por diversas causas, no utilizan sus propios gametos, implicando a más personas (donantes) en la cuestión y obviando que existe una figura, la adopción, que satisface igualmente el deseo de ser padres y además supone amparar a un menor, ya nacido, que se encuentra en situación de desprotección y deseoso de ser incluido en una familia.

Ante esta situación, los ordenamientos jurídicos comienzan a legislar sobre la materia, unos con carácter aperturista aceptando en general el uso de técnicas de reproducción asistida y permitiendo instituciones como la gestación subrogada, y otros, de carácter más conservador, prohibiendo estas prácticas o admitiendo el uso de técnicas de reproducción asistida pero prohibiendo la gestación subrogada, como el nuestro.

El galimatías de normas que surge en el Derecho comparado da lugar a que los padres que desean tener un hijo por esta vía acudan a diferentes Estados para practicar la gestación por sustitución dando lugar al llamado turismo reproductivo con motivo de la gestación subrogada. A raíz de esta situación surgen los problemas que los padres han hecho propios pero que en realidad son problemas que afectan al menor y a su propio interés: ¿Cómo reconocer la filiación de los padres de intención sobre el nacido en el país de estos padres, cuando dicho país no reconoce la gestación subrogada o la prohíbe?

Este es el problema civil que se plantea y que trataremos de dilucidar en esta tesis.

A raíz de esta situación han surgido diversas asociaciones, algunas para defender y otras para manifestarse en contra de esta institución con diferentes argumentos.

Las cuestiones legislativas no han sido menos problemáticas. Para solventar las dudas iniciales que surgieron tras la aparición de las técnicas de reproducción asistida se dictó la *Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida*, que fue derogada y sustituida por la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida* aunque ambas tuvieron el mismo criterio acerca de la gestación subrogada: su prohibición y declaración de nulidad del contrato de gestación por sustitución en sus respectivos artículos 10.

A pesar de que la última ley mencionada ha sido reformada en alguna ocasión, la cuestión acerca de la gestación por sustitución no ha sido modificada. Por ello algún sector doctrinal y social demanda su modificación.

El problema se complica cuando en uno de los primeros casos de gestación subrogada practicado en el extranjero se solicitó la inscripción de los menores nacidos a través de gestación por sustitución en el Registro Civil Consular y el Cónsul respectivo denegó la inscripción de los mismos por ser contraria a nuestro ordenamiento jurídico la forma en que los menores habían sido concebidos.

A partir de ese momento se inician paralelamente dos procesos, uno ante los Tribunales que fallan en contra de la inscripción y otro ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que resuelve a favor de la inscripción.

El procedimiento se llevó a cabo durante la vigencia de la *Ley de 8 de junio de 1957 del Registro Civil* y, aunque todavía no haya entrado en vigor completamente la *Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*, la misma tampoco aclara la cuestión acerca de si los menores nacidos en el extranjero por la vía de la gestación subrogada podrán ser inscritos en el Registro Civil español con la filiación de los padres de intención.

La inseguridad jurídica que esto genera en relación al menor ha hecho que parte de la sociedad y de la doctrina se posicionen a favor o en contra de la gestación subrogada.

Por este motivo se elaboró una Iniciativa Legislativa Popular todavía no presentada en el Congreso de los Diputados por la Asociación por la Gestación Subrogada en España.

Unión Progreso y Democracia presentó el 10 de febrero de 2015 dos Proposiciones no de Ley una en la Comisión de Justicia del Congreso y otra en el Pleno del Congreso asumiendo las peticiones de la Iniciativa Legislativa Popular antes citada, la primera fue rechazada el 17 de febrero de 2015 y la segunda decayó al disolverse las Cortes ante las Elecciones Generales de 2015².

El 16 de marzo de 2016 se presentó ante la Asamblea de Madrid una Proposición no de Ley por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos para instar al Gobierno de la Comunidad de Madrid y, a su vez, instar al Gobierno de la Nación a impulsar de forma inmediata, una Ley de regulación de la gestación subrogada que garantice los derechos de las personas intervinientes en el proceso y, de forma especial, los de los menores fruto de esa técnica de reproducción.³ La proposición fue rechazada el 31 de marzo de 2016.

Como vemos, parece no haber voluntad política de cambiar la situación actual sobre la materia. Sin embargo, la problemática acerca de la inscripción de los menores en el Registro Civil y la incertidumbre e inseguridad jurídica sobre la materia continua existiendo, por lo que entendemos completamente justificado el estudio y tratamiento en profundidad de la cuestión.

