

CAPÍTULO OCTAVO

ESTADOS CUYA LEGISLACIÓN PROHÍBE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *España*. III. *Francia*. IV. *Italia*. V. *Alemania*. VI. *Austria*. VII. *Suiza*. VIII. *Algunos estados de los Estados Unidos de América*. IX. *Conclusiones*. X. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se analiza el panorama que presentan aquellos países cuya legislación actual no permite la gestación por sustitución o gestación subrogada, ni con fines altruistas ni a cambio de una prestación dineraria.

Desde países en los que la gestación subrogada está prohibida, centenares de personas han recurrido a esta práctica en el ámbito internacional, lo que ha dado pie a pronunciamientos judiciales en cada uno de esos países acerca de la ilicitud o la imposibilidad de inscribir como hijos de los padres intencionales o comitentes, en los respectivos registros civiles nacionales, a los niños así concebidos.

En este capítulo se hará referencia a los debates que el tema ha suscitado en jurisdicciones que de manera expresa prohíben los acuerdos de gestación subrogada. Su regulación gira en torno al rechazo de la legalidad de la gestación por sustitución, optando por la prohibición expresa, o bien por el no otorgamiento de eficacia jurídica desde el punto de vista de la filiación. Pero no sólo se plantea su nulidad en materia civil, sino que en algunos ordenamientos jurídicos también se penalizan diversas conductas relacionadas con la técnica de la gestación por sustitución.

Algunos de los países que en la actualidad se encuentran en este grupo son España, Francia, Italia, Alemania, Austria, Suiza y ciertos estados de los Estados Unidos de América, como Michigan, Nueva York, Arizona e India-

na. Cabe aclarar que la lista de jurisdicciones que se ha incluido en este capítulo tiene un carácter enunciativo y no limitativo. Además, en toda clasificación de países es sumamente relevante tener en cuenta que la regulación es dinámica. Una jurisdicción que hoy prohíbe la gestación por sustitución podría pronto abrirle la puerta, tanto por vía legislativa como jurisprudencial. Finalmente, téngase en cuenta que el orden de presentación de los Estados atiende al impacto que sus conflictos han tenido internacionalmente.

II. ESPAÑA

España es uno de los principales países de destino de turismo reproductivo, pues cuenta con una ley sobre TRHA permisiva y con un excelente sistema privado de salud, además de ser un destino turístico conocido y amable para muchos europeos. No obstante, cuando se trata de gestación por sustitución, España es un Estado de origen de turismo reproductivo.¹

Desde hace treinta años, el país cuenta con una regulación sobre TRHA que dispone la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga, con o sin precio, la gestación a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor de un contratante o de un tercero.²

La mujer que lleve a término el embarazo será la madre legal, lo sea o no genéticamente. La regla de determinar la filiación por el parto³ supone que la maternidad genética tiene el mismo tratamiento que la de donante de óvulos. Por su parte, la filiación paterna se determinará en función del consentimiento a la aplicación de las técnicas y de la aportación de gametos, salvo que intervenga un donante. El padre biológico o genético tendrá acción para reclamar su paternidad, de acuerdo con las reglas establecidas en el Código Civil.⁴

¹ Igareda, Noelia, “La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 44, noviembre de 2018, p. 59, disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/20574/24133>.

² Ley 35/1988, parcialmente modificada por la Ley 45/2003, la cual, a su vez, fue derogada por la actualmente vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 126, 27 de mayo de 2006, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>). En ninguna de esas dos ocasiones se consideró necesario modificar la regulación sobre gestación por sustitución, que databa de 1988. El artículo 10.1 de la Ley 14/2006 establece: “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”.

³ Artículo 10.2 de la Ley 14/2006: “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

⁴ Artículo 10.3 de la Ley 14/2006: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Sin lugar a duda, en España la gestación por sustitución ha generado una gran controversia. El debate se ha centrado en torno a si la legislación española vigente debería reformarse para permitir la en determinadas condiciones, o mantenerse como está y adoptar medidas para reforzar su eficacia. Las posiciones institucionales más relevantes⁵ corresponden, principalmente, a la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (SESPAS) y el Informe del Comité de Bioética de España (CBE).⁶ En este último, el CBE sustenta el pleno rechazo de la gestación subrogada como una cuestión de principio, indicando que estos acuerdos suponen una explotación de la mujer y un daño al interés superior de la niñez, y denuncia la insuficiencia instrumental para prevenir la realización de esta práctica en el extranjero.⁷ Además, el Informe del CBE propone una reforma para lograr que la nulidad de esos contratos sea también aplicable a aquellos celebrados en el extranjero y que la transición a una regulación más efectiva no produzca el efecto colateral de dejar desprotegidos a los niños que nacen de estos procesos. Igualmente, el Informe hace un atisbo de proposición para “descargar” el régimen jurídico español en un marco internacional universal.

Según datos proporcionados por el Ministerio de Asuntos Exteriores del gobierno de España, entre 2010 y 2016 se habrían registrado, al menos, 979 nacimientos por gestación subrogada en oficinas consulares y misiones diplomáticas de 12 países distintos donde esta práctica está legalizada y a los que acuden las parejas españolas.⁸ Pese a la prohibición legal en España, la necesidad de reconocer que en algunos países la gestación subrogada es una

⁵ No obstante, recientemente también se puede mencionar la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, 27 de abril de 2017 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 8 de septiembre de 2017).

