TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2023 / 2024

TÍTULO:

"Estudio de la gestación por sustitución, con un especial énfasis en la gestación y filiación post mortem"

WORK TITLE:

"Study of gestational surrogacy, with special emphasis on gestation and postmortem filiation"

AUTORA:

ALEXIA MARÍA GASPAR SAIZ

DIRECTOR:

FRANCISCO JOSÉ CARRAL FERNÁNDEZ

DEFENSA:

26 DE JUNIO DE 2024

RESUMEN

La gestación por sustitución es un problema de Derecho Internacional Privado que cada Estado soluciona de acuerdo con su normativa interna, lo que conlleva consecuencias importantes en el momento de determinar la filiación del niño. El objetivo de este trabajo es realizar un análisis del procedimiento, explicando las normativas y directrices de organismos como el TEDH, La Conferencia de La Haya y la Convención sobre los Derechos del Niño, además de profundizar en la gestación y filiación post mortem tras el caso mediático de la actriz Ana Obregón que realizó este procedimiento compartiendo material genético con la recién nacida, determinando los tribunales estadounidenses la filiación de Ana como abuela tras determinar la filiación de su hijo fallecido como padre de la menor.

PALABRAS CLAVE

Gestación por sustitución, gestación subrogada, filiación, post mortem, Ana Obregón.

ABSTRACT

Surrogacy is a problem of Private International Law that each State solves in accordance with its internal regulations, which has important consequences when determining the filiation of the child. The aim of this paper is to analyse the procedure, explaining the regulations and guidelines of bodies such as the ECHR, The Hague Conference and the Convention on the Rights of the Child, as well as going into gestation and post-mortem filiation in depth after the media case of the actress Ana Obregón who carried out this procedure by sharing genetic material with the newborn, with the US courts determining Ana's filiation as grandmother after determining the filiation of her deceased son as the father of the child.

KEYWORDS

Gestational surrogacy, surrogacy, filiation, postmortem, Ana Obregón.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN 5
2. ANÁLISIS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, CON ESPECIAL MENCIÓN A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN 6
2.1. Exposición de las posturas favorables y desfavorables a la gestación por sustitución 8
3. REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN 11
3.1. Procedimiento de gestación por sustitución desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado Europeo. Forum Shopping y Situaciones Claudicantes. 11
3.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Conferencia de la Haya y Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 14
4. REGULACIÓN NACIONAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ... 18
4.1. Filiación de los niños nacidos a través de la gestación por sustitución. Procedimiento de filiación. 19
4.1.1. Validez de sentencias extraterritoriales. Garantías que ofrecen las sentencias de filiación extranjeras. 19
4.1.2. Estudio de las actas de nacimiento 21
5. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y FILIACIÓN POST MORTEM: CASO DE ANA OBREGÓN 23
6. INVESTIGACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA REALIDAD ACTUAL: PROCEDIMIENTO QUE SIGUEN LOS CIUDADANOS PARA UTILIZAR ESTAS TÉCNICAS A TRAVÉS DE DIFERENTES EMPRESAS 27
7. CONCLUSIONES 30
8. BIBLIOGRAFÍA 32

1. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este proyecto es poner en conocimiento de los lectores las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, centrándose en la gestación por sustitución (comúnmente denominada "gestación subrogada"), así como explicar el tratamiento que da la normativa nacional e internacional a esta última, puesto que es muy habitual en la actualidad y de la que hay un gran desconocimiento.

Es un procedimiento del que se vuelven a hacer eco todos los medios de comunicación después de la noticia de la gestación subrogada realizada por la actriz Ana Obregón a los 68 años de edad y, además, realizada post mortem con el material genético de su hijo. Es necesario esclarecer estos términos y precisar: cómo se ha hecho, dónde, si está permitido o no en España, y una vez nacido el bebé, qué sucede con él y con su derecho a tener una identidad y una nacionalidad.

También se acercará a los lectores a la realidad de esta técnica puesto que se realiza una tarea de investigación para averiguar cómo acceden a ésta los ciudadanos que viven en países en los que está prohibida, habiendo establecimientos de empresas sitas en España que la gestionan sin ningún tipo de prohibición, actuando como intermediarios.

2. ANÁLISIS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, CON ESPECIAL MENCIÓN A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

A medida que el ser humano se encuentra con problemas para reproducirse, de igual manera se las ingenia para encontrar soluciones por distintas vías como la adopción o la ciencia. En el caso de la reproducción a través de métodos científicos, encontramos las técnicas de reproducción humana asistida.

En concreto, las técnicas de reproducción asistida son un *"conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana"*.[1]

Estas técnicas no consisten en una reproducción artificial, puesto que no sustituyen organismos ni masculinos ni femeninos, sino que hacen la función reproductiva que falta en el propio cuerpo humano (por ejemplo, para suplir una esterilidad) o, a veces, simplemente consisten en una ayuda a esa función de reproducción del cuerpo.

Hay dos tipos de técnicas en función de a quién pertenezca el material genético:

Las técnicas homólogas son aquellas en las que el material genético pertenece a los dos miembros de la pareja. Suele darse en los casos de parejas heterosexuales, puesto que el material genético procede del hombre y de la mujer. Este tipo de técnicas no da muchos problemas al legislador.