² Para consultar los trámites parlamentarios *vid.*,
<http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/enviarCgiBuscadorIniciativas>
(Acceso: 15 octubre 2016).

³ Para consultar los trámites parlamentarios *vid.*,
<<http://www.asambleamadrid.es/ES/ActividadParlamentaria/IniciativasLeyesyResoluciones/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?IdIni=211599>> (Acceso: 15 octubre 2016).

Por ello los objetivos que hemos marcado en esta tesis para abordar el problema existente en la materia son los siguientes:

1. Poner de manifiesto la complejidad que supone elegir una terminología adecuada para referirnos al tema en cuestión. En tanto se use la expresión “maternidad” se está reconociendo que la gestante es madre, lo que defienden las posturas en contra de la gestación subrogada, pues la maternidad implica una serie de consecuencias (reconocimiento de la filiación, apego de la madre con el nacido, entre otras), en consecuencia el contrato de maternidad subrogada, para estas teorías, supone un atentado contra la dignidad de la mujer y una posibilidad de convertirlas en simples recipientes contenedores del feto gestado, lo que supone la cosificación de la mujer; sin embargo, emplear el término “gestación” implica separar la maternidad de la gestación, admitiendo que son conceptos disociables tal y como reconocen las posturas a favor de la gestación subrogada, de manera que lo que la gestante hace es poner voluntariamente su cuerpo y su capacidad de gestar, a disposición de los padres de intención, haciendo uso de un pretendido derecho a disponer sobre su propio cuerpo para ponerlo al servicio de los demás.
2. Demostrar que la gestación subrogada no es una técnica de reproducción asistida y por eso no puede ser tratada como tal, sino que es, más bien, una forma de reproducción que puede darse a través de la utilización de técnicas de reproducción asistida o por vías naturales de reproducción.
3. Ofrecer, a la vista de la naturaleza señalada en el objetivo anterior, un concepto de gestación por sustitución.
4. Demostrar el interés y preocupación de la problemática que genera la gestación subrogada en el ámbito internacional, partiendo de la base de los pronunciamientos que se han llevado a cabo sobre la materia en la Unión Europea, Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya y Comité de los Derechos del Niño; así como la dificultad que supone llegar a un acuerdo internacional que resuelva los problemas planteados por esta institución, sobre todo a nivel transfronterizo.
5. Demostrar que la gestación por sustitución que se produce habitualmente en los Estados es manifiestamente comercial y son minoritarios o inexistentes los casos de gestación por sustitución altruista y ofrecer un análisis de lo que ello conlleva en relación con la dignidad de la mujer y la consideración de las mujeres gestantes y los niños nacidos de esta práctica como objetos de un contrato.
6. Poner de manifiesto la falta de uniformidad legislativa en el Derecho comparado y los diferentes sistemas de tratamiento existentes.

7. Fijar el marco legal relativo a la gestación subrogada en nuestro Derecho, así como analizar y criticar esta normativa, poniendo de manifiesto sus antinomias y lagunas para demostrar con ello la inseguridad jurídica que se traslada a los ciudadanos implicados en esta cuestión, sobre todo al nacido a través de estas prácticas, que es el más perjudicado.
8. Demostrar que la gestación subrogada es una institución prohibida en nuestro Derecho, pese a la oposición de algún sector de la doctrina y pese a la forma en que está redactado el artículo que la regula. Y que la renuncia a la filiación pretendida por el contrato de gestación subrogada es contraria a nuestro ordenamiento jurídico.
9. Poner de manifiesto la inseguridad jurídica que genera el diferente tratamiento de la cuestión en nuestro sistema jurídico por los Tribunales Españoles y por la Dirección General de los Registros y del Notariado y estudiar las implicaciones que pueden tener en estas posturas los pronunciamientos sobre la materia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
10. Demostrar que la gestación por sustitución es contraria al orden público español y puede ser calificada como un supuesto de tráfico de personas.
11. Ofrecer un análisis de un modelo de contrato real de gestación por subrogada celebrada en el extranjero a los efectos de estudiar sus cláusulas e ineficacia en el ordenamiento jurídico español.