⁶ Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 16 de mayo de 2017, disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf.

⁷ Romeo Casabona, como vocal del CBE, tiene un voto particular con respecto al Informe mencionado, en el que se manifiesta coincidente en lo básico con lo referido por el Comité, pero matizando algunos razonamientos, principalmente volcándose en la solución a través de dos vías: 1) asegurar que el marco legal actual sea respetado, y 2) reformar la legislación española con el fin de admitir el recurso a la gestación subrogada en algunos casos. Véase Romeo Casabona, Carlos María, “Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?”, *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, vol. 10, núm. 28, septiembre de 2018, pp. 116-119, disponible en: <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000251/608>.

⁸ Esta cifra no contempla, sin embargo, aquellos casos cuyos trámites se hayan iniciado en los países de origen, pero cuyas inscripciones se hayan practicado posteriormente en España y no en las embajadas. La cifra también es incompleta, porque hay algunos casos que

práctica admitida y legal llevó a la administración española a aprobar una serie de directrices encaminadas a dar solución a casos en los que ciudadanos españoles reclamaban la inscripción registral de nacimiento de menores nacidos en otros países, donde las gestantes renunciaban a la filiación materna.⁹

El caso más conocido en España es el que se derivó de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) del 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735), que ordenó inscribir a dos menores nacidos de una mujer gestante en California.¹⁰ Los niños eran hijos de dos varones españoles casados que contrataron a una mujer para gestar a sus hijos con material genético de uno de ellos. El matrimonio presentó en el Consulado de España en Los Ángeles el certificado de nacimiento expedido por las autoridades de California, donde consta la paternidad de los varones con respecto a sus hijos. El problema no era el derecho aplicable a la filiación,¹¹ sino

llegan al Registro Civil por vía de adopción internacional, pero en realidad encubren casos de gestación subrogada. Véase Emakunde, *¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe final*, abril de 2018, p. 6, disponible en: emakunde.blog.euskadi.eus/wp-content/uploads/2018/07/INFO_RMECOMPLETO21042018.pdf. Asimismo, véase González Martín, Nuria, “Maternidad subrogada y adopción internacional”, en Brena Sesma, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 163-194.

⁹ Dirección General de los Registros y del Notariado, “Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 243, 7 de octubre de 2010, disponible en: <http://www.icab.es/files/242-222542-DOCUMENTO/gestacionporsustitucion.pdf>. Esta instrucción permite la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras sobre filiación del nacido en casos de gestación por sustitución; pero también establece que “En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”. La disposición transcripta fue flexibilizada por la “Instrucción de 14 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” (disponible en: https://e04-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf); sin embargo, fue dejada sin efecto pocos días después por la “Instrucción de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 45, 21 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2019/02/21/pdfs/BOE-A-2019-2367.pdf>), por lo que recobró su vigencia la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

¹⁰ Para un comentario al respecto, véase Hutchinson, Anne-Marie *et al.*, “International Surrogacy Arrangements between California and England and Wales”, *Family Law*, vol. 41, núm. 10, octubre de 2011, pp. 1104-1109.

¹¹ Las autoridades registrales españolas no tuvieron que aplicar las normas de conflicto ni tampoco la ley sustantiva por ellas designada, es decir, la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, para decidir si la decisión californiana podía ser inscrita en el Registro Civil español. Véase Álvarez Rodríguez, Aurelia y Carrizo Aguado, David, “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el derecho internacional privado español a la luz de

los efectos jurídicos en España de una decisión pública extranjera, es decir, la validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España.¹² Los cónyuges recurrieron la denegación de inscripción ante la DGRN y el resultado fue la inscripción registral con idéntica filiación a la que constaba en el Registro Civil de California, en donde se expresa que los nacidos en California son hijos de los cónyuges varones españoles. Se trató de una resolución pionera, con una solución legal de vanguardia.

No obstante, este logro de avanzada se vio confrontado cuando el Ministerio Fiscal interpuso un recurso contra la resolución del DGRN, dando pie a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia núm. 15, del 15 de septiembre de 2010 (AC 2010/1707), en donde se concluyó que la certificación no se ajustaba a la ley material española —era contraria al artículo 10 de la LTRHA—, lo cual obstaculizaba la inscripción en el Registro Civil. Los cónyuges apelaron y, posteriormente, la Audiencia Provincial de Valencia, el 23 de noviembre de 2011, dictó una sentencia (AC 2011/1561) con el mismo resultado de rechazo de inscripción en el Registro Civil, bajo el argumento de que el interés superior del menor no puede servir de coartada para dar cabida en el ordenamiento jurídico español a la inscripción de una filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución que es nulo.¹³

Posteriormente, el 6 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo español¹⁴ resolvió en forma definitiva el caso. Si bien dicho tribunal denegó la inscripción, señaló que el reconocimiento de esa filiación se podría alcanzar a través de la acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico, contemplada en el artículo 10.3 de la LTRHA. En definitiva, se recurre al “orden público internacional atenuado”,¹⁵ considerando que cualquier vi-

la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, *La Notaria*, vol. 2014, núm. 2, 2014, p. 61.