Las técnicas heterólogas son aquellas en las que el material genético procede de un tercero, a través de la extracción de óvulos y de espermatozoides ajenos. En España esta se lleva a cabo a través de clínicas especializadas,

siendo la extracción de óvulos una técnica más peligrosa, puesto que las mujeres tienen que someterse a una intervención quirúrgica con el riesgo de que en un futuro puedan padecer un cáncer de útero y con todas las complicaciones que pudieran derivar de la cirugía. En consecuencia, las mujeres reciben una compensación dineraria mayor por el riesgo a la posibles consecuencias que se produjeran durante el proceso.

Puede que, en ocasiones, la pareja tanto heterosexual como homosexual, además del material genético de un tercero, necesite la capacidad de gestar de una mujer. También existe la ectogénesis, un útero artificial.

En España solo se permite la compra del material genético de un tercero, nunca la compra de la capacidad de gestar, por ir en contra de nuestro ordenamiento. Es nulo de pleno derecho el contrato en cuya virtud una mujer geste para otro, por lo tanto, es nula de pleno derecho la gestación por sustitución. Se trata de una nulidad civil, no tiene consecuencias penales puesto que en España no es un delito.

La gestación por sustitución se trata, en definitiva, de un acuerdo o contrato que celebran los padres de intención o comitentes (los que recibirán al bebé y serán sus padres a efectos legales) con una mujer para que esta geste para ellos. En la gestación por sustitución no hay acto sexual, se insemina artificialmente a través de las técnicas de reproducción humana asistida, por lo tanto es la posibilidad del ser humano de reproducirse sin el acto sexual.

Ese contrato es válido en otros países con algunos requisitos en los que entraremos más adelante.

---

[1] Solís, S. (2000). Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos. *Cuadernos de bioética*, *41*, 37-47.

2.1. Exposición de las posturas favorables y desfavorables a la gestación por sustitución

Como he comentado en el apartado anterior, la gestación por sustitución es una técnica no permitida en España y, en consecuencia, lo que se prohíbe siempre genera debate sobre si debe estarlo o no.

[2]

Los argumentos de las personas en contra de la legalización de esta técnica en España son, sobre todo, los siguientes:

- La mercantilización de la mujer gestante, porque convierte a esta en un objeto.

[2] ROJO, I. (29 de Marzo de 2023). *www.elmundo.es*. Obtenido de Un 58,3% de los españoles está a favor de legalizar la gestación subrogada: https://www.elmundo.es/espana/encuestas/2023/03/29/642418ad21efa071708b4587.html

- Problemas psicológicos y anímicos para la mujer gestante por la obligación de tener que desprenderse del bebé después de haberlo gestado durante nueve meses.

- Anteponer el deseo de los adultos de ser padres cuando ser padre no es un derecho.

- Aluden a que se está "comprando un niño", pues tiene un precio.

- Aprovechamiento de una mala situación económica de una mujer que la "obliga" a prestarse a este tipo de situaciones. Alegan que una mujer que no tenga problemas económicos no accedería a prestar su cuerpo para gestar el bebé de otras personas.

Por el otro lado, los argumentos de las personas a favor de la legalización de esta técnica son los siguientes:

- Permite tener hijos biológicos a parejas que no pueden tenerlos por sus propios medios.

- Está permitida en algunos países que tienen derechos y leyes parecidos a los de España, con un desarrollo cultural similar (como pueden ser Grecia o algunos estados de Estados Unidos), por lo que no entienden que si allí no se prohíbe, por qué en España sí.

- Lo comparan con la donación de óvulos y de órganos, ya que se trata de ayudar a otra persona.

- Es un proceso más sencillo que la adopción nacional e internacional. [3]

[3] Peraita, L. (12 de Noviembre de 2021). *www.abc.es*. Obtenido de Argumentos a favor y en contra del «vientre de alquiler» Todo lo que necesitas saber para tener una opinión acertada:

El debate lleva siendo el mismo muchos años y no ha habido ningún cambio ni en las posturas ni en el legislador.

Además, el debate sigue creciendo cada año, puesto que en los medios de comunicación se publican artículos en los que se menciona que muchas personas conocidas, tanto en nuestro pais como en el resto del mundo, acuden a este tipo de técnicas, generando una gran cantidad de opiniones tanto en positivo como en negativo.

https://www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-argumentos-favor-y-contra-vientre-alquiler-201603210240_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Ffamilia%2Fpadres-hijos%2Fabci-argumentos-favor-y-contra-vientre-alquiler-201603210240_noticia.html

3. REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

3.1. Procedimiento de gestación por sustitución desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado Europeo. Forum Shopping y Situaciones Claudicantes.

"El Derecho de la Unión todavía no exige a los Estados miembros que reconozcan la filiación establecida en otro Estado miembro a efectos de los derechos derivados de la filiación con arreglo al Derecho nacional, como los derechos del menor a la sucesión y a la manutención, y a ser representado por cualquiera de sus progenitores en otro Estado miembro (por ejemplo, en cuestiones como la salud y la escolarización).