Para tratar cada una de estas cuestiones hemos dividido la tesis en cuatro capítulos, así:

En el Capítulo I, realizaremos la necesaria contextualización legislativa de la gestación por sustitución en España, comenzando (de los temas más generales a los más concretos) por estudiar en primer lugar y de manera sucinta la situación de la reproducción humana asistida en nuestro país tratando los orígenes de la reproducción asistida y la situación de la misma a la vista de las dos leyes principales que la han tratado a lo largo del tiempo: la *Ley 38/1988* y la *Ley 14/2006*, antes citadas.

En segundo lugar, y descendiendo al caso concreto, realizaremos una primera aproximación del tratamiento de la gestación por sustitución en la legislación española, haciendo referencia a los antecedentes existentes y un breve

acercamiento a la regulación actual, sin entrar en esta ocasión en el análisis de la misma.

En el Capítulo II, trataremos los aspectos generales de la gestación subrogada, datos necesarios para poder comprender la institución y cómo se ha llegado a la legislación actual. Así, abordaremos en primer lugar la terminología que se emplea para afrontar esta institución y la importancia de obtener una denominación adecuada. Indicaremos, así mismo y de manera simplemente inicial, pues su estudio en profundidad se realizará en el Capítulo IV al estudiar el contrato de gestación subrogada, quiénes son las partes implicadas en la misma.

Con la intención de aportar a nuestro estudio un concepto lo más fiel posible a la realidad sobre la cuestión que estamos tratando, estudiaremos en primer lugar las modalidades de gestación por sustitución, que no son pocas, y que demuestran la dificultad de ofrecer una solución en caso de que la cuestión se llegare a legislar, pues son muchos los puntos de vista desde los que se puede observar la gestación subrogada atendiendo a la casuística de la misma y a las opciones existentes.

Con el mismo objetivo estudiaremos en profundidad la naturaleza de la institución dando respuesta a la polémica pregunta sobre si se trata o no de una técnica de reproducción asistida.

Con todo ello, estaremos en condiciones de ofrecer nuestro propio concepto de gestación subrogada a lo que añadiremos una referencia a su distinción de figuras afines como la donación de gametos y preembriones y la figura de la adopción.

En el Capítulo III, abordaremos las distintas posturas sobre la admisibilidad de esta institución. Dado el interés que ha despertado en diferentes grupos sociales, antes de tratar la cuestión desde el punto de vista jurídico de las instituciones internacionales y del Derecho comparado, abordaremos la cuestión desde el punto de vista de los grupos feministas, cuya visión sobre la materia es radicalmente opuesta según la corriente de pensamiento de que se trate; desde el prisma de la homosexualidad masculina, grupo más afectado por esta cuestión,

pues obviamente, si no es a través de gestación por sustitución no pueden convertirse en padres biológicos; y desde la visión de las más influyentes confesiones religiosas: la Iglesia Católica, el Judaísmo y el Islam.

Tras el estudio de la cuestión desde las perspectivas de los grupos sociales antes citados veremos las posturas mantenidas dentro del marco de la Unión Europea, que se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el tema; analizaremos, así mismo, los trabajos realizados por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya que dedica gran parte de sus esfuerzos al estudio de esta cuestión, con el objetivo de que se pueda llegar a firmar un acuerdo multilateral entre Estados que tienda puentes entre los mismos para que la gestación subrogada transfronteriza deje de ser un problema y se reconozca entre Estados la filiación creada en los países de origen de los niños así nacidos, esta institución lleva trabajando periódicamente desde el año 2010 sobre la materia, sin haber encontrado por el momento una solución definitiva.

Abordaremos también la cuestión desde la postura del Comité de los Derechos del Niño cuyas preocupaciones fundamentales son que los niños nacidos a través de gestación subrogada no sean objeto de tráfico de personas y que puedan ejercer su derecho a conocer sus orígenes biológicos; ello se deriva de las Observaciones Finales que el Comité hace a los Estados tras presentar estos sus informes periódicos correspondientes. En el análisis de estas Observaciones nos basaremos para concretar la posición del Comité de los Derechos del Niño.

Por último dentro de este Capítulo estudiaremos el estado de la cuestión en el Derecho comparado. Sin ánimo de hacer un estudio en profundidad de Derecho comparado, plantearemos el tratamiento de la gestación subrogada abarcando el estudio de la situación en los países de la Unión Europea, en otros países fuera de la Unión Europea pero que han destacado por su tratamiento de esta cuestión o que han sido requeridos para su estudio por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya y en Estados Federales como México, Canadá, Australia o Estados Unidos de América.