¹² Rubio Torrano, Enrique, “Inscripción como hijos de un matrimonio de varones nacidos mediante la gestación por sustitución”, *Aranzadi Civil. Revista Doctrinal*, núm. 9, 2011, pp. 11-14.

¹³ Álvarez Rodríguez, Aurelia y Carrizo Aguado, David, *op. cit.*, p. 62.

¹⁴ Comité de Bioética de España, *op. cit.*

¹⁵ La misma aproximación al orden público internacional atenuado fue adoptada en los criterios pronunciados por el TEDH, Sección 5a., el 26 de junio de 2014, en *Mennesson c. Francia* (asunto 65192/11, disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2265192/11%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-145180%22%5D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2265192/11%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-145179%22%5D%7D)}) y *Labassée c. Francia* (asunto 65941/11, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2265941/11%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-145180%22%5D%7D>}). Véase Lagarde, Paul, “Cour de Cassation (1ère Ch. Civ.) 17 décembre 2008”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 98, núm. 2, 2009, pp. 320-331. Asimismo, véase el capítulo décimo de esta obra.

sión absolutista de orden público no va en consonancia con la función encomendada a los jueces, que es la de resolver cuestiones concretas.¹⁶

Una situación como la expuesta fue resuelta en otro caso por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.¹⁷ Un matrimonio de nacionalidad española impugnó la resolución dictada por el Consulado de España en Moscú, que denegó la solicitud de concesión de un salvoconducto o cualquier otro documento de viaje para un niño. La decisión se basaba en que el menor, nacido en Moscú por el procedimiento de gestación subrogada, había sido inscripto en el registro local, donde se identificó como padre y madre al matrimonio que había concertado un contrato de gestación por sustitución con una mujer gestante extranjera, sin que ninguno de los comitentes aportara material genético.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró que la inscripción registral en Moscú no era suficiente para determinar la filiación del niño, por más que en el país de nacimiento se admitiera la gestación por sustitución y se hubiera atribuido la paternidad y la maternidad a los comitentes españoles. Asimismo, dicho tribunal expresó que, aunque en la legislación española son nulos de pleno derecho los contratos de gestación por sustitución celebrados en territorio nacional, la normativa vigente y la jurisprudencia aplicable no impedían el reconocimiento de los derechos de los niños nacidos fuera de España y de los que hubieran sido determinados como progenitores en el Estado extranjero mediante el procedimiento legalmente establecido, que habría de incluir necesariamente una sentencia del órgano judicial competente de aquel Estado. Ahora bien, en este concreto caso, pese a preverla el propio contrato celebrado por el matrimonio español y para su eficacia fuera del territorio de la Federación Rusa, no fue presentada la resolución judicial que debía ser emitida por el tribunal ruso competente, por lo que el menor no pudo ser inscripto en España.¹⁸

Finalmente, en agosto de 2018, decenas de familias españolas que acudieron a Kiev, Ucrania, para llevar a cabo acuerdos de gestación por sustitución tuvieron que permanecer varias semanas en ese país sin poder obtener el registro consular de sus bebés y, por tanto, su nacionalidad y el pasaporte que les permitía regresar a España. El Ministerio de Exteriores español sub-

¹⁶ González Martín, Begoña, “No inscripción en el Registro Civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 54, marzo-abril de 2014, pp. 38-40, disponible en: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-54/3717-no-inscripcion-en-el-registro-civil-espanol-de-los-menores-nacidos-mediante-gestacion-por-sustitucion>.

¹⁷ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, núm. 209/2017, 13 de marzo de 2017.

¹⁸ Dirección General de los Registros y del Notariado, *op. cit.*

rayó que el desarrollo y paralización de estos expedientes tuvo que ver con la necesidad de hacer una comprobación caso por caso ante las sospechas de irregularidades, mala praxis médica asociada a los procesos de reproducción asistida, así como casos de posible tráfico de menores.¹⁹ A finales de marzo de 2019, el conflicto atinente a varias familias españolas en Ucrania continuaba atrayendo la atención de la prensa.²⁰

III. FRANCIA

La Ley de Bioética núm. 94-653²¹ relativa al respeto al cuerpo humano establece la prohibición de los contratos de gestación subrogada. Todo acuerdo referido a la procreación o gestación por cuenta de otro es nulo, entendiéndose que dicha nulidad es de orden público. La ley sanciona penalmente y prevé penas de hasta tres y cinco años de prisión para aquellos que procedan a la simulación o engaño causando un atentado al estado civil de un niño o que realicen algún tipo de actividad de reproducción asistida con finalidades diferentes de las marcadas por el Código de Salud Pública francés.²²

El artículo 16-7 del Código Civil francés dispone que “toda convención referida a la procreación o a la gestación por cuenta de otro es nula”, debiendo entenderse, en virtud del artículo 16-9, que tal disposición es de orden público.²³

Por su parte, el Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé de Francia ha manifestado su postura en distintas ocasiones. En octubre de 1984, dicho comité sostuvo que la gestación por sustitución de carácter comercial podría llevar a la “explotación material y

¹⁹ Requena Aguilar, Ana, “¿Por qué hay 30 familias bloqueadas en Ucrania y qué dice la ley española sobre la gestación por sustitución?”, *Eldiario.es*, 29 de agosto de 2018, disponible en: https://www.eldiario.es/sociedad/familias-atrapadas-Ucrania-gestacion-sustitucion_0_808769481.html.