Para abordar los problemas actuales con el reconocimiento de la filiación en otro Estado miembro y colmar la laguna en el Derecho de la Unión, el 7 de diciembre de 2022 la Comisión adoptó una propuesta de Reglamento sobre el reconocimiento de la filiación entre los Estados miembros a todos los efectos. La propuesta complementa la obligación de los Estados miembros de reconocer la filiación a efectos de los derechos derivados del Derecho de la Unión.

Sin embargo, en virtud de los Tratados de la Unión Europea, el Derecho sustantivo de familia es competencia de los Estados miembros. Por tanto, son los Estados miembros quienes deciden si la gestación por sustitución debe regularse o prohibirse en su territorio. La decisión de permitir o no acuerdos de gestación por sustitución en un Estado miembro determinado corresponde únicamente a ese Estado miembro y la Comisión no puede intervenir en dichas decisiones.". [4]

[4] La exclusión expresa de la filiación por gestación por sustitución de la iniciativa sobre el reconocimiento de la filiación en la Unión, Petición n.º 0762/2022 (Comisión de Peticiones de la UE 19 de Junio de 2023).

El Derecho Internacional Privado suscita tres problemas clásicos: competencia judicial internacional, ley aplicable y validez extraterritorial de decisiones extranjeras.

Cada Estado conforme a su normativa nacional, ofrece soluciones distintas a los tres problemas referidos anteriormente, por lo que a través de la ratificación de los distintos convenios y tratados internacionales, se consigue la unificación de normas de Derecho Internacional Privado, ofreciendo entonces las mismas soluciones y generando menos situaciones claudicantes.

Así evitamos el problema del forum shopping**.** Esto implica que, sin convenio, cada Estado tiene sus propias normas de forum, ius y exequátur por lo que los ciudadanos están en su derecho de revisar la legislación de cada Estado y plantear el pleito en otro país. Si el ciudadano elige el que más le beneficie, se trata de **"Good Forum Shopping".** Sin embargo, el **"Bad Forum Shopping"** se produce cuando acude a otro país escapando de las normas imperativas de su Estado de procedencia. En definitiva, este último consiste en ir al extranjero a hacer lo que no le permiten en su país. Esto es la consecuencia de la relatividad y exclusividad del Derecho Internacional Privado.

Precisamente, la gestación por sustitución se trata en muchas ocasiones de "Bad Forum Shopping", puesto que no en todos los países está permitida esta técnica. Reiterando lo dispuesto en el apartado anterior, los ciudadanos españoles que desean tener descendencia a través de la gestación por sustitución acuden a países como Estados Unidos en los que sí está permitida en algunos estados como el de California, en contraposición con la normativa española que prohíbe esta técnica al considerarla un contrato.

El forum shopping desencadena situaciones claudicantes, que son consecuencia del mismo hecho: sin convenio, cada Estado tiene su propio sistema. Esta situación es aquella que es válida única y exclusivamente en el país en el que ha sido creada y que cuando el ciudadano trata de desplegar sus efectos en el otro Estado, estos no le son

reconocidos. En el caso de la gestación por sustitución, esto sucede cuando los padres de intención son reconocidos como padres legalmente en el país en el que se produce la gestación, pero al retornar al país de origen, estos no son reconocidos y no se puede llevar a cabo la filiación.

Si todos los Estados tuviésemos las mismas normas, estos problemas no ocurrirían, porque si se produce una unificación de las normas a nivel internacional, la solución va a ser la misma independientemente del territorio donde se encuentren. Pero la realidad es que los tres problemas clásicos siguen latentes.

¿Dónde están regulados estos problemas de Derecho Internacional Privado en materia de filiación? Actualmente no hay regulación internacional, en breve la situación va a cambiar porque la UE ya tiene elaborado una Propuesta de Reglamento [5] que está en trámite de aprobación por parte de los Parlamentos nacionales ya que el Derecho de familia en la Unión Europea está sujeto a la aprobación de estos. España ya ha autorizado la Propuesta de Reglamento.

"Esta actividad pretende responder a una realidad que se constata cada vez con más frecuencia, que la filiación constituida en el marco de un ordenamiento jurídico no es siempre ni necesariamente reconocida en otros ordenamientos. La pretensión de que la filiación pueda 'trasladarse' con la persona a otro Estado es una exigencia creciente en un contexto donde la movilidad internacional de las personas no para de aumentar. Este reconocimiento aseguraría la continuidad en el estatuto personal, y en particular en la adquisición de una identidad y la creación de vínculos familiares, que se va configurando como un derecho humano que los tribunales reconocen e intentan proteger." [6]

[5] Propuesta de Reglamento de 7 de diciembre de 2022 sobre la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento de decisiones y aceptación de documentos auténticos en materia de filiación y la creación de un certificado europeo de filiación (COM (2022).
[6] Rodríguez Pineau, E. (2023). La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas Cuadernos de Derecho Privado, 6, pp. 148-180.

El Reglamento va a tratar sobre competencia judicial internacional (CJI en adelante), ley aplicable y reconocimiento y resolución de decisiones en materia de filiación. También se contempla la existencia de un certificado de filiación europeo.