Finalmente, en el Capítulo IV, cuestionaremos la problemática de la gestación subrogada en España, partiremos de algunas aparentes contradicciones que plantea la Ley actual; abordaremos seguidamente y en profundidad, el estudio del artículo 10 de la *Ley sobre técnicas de reproducción asistida* con la intención de criticarlo y responder a preguntas tales como si la gestación subrogada es una institución realmente prohibida en nuestro Derecho, si la madre subrogada puede renunciar a la filiación del nacido o cómo determinar la filiación de los nacidos a través de esta vía; para ello trataremos de manera separada los supuestos de gestación subrogada que pudieran celebrarse en España de los casos producidos en el extranjero, así como, el diferente tratamiento de la filiación materna y paterna.

En segundo lugar trataremos la cuestión desde el punto de vista de la problemática que plantea la inscripción de los menores en el Registro Civil español, en primer lugar realizaremos una breve exposición del llamado “Caso cero” que nos servirá de prototipo e hilo conductor para estudiar toda la problemática que plantea esta cuestión desde el prisma registral. Abordaremos la cuestión no solo en aplicación de la *Ley del Registro Civil* de 1957, sino también, y puesto que presumiblemente entra en vigor en el año 2017, desde la visión de la *Ley del Registro Civil* de 2011.

Veremos que la problemática fundamental que se plantea por la legislación española es dilucidar si se trata de una cuestión de orden público, si los casos transfronterizos suponen un fraude de ley dada nuestra regulación y en qué medida afecta esta cuestión al interés superior del menor.

Por último, y para aprovechar la oportunidad de haber obtenido un modelo real de contrato de gestación subrogada (nada fácil de conseguir), estudiaremos el mismo en profundidad siguiendo la estructura clásica de análisis de los contratos: concepto, caracteres, naturaleza, constitución (incluyendo elementos personales, reales y formales), contenido (incluyendo obligaciones de la madre gestante, del marido de la gestante y de los padres comitentes); estudiaremos, además, por la implicación que conllevan para la gestante, determinadas condiciones resolutorias del contrato planteadas en el mismo, y una cláusula de asunción de riesgos por

incertidumbre sobre la materia que demuestra la escasa seguridad jurídica que rodea esta cuestión.

Siguiendo con el contrato y con su análisis tradicional, estudiaremos su eficacia, distinguiendo entre consentimiento, objeto y causa del mismo para concluir que aun sin la mención del art. 10 de la *Ley sobre técnicas de reproducción asistida* que declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución, se trata igualmente de un contrato nulo, de manera que no se puede pretender que produzca efectos en nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, y en cuanto a la metodología empleada para llevar a cabo este estudio, a lo largo del trabajo y con la finalidad de conseguir los objetivos propuestos emplearemos distintos métodos de investigación.

Podemos decir que el método general empleado a lo largo de toda la tesis será el método deductivo, de manera que, partiendo de una base genérica intentaremos llegar al tratamiento de cuestiones concretas. Así, atendiendo al contenido de la tesis en general, en primer lugar analizaremos la normativa sobre reproducción humana asistida genérica para descender al tema concreto de la gestación subrogada; deduciremos el concepto de gestación por sustitución partiendo de sus clases y naturaleza; una vez centrados en el tema concreto que nos atañe analizaremos el marco legal internacional y de Derecho comparado para finalmente llegar a la normativa española sobre la cuestión y una vez vista esta analizaremos el, ya citado, contrato de gestación subrogada, llegando así al punto de vista más concreto desde el que se puede estudiar el tema en cuestión: el de las partes implicadas en el mismo.

Haciendo referencia a la metodología más concreta empleada en cada capítulo de la tesis:

En el Capítulo I, utilizamos el método descriptivo pues se trata de una aproximación a los antecedentes y normativa necesaria para realizar el estudio posterior.

En el Capítulo II, utilizaremos el método analítico y crítico para abordar la terminología empleada en el tema y descriptivo en cuanto a los sujetos implicados en la cuestión. En relación con las modalidades de gestación subrogada el método será expositivo, analítico y también crítico en algunos puntos, sobre todo al estudiar la diferencia entre gestación subrogada comercial y altruista y a la hora de establecer nuestra propia teoría acerca de la posibilidad de que la gestación subrogada pueda producirse no solo a través de técnicas de reproducción asistida, sino, también, de manera natural. Volveremos, también, al método crítico al tratar la naturaleza de la institución y al método descriptivo o expositivo al ofrecer un concepto de gestación subrogada. Para distinguir la gestación por sustitución de figuras afines emplearemos el método analítico y crítico.