²⁰ Zuil, María, “Nueva pesadilla en Kiev: otras 30 familias españolas atrapadas con sus bebés”, *El Confidencial*, 29 de marzo de 2019, disponible en: https://www.elconfidencial.com/es-pana/2019-03-29/ucrania-vientre-alquiler-gestacion-pasaporte-colapso_1910646/.

²¹ Loi no. 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000549619>.

²² El artículo 16-7 del Código Civil dispone que “Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”. Por otra parte, el artículo 227-7 del Código Penal establece una sanción con pena de 6 meses de prisión y multa de 15,000 euros para los intermediarios.

²³ Código Civil francés, 30 de julio de 1994, disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20060406>.

psicológica de las mujeres involucradas”²⁴ y, más recientemente, planteó la necesidad de interrogarse acerca del “eventual impacto a largo plazo que la disociación entre filiación materna y gestación puede tener en la psique de las personas nacidas por gestación por sustitución”.²⁵

En 1991, la Corte de Casación francesa se pronunció sobre la nulidad por motivos de orden público de todo convenio de gestación por sustitución, determinando que cualquier mujer que acuerde la gestación y posterior entrega de un niño, ya sea de manera gratuita o no, estaría contraviniendo principios de orden público como la “indisponibilidad del cuerpo humano” y la “indisponibilidad del estado civil de las personas”.²⁶

La Corte de Casación francesa resolvió en varias sentencias de 2011 denegar la posibilidad de dar cobertura legal a la inscripción de la filiación realizada en el país donde había tenido lugar la gestación por sustitución. La conclusión fue la misma en los tres supuestos: la Corte afirmó que existía una contrariedad con el orden público francés. La indisponibilidad del estado civil de las personas es un principio de orden público internacional francés indiscutible. Dos de estos casos llegaron al TEDH: *Mennesson c. Francia* y *Labassée c. Francia*, en los cuales el país desconoció la filiación de niños o niñas que nacieron luego de un acuerdo de gestación por sustitución llevado a cabo en Estados Unidos.²⁷

Antes de finalizar este apartado referido a Francia, es importante mencionar que, en este país, el Tribunal de Apelación de París confirmó la decisión del Tribunal de Grande Instance de 2016, reconociendo la adopción plena por parte de un hombre de los gemelos genéticamente relacionados

²⁴ Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, vol. 3, 2012, p. 11, disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

²⁵ Comité Consultatif National d’Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, “Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)”, Avis No. 110, 1o. de abril de 2010, p. 15, disponible en: https://www.cne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_110.pdf.

²⁶ Álvarez González, Santiago, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, vol. 2, 2017, pp. 171 y 172, disponible en: http://www.academia.edu/32768784/Gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n_y_orden_p%C3%BAblico; Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, España, vol. 9, núm. 1, 2017, disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780>.

²⁷ Acerca de la reciente Opinión Consultiva del TEDH a propósito del caso *Mennesson*, emitida el 10 de abril de 2019, véase la sección VII del capítulo décimo de esta obra. Asimismo, pueden consultarse Gouttenoir, Adeline, “Session de rattrapage pour la gestation pour autrui étrangère”, *La Semaine Juridique*, núm. 13-344, 26 de marzo de 2018; Gouttenoir, Adeline, “Le statut sur mesure des enfants nés de GPA à l’étranger”, *La Semaine Juridique*, núm. 39-984, 25 de septiembre de 2017.

de su marido, nacido a través de la gestación subrogada en Canadá. Ésta es la primera vez que un tribunal de apelación ha emitido una decisión sobre la adopción plena (la única reconocida para una adopción internacional) de niños nacidos por subrogación por parte del padre intencional no relacionado genéticamente.²⁸

Por último, cabe mencionar el asunto tan complejo al que se enfrentó la Corte de Apelaciones de Ruan, resuelto el 31 de mayo de 2018.²⁹ Al final del examen de la situación tan particular del caso, podría haber eliminado la prueba biológica de la filiación de un niño para hacer que, en su interés superior, prevaleciera en la casa de la pareja que lo había criado desde su nacimiento. El niño se encontraba inmerso en un imposible conflicto de filiaciones, al haber sido concebido en la ejecución de un contrato de subrogación. La prohibición de causar cualquier efecto a un acuerdo afectado por una nulidad del orden público permitió entonces derrotar los reclamos del padre biológico.³⁰

IV. ITALIA

En Italia,³¹ donde no había ninguna regulación en materia de reproducción asistida, el 19 de febrero de 2004 se dictó la Ley 40/2004, en la que se prohíbe expresamente la gestación subrogada y se criminaliza la infracción a la prohibición.³² Su artículo 12.6 dispone que será castigado con pena de prisión de tres meses a dos años y con multa de 600,000 a 1,000,000 de euros quien de cualquier modo realice, organice o publicite la gestación subrogada; además, podrá ser suspendido en el ejercicio de la profesión médica. La ley italiana no añade a la indicación de la sanción ninguna norma relativa a las

²⁸ “GPA à l'étranger: la justice reconnaît pour la première fois une adoption par le deuxième père”, *Libération*, 19 de septiembre de 2018, disponible en: www.liberation.fr/france/2018/09/19/gpa-a-l-etranger-la-justice-reconnaît-pour-la-premiere-fois-un-adoption-par-le-deuxieme-pe-re_1679812.