Junto a esta propuesta de Reglamento UE, el Convenio de la Haya está trabajando también en la elaboración de un Convenio Internacional (CI en adelante) sobre CJI, ley aplicable y reconocimiento y resolución de decisiones en materia de filiación. Ese CI va a ir anexo a un protocolo para los Estados que deseen firmarlo, en materia de gestación por sustitución. *"En las indicaciones que el grupo de expertos propone en su informe final para consideración de futuros trabajos en el marco de la Conferencia se ha acordado la conveniencia de separar el tratamiento del reconocimiento de la filiación del de la gestación subrogada, sugiriendo la adopción de un convenio para el primero y un protocolo para el segundo"* [7] .Su firma no es requisito esencial para que no resulte un obstáculo, priorizando así la firma del CI.

En conclusión, hoy en día no hay instrumentos internacionales que resuelvan los problemas en materia de filiación. Esto provoca múltiples problemas de determinación de la filiación, unido a los problemas sobre las técnicas de reproducción humana asistida.

3.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Conferencia de la Haya y Convención sobre los Derechos del Niño de 1989

Con respecto a la Conferencia de la Haya, en su artículo 5 define todo el proceso de la gestación por sustitución y *"Lo que sí tiene claro la Conferencia de La Haya, es que existen tres frentes a los que hay que proteger: en primer lugar, no podemos dejar la filiación de un niño así como su nacionalidad en manos de que este tema esté o no legislado y de que exista diversidad legislativa; en segundo lugar, la*

[7] Rodríguez Pineau, E. (2023). La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas Cuadernos de Derecho Privado, 6, pp. 148-180.

gestante también necesita protección, una vez que tenemos que asegurarnos que entiende el procedimiento en que se encuentra y, además, es necesario eliminar los casos de trata y, también, evitar que estas mujeres acudan a estas técnicas por el simples hecho de no tener recursos económicos; en último lugar, también los padres o personas que acuden a esta técnicas para tener hijos tienen que verse protegidos mientras dure el procedimiento.". [8]

Para llegar a esta conclusión, la Conferencia de la Haya se comunicó con diferentes Estados, profesionales de la salud, del Derecho y empresas dedicadas a la gestación por sustitución para informarse del problema real. La Conferencia de la Haya llegó a la conclusión de que hay que tener en cuenta varios factores muy importantes en relación con la gestación por sustitución, por lo que hace una serie de recomendación a los legisladores de los Estados:

En primer lugar, no puede mediar pago o recompensa; en segundo lugar, el desarrollo de vida del niño es muy probable que se realice en un Estado diferente al que nació por lo que es algo que debe tenerse en cuenta a la hora de determinar la filiación; en tercer lugar, la madre gestante y los padres de intención mantienen el contacto desde el primer momento, lo que contribuye a garantizar sus derechos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la negación de la filiacion cuando existe un vinculo biologico es contraria al articulo 8 CEDH, como se pone de manifiesto en la Sentencia de Valdís Fjölnisdóttir y Otros c. Islandia (Sección 3ª), 18 de mayo de 2021, nº 71552/17. Atribuye al menor el derecho de tener identidad propia como cualquier otro ser humano y establecer vínculos de filiación, por lo que obliga a los Estados para tener en cuenta el interés superior del

[8] Grado en Derecho Universidad de Salamanca. (s.f.). *TEDH y gestación por sustitución.* Obtenido de gredos.usal.es: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/145480/Seminario%20wiki%20definitivo%20TEDH%20y%20GS.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

menor, pero recalcando la libertad de los estos de elegir el medio de determinación de la filación que ellos consideren.

Además, el TEDH recalca que cuando no existe vinculación biológica entre el menor y los padres de intención, es lícita la investigación y el control judicial para evitar la mercantilización tanto de los niños como de las madres gestantes. El TEDH dice que los Estados pueden regular la gestación por sustitución (prohibirla, admitirla, regularla amplia o limitadamente). Los estados pueden aplicar el orden público internacional del Estado, pero con límites. No se puede alegar el orden público internacional en gestación por sustitución cuando exista vinculación genética con el menor de al menos uno de los progenitores, teniendo entonces que abrir una vía legal para que el otro miembro de la pareja pueda también figurar como padre.

En cuanto a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, encontramos numerosos artículos con los que afirma que lo más importante a tener en cuenta en este asunto es el interés superior del menor: artículo 7 nombre y nacionalidad; artículo 8 preservación de la identidad; y artículo 35 venta, tráfico y trata de niños.

UNICEF, el órgano de las Naciones Unidas que se encarga de proteger los derechos de todos los niños del mundo y que es fuente de asesoramiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece lo siguiente: *"Los niños y niñas nacidos por gestación subrogada tienen los mismos derechos que todos los niños y niñas en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN). Independientemente de las posiciones individuales de los Estados sobre la gestación subrogada, todos los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos de todos los niños y niñas nacidos por medio de la gestación subrogada sin discriminación, lo que incluye garantizar la existencia de marcos legales y reglamentarios apropiados a nivel nacional para proteger y promover sus derechos".*

"Los niños y niñas nacidos por gestación subrogada, especialmente los AIS, corren el riesgo de sufrir múltiples violaciones de derechos humanos, en particular, su

derecho a la identidad, incluidos el nombre, la nacionalidad, las relaciones familiares y el acceso a sus orígenes; el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud; y el derecho a no ser vendidos [este último también recogido en el 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 (OPSC)]. En las situaciones de gestación subrogada, los adultos pueden tomar decisiones discriminatorias basadas en la discapacidad y/o el género del niño o niña, y que son contrarias al interés superior del niño como consideración primordial."