En el Capítulo III, el método será básicamente expositivo, nos limitaremos a mostrar las diferentes posturas de los diferentes grupos e instituciones que han tratado la cuestión, sin perjuicio de que realicemos algún comentario crítico de alguna de ellas.

En el Capítulo IV, el método será claramente analítico y crítico, pues lo que pretendemos es señalar los pormenores, y posibles carencias o deficiencias que pueda tener nuestra legislación a la hora de tratar una cuestión como esta. El mismo método se empleará al estudiar el contrato de gestación por sustitución respecto del que realizaremos una crítica profunda del mismo.

En cuanto a las fuentes utilizadas hemos empleado, en primer lugar, numerosa bibliografía obtenida básicamente a través del Servicio de Obtención de Documentos de la Universidad CEU-Cardenal Herrera. Dicha bibliografía está compuesta por monografías específicas sobre la materia o sobre cuestiones conexas como la filiación, la reproducción asistida, el contrato, la genética, el feminismo o la biología, entre otros. En el mismo sentido, hemos utilizado un gran número de artículos de revistas especializadas, no solo en disciplinas jurídicas sino también en Medicina, Filosofía del Derecho o Bioética en algunos casos.

A tales efectos, muchos de los artículos han sido obtenidos en revistas *on line*, por lo que hemos acudido a, también, un número elevado de páginas web especializadas.

Los descriptores empleados en internet para la búsqueda de información han sido: “gestación subrogada”, “maternidad subrogada”, “gestación por sustitución”, “maternidad por/de sustitución”, “gestación para otros”, “vientre de alquiler”, “subrogación”, “orden público”, “fraude de ley”, “interés superior del menor”, “interés superior del niño” y “filiación”.

Estos mismos descriptores han sido, también, los empleados para la obtención de la jurisprudencia citada en la tesis. Las bases de datos empleadas para la búsqueda de jurisprudencia han sido: Westlaw Civil-Mercantil (EDITORIAL ARANZADI) y Cendoj. No existe demasiada jurisprudencia sobre el tema, de hecho en nuestro país solamente existe una Sentencia del Tribunal Supremo sobre la cuestión, por ello, la mayoría de la jurisprudencia citada la hemos empleado como apoyo a nuestras teorías o a teorías contrarias a las nuestras o a modo ejemplificativo y sobre temas tangenciales que guardan relación con la cuestión. En el mismo sentido se han utilizado las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se citan.

Para realizar nuestra investigación, no solo hemos acudido a monografías o artículos de revista sino que utilizamos buen número de fuentes primarias: documentos oficiales de las instituciones tratadas (*vid.* bibliografía comentada sobre la Unión Europea, el Comité de los Derechos del Niño y la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya), estudios jurídicos como los llamados “Informe Palacios” o “Informe Warnock”, informes realizados por la Congregación para la Doctrina de la Fe, informes emitidos por la Organización de Naciones Unidas, entre otros. Estos documentos han sido revisados en su idioma original, inglés o francés en la mayoría de los casos.

Otras fuentes primarias que hemos utilizado son las empleadas como Anexos en esta tesis:

En primer lugar, un certificado oficial de nacimiento de uno de los dos menores protagonistas del “Caso cero”.

En segundo y tercer lugar, dos autos, no publicados en bases de datos, relativos a la adopción por el cónyuge del padre biológico en dos situaciones de gestación subrogada producida en el extranjero.

En cuarto lugar, el ya mencionado contrato sobre gestación subrogada.

En otro orden de cosas, hemos incluido en la tesis un Glosario, ubicado al final de la tesis con tal de no alterar el orden lógico de ordenación de la misma, pero cuya lectura se recomienda al inicio, pues contiene conceptos clave que irán apareciendo a lo largo de la tesis, indispensables para entender algunas cuestiones que se comentarán, muchos de los cuales no pertenecen a la ciencia jurídica.

Y por último, señalar que en los documentos consultados *on line*, aunque solo hemos hecho a lo largo de la tesis a la mención de la fecha de “Acceso”, nos referimos al último acceso, pues muchos de los documentos han sido consultados en diferentes ocasiones.