²⁹ Cour d'Appel de Rouen, Chambre de Famille, no. 17/0208, JurisData no. 2018-01 1018.

³⁰ Binet, Jean-René, “Quand le recours à une GPA fait obstacle à l'invocation de la vérité biologique”, *La Semaine Juridique*, núm. 41-1040, 8 de octubre de 2018.

³¹ Camboni Miller, Valeria, “Legal and Ethical Considerations on the Use of Assisted Reproductive Technology in the United States and Italy”, *Digest: National Italian American Bar Association Law Journal*, vol. 24, 2016, p. 17. La parte IV se dedica a la Ley italiana 40/2004 y la parte VIII aborda los últimos casos jurisprudenciales.

³² Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, *Gazzetta Ufficiale*, núm. 45, 24 de febrero de 2004.

consecuencias civiles del incumplimiento. Estos aspectos se han dejado para ser resueltos por la jurisprudencia.

La legislación italiana en materia de reproducción asistida inicialmente prohibía la fecundación heteróloga, aspecto que fue finalmente declarado inconstitucional por la Sentencia núm. 162 del Tribunal Constitucional del 9 de abril de 2014.³³

En 2009, el Tribunal de Apelación de Bari emitió una sentencia sobre nacidos en el Reino Unido entre 1997 y 2000 que constaban en el registro italiano como hijos de la mujer gestante y el padre biológico. En 2007 se hizo la rectificación de las actas en el registro italiano para que la madre intencional figurara como madre y el Tribunal accedió, considerando que la gestación subrogada no era contraria al orden público internacional y que el orden público no actúa en abstracto, sino en el caso concreto.³⁴

Un referente importante en Italia es el caso que se suscitó cuando el matrimonio conformado por la señora Paradiso y el señor Campanelli, ante sus problemas de infertilidad, decidió recurrir a la gestación subrogada en Rusia, ya que en Italia estaba prohibida. Tras un proceso de fecundación *in vitro*, con un óvulo de donante, dos embriones fueron transferidos a la mujer gestante. Como resultado del procedimiento nació un niño, quien fue registrado en Rusia como hijo de la pareja comitente. En Italia se negó la inscripción del certificado de nacimiento emitido por las autoridades rusas. En agosto de 2011, por decisión de los tribunales italianos, se realizaron pruebas de ADN al esposo y al niño, cuyo resultado fue que no existía vínculo genético entre ambos, de forma que el marido no era realmente el padre biológico del niño. En consecuencia, se dictó una orden de retirada del niño y se abrió un procedimiento de adopción; meses después fue adoptado por otra familia. El matrimonio Paradiso-Campanelli recurrió ante el TEDH, el cual consideró que se había producido una violación del artículo 8o. del CEDH.³⁵ La deci-

³³ Sobre la modificación a la ley italiana de 2014, véase Corn, Emanuele, “La reproducción asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de la fecundación heteróloga”, *Revista de Bioética y Derecho*, España, núm. 35, noviembre de 2015, disponible en: <http://revistes.uib.edu/index.php/RBD/article/view/14278/17544>.

³⁴ Cit. por Álvarez González, Santiago, *op. cit.*, p. 173.

³⁵ TEDH, Sección 2a., *Paradiso y Campanelli c. Italia*, asunto 25358/12, 27 de enero de 2015, párr. 157, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-151056%22%5D%7D>; “Having regard to the above factors, namely the absence of any biological tie between the child and the intended parents, the short duration of the relationship with the child and the uncertainty of the ties from a legal perspective, and in spite of the existence of a parental project and the quality of the emotional bonds, the Court considers that the conditions enabling it to conclude that there existed a *de facto* family life have not been met”.

sión fue recurrida por el gobierno italiano ante la Gran Sala.³⁶ El 24 de enero de 2017, la Gran Sala³⁷ decidió que no se había vulnerado el artículo 8o. del CEDH y señaló en su sentencia que fue ilegal la conducta del matrimonio Paradiso-Campanelli y justificó las decisiones de los tribunales italianos dirigidas a proteger la legalidad nacional.³⁸

V. ALEMANIA

La ley alemana no sólo prohíbe, sino que también sanciona³⁹ la utilización abusiva de las TRHA, y establece pena de privación de libertad de hasta tres años; igualmente, prevé sanciones para el personal médico que las realice. En el caso alemán, el artículo 1o. de la Ley de Protección del Embrión de 1990 determina que el convenio de gestación por sustitución es contrario a las buenas costumbres y es nulo por violar el orden público. También la regulación del fenómeno de la adopción incluye entre sus disposiciones la prohibición de la gestación por sustitución; en este sentido, la legislación alemana contempla pena de prisión y multa para todas aquellas personas que incumplan sus disposiciones. Sin embargo, únicamente se sanciona penalmente a aquellas personas que intervengan en cualquiera de las operaciones necesarias para llevar a cabo la gestación, como puede ser la fecundación y la extracción de óvulos; no se sanciona ni a los comitentes ni a la mujer subrogada.