"Aunque el interés superior del niño es que la filiación legal se establezca lo antes posible tras el nacimiento, la integridad de la filiación legal del niño o niña en los acuerdos de gestación subrogada debe protegerse mediante unas normas mínimas.". [9]

[9] UNICEF. (Febrero de 2022). *Consideraciones clave: Derechos de los niños y las niñas nacidos mediante gestación subrogada. Nota informativa.* Obtenido de www.unicef.org: https://www.unicef.org/es/media/128991/file/Key-considerations-on-surrogacy-ES.pdf .

4. REGULACIÓN NACIONAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

El artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) establece la nulidad de pleno derecho de los contratos que tengan por objeto la gestación por sustitución. Este artículo *"no vela por el interés superior de los menores que nacerán como consecuencia de este tipo de acuerdos, ni tampoco evita que su práctica se continúe llevando a cabo, cada vez más, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, como veremos, ni evita los múltiples problemas a los que se enfrentan las familias que recurren a la misma en aquellos países que cuentan con legislaciones menos precisas e inseguras."*. [10]

"La filiación es un concepto jurídico y no biológico, o en todo caso no exclusivamente biológico. El principio de veracidad biológica no es el único que debe ser tomado en consideración, sino que en ocasiones debe ceder ante otros, que representan valores igualmente protegibles: el principio de interés superior del menor y el de seguridad de las relaciones de filiación". [11]

La Instrucción del 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado dispuso que se podrán inscribir en el Registro Civil español aquellos niños nacidos por gestación por sustitución en otros países siempre y cuando exista una sentencia o resolución judicial y se acredite que se ha cumplido los derechos de la madre gestante.

El grupo parlamentario "Ciudadanos", el 14 de abril del 2023 hizo una Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución.

[10] González, S. V. (2019). La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España. *Cuadernos de Derecho transnacional*, *11*(2), 815-823.

[11] Silvia Tamayo Haya, "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas", Revista Digital Facultad de Derecho nº6, 2013, p. 306 a 307.

4.1. Filiación de los niños nacidos a través de la gestación por sustitución. Procedimiento de filiación.

4.1.1. Validez de sentencias extraterritoriales. Garantías que ofrecen las sentencias de filiación extranjeras.

En los países en los que está permitida la gestación por sustitución y además hay reconocimiento judicial a través de sentencia judicial extranjera, va a ser mucho más sencillo el procedimiento de filiación que únicamente con la aportación de un acta de nacimiento.

El procedimiento que se lleva a cabo es el siguiente:

Una vez el niño haya nacido en el extranjero (poniendo de ejemplo en EEUU, en el Estado de California), se aporta un certificado de nacimiento, que es el acta registral de nacimiento extranjera donde se establecen una serie de datos relevantes como la fecha y hora del nacimiento y el hospital en el que nació. Lo más importante es que en esa acta de nacimiento se cita expresamente que el este se ha llevado a cabo a través de la gestación por sustitución.

Se solicita sentencia judicial de filiación a los tribunales extranjeros, se inscribe al menor en el país de origen y se solicita la inscripción del menor en el Registro Consular español aportando la sentencia extranjera de filiación y el acta de nacimiento. Aquí nos encontramos en el ámbito de validez y reconocimiento extraterritorial de decisiones extranjeras.

El encargado del Registro Civil, aplicando el artículo 98 de la Ley del Registro Civil, tiene que comprobar que: la autoridad que emitió el certificado de nacimiento cumple las mismas funciones (o análogas) que un encargado de un registro civil español; que la certificación es similar a la que podría haber expedido un registro civil español; que sea una certificación médica; que esté apostillada o legalizada y

traducida; que no sea contraria al orden público internacional español; y que el acto que contiene el documento, en este caso el nacimiento, sea conforme a derecho.

Además del acta de nacimiento, al encontrarnos en países con intervención judicial donde existe una sentencia de filiación, la instrucción del 2010 de la DGRN nos determina qué pasos hay que seguir para la inscripción. La resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur por lo que deberá aportarse junto a la solicitud de inscripción, el auto que ponga fin a dicho exequátur.

También puede realizarse la inscripción en el Registro Civil español sin necesidad de aportar el exequatur de la resolución judicial extranjera. El encargado del registro civil incidentalmente tiene que comprobar que se cumplen los requisitos previstos en la Instrucción del 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:

- Que haya regularidad y autenticidad de la resolución judicial extranjera y de los documentos aportados.

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

- Que se hayan garantizado los derechos procesales de las partes.

- Que no se haya producido vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante: verificar su consentimiento, que se haya obtenido de forma libre y voluntaria sin incurrir en dolo, error o violencia y que tuviera capacidad natural suficiente.

- Que la resolución judicial sea firme y que los consentimientos prestados sean irrevocables.

Con el requisito esencial de aportar una sentencia judicial extranjera y los controles llevados a cabo por el encargado del Registro Civil español, se garantiza que el procedimiento de gestación por sustitución se ha llevado a cabo respetando los derechos del niño y los derechos de la madre gestante.