Este país no ha sido ajeno a los problemas que se generan a través de un acuerdo de gestación por sustitución transfronterizo. El caso más renombrado sobre reconocimiento integral de doble filiación paterna es el de una pareja de hombres que realizó un acuerdo en California, en donde utilizaron los gametos de uno de ellos. La pareja registró al niño en Estados Uni-

³⁶ TEDH, Gran Sala, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, asunto 25358/12, 24 de enero de 2017, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-170359%22%5D%7D>.

³⁷ *Idem*.

³⁸ TEDH, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, *cit.*, párr. 209: “The Court does not consider in the present case that the domestic courts were obliged to give priority to the preservation of the relationship between the applicants and the child. Rather, they had to make a difficult choice between allowing the applicants to continue their relationship with the child, thereby legalizing the unlawful situation created by them as a *fait accompli*, or taking measures with a view to providing the child with a family in accordance with the legislation on adoption”.

³⁹ El artículo 1o. de la Ley de Protección del Embrión, núm. 745/90, del 13 de diciembre de 1990, establece lo siguiente: “1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo... 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento”.

dos y la corte en California reconoció a ambos padres intencionales como los padres legales. Sin embargo, en Alemania las autoridades se negaron a registrar el nacimiento y a reconocer a la pareja como los padres.⁴⁰ En segunda instancia, los dos tribunales confirmaron la decisión de la oficina de registro. El caso se llevó al Tribunal Supremo alemán, que dictó sentencia el 10 de diciembre de 2014,⁴¹ decidiendo que era procedente el reconocimiento de paternidad en favor de los dos hombres alemanes, pues reconocer la decisión sostenida en California no producía efectos contrarios al orden público internacional alemán; por lo tanto, ordenó al Registro Civil alemán el registro del nacimiento del niño con sus dos respectivos padres, estableciendo, además, que siempre se debe dar preferencia al interés superior del niño. Para tales efectos, el Tribunal citó las resoluciones del TEDH en los casos *Menesson c. Francia* y *Labassée c. Francia*.

Por otro lado, en un caso resuelto por el mismo Tribunal Supremo de Alemania, mediante sentencia del 20 de marzo de 2019,⁴² se negó el reconocimiento a la maternidad de una madre intencional alemana, residente en Alemania, con respecto a un niño nacido en Ucrania a través de un acuerdo de gestación por sustitución transfronteriza, que fue celebrado por la mujer alemana y su esposo —padres de intención— con una mujer gestante ucraniana, residente en Ucrania. Ambos padres intencionales tenían un vínculo genético con el niño. En el acta de nacimiento expedida en Ucrania, quienes figuraban como progenitores eran los cónyuges alemanes, residentes en Alemania. El Tribunal entendió que la residencia habitual del niño estaba en Alemania y que, en virtud del artículo 19.1 del Código Civil alemán, correspondía aplicar la ley alemana. En consecuencia, la madre es, según el máximo tribunal alemán, la mujer ucraniana y la maternidad de la alemana sólo puede lograrse recurriendo a un procedimiento de adopción. Esta solu-

⁴⁰ La ley alemana sólo reconoce paternidad por adopción o ascendencia, y establece que la mujer gestante es la madre legal del niño. Véase *Gaceta de Leyes Federales (Bundesgesetzblatt)*, I p. 42, 2909, Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*) § 1592; Tribunal Supremo de Alemania (*Bundesgerichtshof*), XII ZB 463/13, Fundamentos (*Gründe*), disponible en: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&nr=69759&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf> (en alemán) (resumen en inglés: <https://www.crin.org/en/library/legal-database/supreme-court-germany-decision-xii-zb-463/13-bundesgerichtshof-beschluss-xii>). Sobre este caso, véase también la sección VI del capítulo décimo de la presente obra.

⁴¹ *Idem*.

⁴² Tribunal Supremo de Alemania (*Bundesgerichtshof*), XII ZB 530/17, disponible en: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=f4027fae57536f17d8f735bad9823b50&nr=94770&pos=0&anz=4> (en alemán). Sobre este caso, véase también la sección VI del capítulo décimo de la presente obra.

ción llama la atención, dado que sugiere la adopción del niño por parte de la mujer cuyo óvulo fue fertilizado para que ese niño pudiera existir. Asimismo, es preciso tener presente que, en este caso, la filiación establecida en el extranjero sólo constaba en un certificado de nacimiento y no en una sentencia (lo que sí sucedía en el caso resuelto en 2014, donde había una sentencia californiana acerca de la filiación).

VI. AUSTRIA

La prohibición de la gestación subrogada en Austria está consagrada en la Ley sobre Medicina Reproductiva, del 1o. de julio de 1992, la cual fue reformada⁴³ en febrero de 2015. La reforma a la normativa incluyó la autorización para practicar procedimientos de reproducción asistida que anteriormente estaban prohibidos. También se amplió el acceso a grupos que antes no podían acceder a ellos, como mujeres en pareja. Sin embargo, algunas restricciones previstas en la Ley sobre Medicina Reproductiva de 1992 no se modificaron y así mujeres y hombres solteros y parejas de hombres no pueden acceder a procedimientos de reproducción asistida. Además, es preciso destacar que la gestación por sustitución y la donación de embriones continúan estando prohibidas.⁴⁴

Pese a que las disposiciones legales austríacas prohíben la gestación por sustitución y determinan que la madre legal es la mujer que da a luz al niño, el Tribunal Constitucional de este país se ha pronunciado en dos casos transfronterizos a favor de los padres intencionales. El primero de dichos casos se suscitó por un acuerdo de gestación por sustitución celebrado en Georgia, Estados Unidos, y el segundo, por uno que tuvo lugar en Ucrania. En ambos casos, el Tribunal Constitucional austríaco resolvió que el niño dado a luz por la gestante era el hijo legal de los padres intencionales y no de la gestante. En el primer caso, el razonamiento del Tribunal se centró en la supuesta limitación de la competencia de aplicación de las normas austríacas, al

⁴³ Austrian Bioethics Commission, *Reform of the Reproductive Medicine Act*, 2 de julio de 2012, disponible en: <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=51083>; Busardò, Francesco *et al.*, “The Evolution of Legislations in the Field of Medically Assisted Reproduction and Embryo Stem Cell Research in European Union Members”, *BioMed Research International*, vol. 2014, julio de 2014, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1155/2014/307160>.

⁴⁴ Sobre el proceso para modificar la ley austríaca en materia de reproducción asistida, que durante décadas fue muy restrictiva, véase Griessler, Erich y Hager, Mariella, “Changing Direction: The Struggle of Regulating Assisted Reproductive Technology in Austria”, *Reproductive Biomedicine and Society Online Journal*, vol. 3, diciembre de 2016, pp. 68-76, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.rbms.2016.12.005>.

carácter internacionalmente obligatorio de las leyes de Georgia y al interés superior del niño. En el segundo caso, el Tribunal reconoció el certificado de nacimiento ucraniano de los gemelos y sostuvo que la aplicación del derecho sustantivo austríaco a este caso violaría el principio de protección del interés superior del niño.⁴⁵

VII. SUIZA

En Suiza, la Constitución Federal prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades, estableciendo en su artículo 119 que, con respecto a la medicina reproductiva e ingeniería genética en el ámbito humano, Suiza prescribe el derecho al patrimonio germinal y genético humano, previendo una tutela a la dignidad humana, la persona y la familia. Por ello, la donación de embrión y cualquier otra forma de maternidad sustituta son inadmisibles. A su vez, el Código Civil de Suiza, en sus artículos 260 y 261, prevé que la paternidad se presume del padre en caso de matrimonio, aunque está sujeta, si hubiera otro posible padre, a la prueba del acto sexual con la madre en tiempos de concepción; en caso de querer reclamar la paternidad por vía jurisdiccional, únicamente se le otorgan derechos a la madre y al hijo, así como a parientes en línea recta del padre.

Pese a la prohibición constitucional de la gestación subrogada, en 2014 el Alto Tribunal Administrativo Cantonal de St. Gallen falló a favor de la inscripción, como hijo legal de dos hombres, de un menor nacido por un acuerdo de subrogación realizado en California. Sin embargo, el fallo de ese tribunal fue apelado por el Departamento de Justicia Federal y, el 7 de julio de 2015, la Corte Suprema revocó el fallo que emitió este tribunal de St. Gallen un año antes, determinando que sólo el comitente que aportó el semen puede ser reconocido oficialmente como el padre. Asimismo, se afirmó que el nombre de la gestante debe ser registrado oficialmente por el cantón de St. Gallen en su registro civil.⁴⁶

⁴⁵ Lurger, Brigitta, “The Austrian Choice of Law Rules in Cases of Surrogate Motherhood Abroad – The Best Interest of the Child between Recognition, European Human Rights and the Austrian Prohibition of Surrogate Motherhood”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, núm. 3, 2013, p. 282, disponible en: <http://www.iprax.de/en/contents/earlier-issues/2013-Issue-03.php>.

⁴⁶ “Same-Sex Couple Given Parental Rights to Surrogate Child”, *Swiss Info Chanel*, 26 de agosto de 2014, disponible en: https://www.swissinfo.ch/eng/legal-exception_same-sex-couple-given-parental-rights-to-surrogate-child/40574218; Wells-Greco, Michael, “Switzerland, Inter-Country Surrogacy and Public Policy”, *BioNews*, núm. 805, 8 de junio de 2015, disponible en: https://www.bionews.org.uk/page_95070.

VIII. ALGUNOS ESTADOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En Estados Unidos, el 20% de los casos de gestación por sustitución son contratos realizados por extranjeros; es decir, ha existido, en la última década, un crecimiento tal de esta práctica que las clínicas se han adaptado al nuevo entorno mediante la consolidación y la creación de plataformas o la contratación de “corredores” que aprovechan el creciente mercado, compitiendo, incluso, por atraer a los clientes que tienen un alto poder adquisitivo.⁴⁷

Aun con lo anterior apuntado, entre los estados de este país que prohíben la gestación por sustitución, algunos de ellos la consideran un delito penal e imponen multas y penas de cárcel, mientras que otros simplemente declaran nulo el acuerdo de gestación subrogada.⁴⁸

1. Michigan

En Michigan, la Ley de Filiación Subrogada (Surrogate Parenting Act)⁴⁹ dispone que “El contrato de filiación subrogada es nulo e inejecutable por ser contrario al orden público” —artículo 722.855—. Esta disposición se aplica tanto para la gestación por sustitución altruista como para la que contempla el pago de una suma de dinero como retribución a la gestante.