4.1.2. Estudio de las actas de nacimiento

En infinidad de ocasiones, para la gestación por sustitución se acude a países concretos en los que el procedimiento supone un menor coste y una mayor cercanía territorial.

El coste medio en EEUU de un embarazo que se produce a través de esta técnica puede superar los 125.000 dólares dependiendo de la clínica, el Estado y los embriones, pero en países más cercanos al nuestro, como puede ser Ucrania, el precio oscila sobre los 43.000 euros, un coste significativamente más bajo, por lo que funciona como un "imán" para aquellos que quieren una gestación subrogada más "low cost".

Ucrania es uno de los países en los que está regulada y legalizada esta técnica. La cuestión es que no hay intervención judicial, solo aporta el acta de nacimiento. El problema de aportar únicamente el acta de nacimiento de países donde no hay intervención judicial, es que en España no se va a registrar al menor, puesto que no se garantiza que se haya seguido un procedimiento de filiación análogo al que se hubiera seguido en España ni se garantiza que se hayan respetado los derechos tanto del niño como de la madre gestante.

En estos países sin intervención judicial pero con la técnica legalizada, cuando nacen niños de gestación por sustitución, los padres van a ser, directamente, sin necesidad de determinación de la filiación, los padres de intención.

En estos casos, hay que iniciar un procedimiento de filiación en España, empezando con el desplazamiento del menor a España con un visado de extranjería de duración de tres meses. Se determina la filiación del progenitor que comparte material genético con el recién nacido, teniendo que adoptar al niño el miembro de la pareja que no comparte su material genético. El problema aparece cuando ninguno de los progenitores comparte material genético con el menor. La consecuencia de ello es que, sin una resolución judicial, este no va a ser inscrito como ciudadano español ni se le va a reconocer la filiación a sus padres de intención, por lo que tendrá que volver a su país de origen, generándose una situación en la que los españoles se quedan "atrapados" en el país de nacimiento del menor al no poder nacionalizarlos en España.

5. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y FILIACIÓN POST MORTEM: CASO DE ANA OBREGÓN

El 5 de abril del 2023, en España y en el mundo entero se vuelve a abrir el debate sobre la gestación subrogada tras la publicación de la **revista ¡HOLA!** con el titular: *"ANA OBREGÓN, MADRE DE UNA NIÑA POR GESTACIÓN SUBROGADA EN MIAMI".*[12]

El mundo se paralizó ante la noticia, no solo los 68 años de edad que tenía la actriz en la fecha de nacimiento del bebé, sino también cuando se descubrió que el padre biológico de esta es Alessandro Lequio, hijo de Ana Obregón, fallecido en el 2020. Nadie entendía cómo tres años después de su fallecimiento nació una hija suya, ni cómo se convierte Ana en la madre de intención cuando, en realidad, biológicamente es su abuela.

Ella explicó que su hijo congeló su material genético por si algún día, tras recuperarse del cáncer, decidiera tener hijos y su cuerpo ya no pudiera. Además, también dijo que antes de morir, a través de testamento ológrafo, les pidió a sus padres que si él no podía, que ellos trajeran al mundo a un hijo suyo.

Ana Obregón, tras la muerte de su hijo, inició un procedimiento de gestación por sustitución post mortem con un óvulo del banco de óvulos, con el material genético de Alessandro, y con una madre gestante en Miami, Florida.

En el Estado de Florida, solo pueden acudir a la gestación por sustitución las parejas, las personas solteras solo pueden hacerlo a través de una gestación por sustitución de carácter preadoptivo. Esta última se caracteriza por ser más complicada puesto que una vez que nace el menor, es la madre gestante la que tiene que renunciar a los derechos que se le garantizan por ley, iniciándose un

[12] Revista ¡HOLA!

procedimiento de adopción, siendo este el caso de la actriz puesto que esta está soltera.

Una vez nacida la menor, surgió el problema de si se tenía que llevar a cabo la adopción o no, puesto que Ana es su abuela biológica. Hay un consenso internacional sobre que no se puede adoptar a un descendiente (en España se encuentra regulado en el artículo 175.3 del Código Civil), puesto que este ya es biológicamente considerado un pariente, por lo que en este caso lo que se inició no fue un procedimiento de adopción, sino un procedimiento de determinación de la filiación ante la justicia estadounidense, ya que el material genético utilizado en el procedimiento era de su difunto hijo. En Estados Unidos, sí se permite la gestación post mortem y también se hereda el material genético criogenizado.

Se le solicita al juez que declare la filiación paterna de Alessandro Lequio y que se declare tutora legal a Ana Obregón.

El problema que surgió fue la edad de Ana, puesto que en Florida declarar a una persona de 68 años tutora legal de una niña recién nacida es algo fuera de lo común, pero que se puede subsanar si esta tiene un gran poder adquisitivo y designando a alguien que ocupe su lugar en el caso de que falleciera.

El juez dictó sentencia declarando la filiación paterna de Alessandro Lequio y nombró tutora legal a Ana Obregón, por lo que, a través de la sentencia judicial extranjera de filiación, Ana es abuela biológica y tutora legal de Ana Sandra Lequio Obregón.

Tras la sentencia, solicitó la inscripción de la niña en el registro consular español en Miami alegando el contenido de la sentencia estadounidense que establece la filiación y la tutoría, y la acta de nacimiento en el que se indican

todos los datos del nacimiento. Conforme al apartado anterior, el encargado del Registro Civil tiene que comprobar la legalidad del acto conforme a la norma de conflicto de foro, que es la española.

Atendiendo a la normativa española, correspondería aplicar el artículo 9.4 del Código Civil que establece el procedimiento de la determinación de la filiación natural, siempre con la protección del interés superior del menor. La norma está materialmente orientada con varios puntos de conexión jerarquizados, siendo interesante en este caso atender a dos en concreto:

- El primer punto de conexión es el de residencia habitual del hijo, que es el lugar donde tiene el centro social de vida el menor, pero a un bebé recién nacido no le ha dado tiempo a establecer un centro social de vida. La doctrina dice que en el caso de los bebés, su residencia habitual es la de los padres o la de la persona de la cual dependen. Si se considera que un bebé no tiene residencia habitual, se revisa el siguiente punto de conexión.

- El segundo punto de conexión es la nacionalidad del hijo. En este caso en concreto el bebé tiene nacionalidad estadounidense y, conforme al derecho de los EEUU, en concreto el de Florida, el padre de la niña es Alessandro Lequio, aun estando ya fallecido.

  Se podría considerar que ser padre habiendo fallecido va en contra del orden público español, pero no es así, puesto que en España sí que se permite la gestación post mortem del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, pero únicamente para el supuesto de la paternidad, porque en el caso de la maternidad estaría permitiendo la gestación por sustitución.

  Como requisitos para la paternidad post mortem, debe iniciarse por un matrimonio o pareja de hecho registrada; no pueden pasar más de doce

meses desde el fallecimiento del hombre, aunque la vía judicial ha ampliado el plazo en los casos en los que haya varios intentos de gestación por técnicas de reproducción humana asistida; y la pareja ha tenido que consentir ante notario, antes de su fallecimiento, la utilización de su material genético con fines reproductivos.

6. INVESTIGACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA REALIDAD ACTUAL: PROCEDIMIENTO QUE SIGUEN LOS CIUDADANOS PARA UTILIZAR ESTAS TÉCNICAS A TRAVÉS DE DIFERENTES EMPRESAS

Como ya se ha expuesto en los apartados anteriores, en España la gestación por sustitución está prohibida puesto que el artículo 10 de la ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida dice que *"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"*.

Pero, si en España está prohibido, ¿cómo acuden los ciudadanos a estas técnicas? Para resolver esta cuestión, es tan sencillo como buscar en internet empresas que gestionen esta técnica y concertar una cita con ellos, quienes van a informar al cliente de todas las ventajas y desventajas de iniciar el procedimiento de gestación subrogada en un país o en otro.

Para obtener esta información, había que seguir el mismo procedimiento, por lo que lo fundamental fue contactar con una empresa (en adelante, empresa H, para conservar su anonimato).

En este caso, la empresa H trabaja en Estados Unidos, Canadá, México y Georgia, ofreciendo una gran variedad de programas, incluso algunos con intentos ilimitados, y en países como Argentina y Colombia sin ofrecer las mismas garantías pero con una alternativa de coste menor. En todo momento hay un dossier con toda la información.

Con el fin de asesorar mejor al cliente, le hacen varias preguntas: si la persona acude al procedimiento en pareja o soltera; el motivo por el que se

acude a la gestación por sustitución; en el caso de ser mujer si esta puede aportar sus propios ovocitos o si se necesita un donante de óvulos… etc.

En concreto, se pidió información detallada sobre el procedimiento en EEUU y explicaron que:

- Realizar un proceso en EEUU ofrece unas garantías legales de registro automático ya que existe una ley que regula la gestación subrogada, por lo que se concederá automáticamente la filiación de ese bebé y obtendrá una doble nacionalidad de por vida (Estadounidense - Español).

- Son procesos donde los tiempos totales del proceso oscilan entre los 18 y los 24 meses desde que se comienza con la firma de contrato con la empresa hasta que se regresa a España con el bebé.

- Dependiendo de cómo se vaya a realizar el proceso (en pareja o soltera, aportando óvulos o no), los costes varían.

- Existen dos tipologías de programa, en los Estados tradicionales y los no tradicionales. *"Esto significa que aunque trabajemos con la clínica de Utah (es con la que recomendamos realizar toda la parte clínica), no significa que la gestante vaya a ser de ese estado, sino que puede ser una gestante de cualquier estado donde esté regulado para tu situación personal (soltera, casada...)."*

  Dentro de estos Estados donde esté permitido realizar el proceso de gestación subrogada, se clasifican en Estados tradicionales y no tradicionales. *"Ponemos como ejemplo de estado tradicional a California y como no tradicional a cualquier Estado del interior como puede ser Florida."*

  La gran diferencia que existe entre Estados tradicionales y no tradicionales es económica. *"Una gestante de un estado tradicional suele pedir mayor*

compensación económica que una gestante de un estado no tradicional. Puede haber una diferencia de entre 15.000-18.000 entre una gestante de California a una de Florida".

Por ejemplo, según el dosier, el presupuesto final aproximado en California oscila entre los 169.000 y 174.000 euros.

Los costes en España son comunes a todas las diferentes opciones dentro de cada país y, por ejemplo, tomando como referencia a EEUU, los honorarios de la empresa rondan aproximadamente unos 4.500 euros y la evaluación psicológica a los futuros padres, unos 200 euros.

En México al ofrecer menos garantías, el presupuesto final oscila entre 58.500 y 78.500 euros. Lo mismo sucede en Argentina.

En conclusión, aunque en España la gestación por sustitución esté prohibida, es una técnica de fácil acceso puesto que las empresas o agencias que gestionan estos procedimientos, muchas tienen sede en Madrid y Barcelona.

7. CONCLUSIONES

Tras toda la información expuesta, se puede llegar a la conclusión de que el ordenamiento jurídico español no permite la compra de la capacidad de gestar de una mujer, únicamente permite la compra del material genético de un tercero, por lo que, en consecuencia, la gestación por sustitución está prohibida en el Estado español.

El Derecho Internacional Privado, en concreto la Comisión de Peticiones de la UE establece que la decisión de permitir o no la gestación por sustitución en el territorio de cada Estado, corresponde al Estado miembro sin que pueda intervenir esta por lo que cada Estado ofrece también soluciones diferentes a los problemas de CJI, ley aplicable y validez extraterritorial de sentencias extranjeras. Por el momento no hay una unificación de criterio a nivel internacional.

En el caso de los ciudadanos españoles, estos acuden al "Bad Forum Shopping" para realizar esta técnica puesto que acuden a otros países en los que se permite el procedimiento para escapar de la normativa española que lo prohíbe.

La UE está elaborando una propuesta de Reglamento UE para solucionar los tres problemas antes mencionados con un anexo especifico en materia de gestación por sustitución.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Conferencia de la Haya y la Convención de Derechos del Niño de 1989 llegan a las siguientes conclusiones:

- Prevalece el interés superior del niño.

- No puede mediar pago o recompensa salvo aquellos fondos que sean destinados a financiar los costes médicos del procedimiento.

- El menor tiene derecho a una identidad y a una nacionalidad, y los países no pueden negar la filiación cuando hay material genético de por medio.

- Es lícita la investigación por parte de los Estados para evitar el tráfico de personas.

En cuanto a la normativa nacional, la Instrucción del 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado establece que se permite la inscripción en el Registro Civil de aquellos niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero cuando se acompañe de una sentencia judicial extranjera o cuando cumplen los requisitos establecidos en la instrucción. Los que acuden únicamente con una acta de nacimiento sufren un procedimiento de reconocimiento de la filiación más complicado, como es el caso de los niños nacidos en Ucrania.

Atendiendo a la filiación post mortem, esta no va en contra del orden público español puesto que el ordenamiento jurídico la permite en el caso de la paternidad cumpliendo unos determinados requisitos.

Y por último, cabe resaltar que los costes de esta técnica son más altos en países como EEUU porque presumen de ser más garantistas velando por los derechos de la mujer gestante y del niño, y también porque es el país en el que al haber intervención judicial, hay más posibilidades de "éxito" a la hora de solicitar el reconocimiento de la filiación en el país de destino.

8. BIBLIOGRAFÍA

GONZÁLEZ, S. V. (2019). "La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España". En *Cuadernos de Derecho trasnacional, 11 (2)* (págs. 815-823).

Grado en Derecho Universidad de Salamanca. (s.f.). *TEDH y gestación por sustitución.* Obtenido de gredos.usal.es: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/145480/Seminario%20wiki%20definitivo%20TEDH%20y%20GS.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Haya, S. T. (2013). Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas. En *Revista Digital Facultad de Derecho nº6* (págs. 306-307).

La exclusión expresa de la filiación por gestación por sustitución de la iniciativa sobre el reconocimiento de la filiación en la Unión, Petición n.º 0762/2022 (Comisión de Peticiones de la UE 19 de Junio de 2023).

Peraita, L. (12 de Noviembre de 2021). *www.abc.es*. Obtenido de Argumentos a favor y en contra del «vientre de alquiler» Todo lo que necesitas saber para tener una opinión acertada: https://www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-argumentos-favor-y-contra-vientre-alquiler-201603210240_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Ffamilia%2Fpadres-hijos%2Fabci-argumentos-favor-y-contra-vientre-alquiler-201603210240_noticia.html

PINEAU, E. R. (2023). La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizaS. En *Cuadernos de Derecho Privado, 6* (págs. 148-180).

REVISTA ¡HOLA!

ROJO, I. (29 de Marzo de 2023). *www.elmundo.es*. Obtenido de Un 58,3% de los españoles está a favor de legalizar la gestación subrogada:

https://www.elmundo.es/espana/encuestas/2023/03/29/642418ad21efa071708b4587.html

SOLÍS, L. S. (2000). Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos. En *Cuadernos de bioética, vol. 41* (págs. 37-47).

UNICEF. (Febrero de 2022). *Consideraciones clave: Derechos de los niños y las niñas nacidos mediante gestación subrogada. Nota informativa.* Obtenido de www.unicef.org: https://www.unicef.org/es/media/128991/file/Key-considerations-on-surrogacy-ES.pdf

Valdís Fjölnisdóttir y Otros contra Islandia , 71552/17 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos Sección 3ª 18 de Mayo de 2021).