Además, la prohibición del contrato oneroso de filiación subrogada es establecida expresamente en el artículo 722.859, que a su vez impone sanciones de multa o de prisión tanto para las partes contratantes como para los intermediarios o facilitadores cuando hay una contraprestación dineraria. Según dicha norma, quien celebre un contrato oneroso de filiación subrogada será sancionado con una multa de hasta 10,000 dólares, con prisión de hasta 1 año o con ambas, excepto si se trata de una menor no emancipada o una mujer diagnosticada con discapacidad intelectual, enfermedad mental

⁴⁷ Carbone, June y Miller, Christina O., “Surrogacy Professionalism”, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, vol. 31, núm. 1, 2018, *passim*. En torno a cómo las leyes en los Estados Unidos regulan el acceso a la reproducción asistida, controlan el uso de la subrogación y tratan los problemas relacionados con la filiación de los niños concebidos a través de las TRHA, véase la primera parte de la contribución de Camboni Miller, Valeria, *op. cit.*

⁴⁸ The Center for Bioethics and Culture, “State-by-State Surrogacy Summary”, 2012-2018, disponible en: http://www.cbc-network.org/wp-content/uploads/2012/08/State-by-State_Surrogacy_Sum_CBC.pdf.

⁴⁹ Michigan Surrogate Parenting Act, Act 199 of 1988, disponible en: [http://www.legislature.mi.gov/\(S\(i0b5cg45xv4se045b1kcxba5\)\)/documents/mcl/pdf/mcl-act-199-of-1988.pdf](http://www.legislature.mi.gov/(S(i0b5cg45xv4se045b1kcxba5))/documents/mcl/pdf/mcl-act-199-of-1988.pdf).

o discapacidad de desarrollo. En el mismo artículo se señala que cualquier otra persona que induzca, arregle, procure o de cualquier modo asista en la celebración de un contrato oneroso de filiación subrogada será sancionada con una multa de no más de 50,000 dólares, con prisión de hasta 5 años o con ambas.

También se establece en el artículo 722.857 la prohibición expresa del contrato de filiación subrogada en el que una mujer menor no emancipada o una mujer diagnosticada con discapacidad intelectual, enfermedad mental o discapacidad de desarrollo sea la “madre subrogada o portadora subrogada”. La misma norma prevé sanciones para cualquier otra persona distinta de la mujer en cuestión que celebre ese contrato, lo induzca, lo arregle, lo procure o lo asista en su celebración: multa de hasta 50,000 dólares, hasta 5 años de prisión o, incluso, ambas.

De lo expuesto con respecto a la legislación de Michigan, se colige que la gestación por sustitución altruista, en la cual la gestante no sea una menor no emancipada ni una mujer con discapacidad o enfermedad mental diagnosticada, no es una figura sancionada. No obstante, se le considera contraria al orden público, por lo que el contrato es nulo y, en consecuencia, tampoco se puede reclamar su cumplimiento forzoso.

2. Nueva York

El estado de Nueva York es una de las jurisdicciones estadounidenses donde la gestación subrogada está prohibida. En efecto, la Ley de Relaciones Domésticas del Estado de Nueva York (Domestic Relations Law)⁵⁰ dispone en su artículo 8-122 que “Los contratos de filiación subrogada se declaran contrarios al orden público de este estado y son nulos y no exigibles”. Dicha ley, que data de 1992, retoma las preocupaciones surgidas a raíz del caso *Baby M*, resuelto en 1988 por la Suprema Corte del estado de Nueva Jersey,⁵¹ y las recomendaciones del mismo año a cargo de la New York Task Force on Life and the Law.⁵²

Además, existen sanciones tanto para quienes participen como para quienes ayuden a otros a participar en un acuerdo oneroso de gestación por

⁵⁰ New York Consolidated Laws, Domestic Relations Law, disponible en: <https://codes.findlaw.com/ny/domestic-relations-law/#!tid=N1FEB8F64592D4888B3B90A38A8F29E93>.

⁵¹ *In re Baby M*, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988). Acerca de este caso, véase la sección I del capítulo primero de la presente obra.

⁵² New York Task Force on Life and the Law, *Surrogate Parenting: Analysis and Recommendations for Public Policy*, Nueva York, 1988, disponible en: https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/reports_publications/docs/surrogate_parenting.pdf.

sustitución. En el estado de Nueva York se puede llegar a imponer una multa de hasta 500 dólares estadounidenses a los padres intencionales, a la gestante y a sus cónyuges por ser parte de un acuerdo de gestación por sustitución en el que el pago exceda los gastos médicos razonables y los gastos permitidos en casos de adopción —artículos 123-1 y 123-2(a) de la Ley de Relaciones Domésticas—. La legislación establece, adicionalmente, que todas las personas o entidades que faciliten o asistan en la celebración de un contrato de filiación subrogada a cambio de una suma de dinero serán sancionadas civilmente por su primera conducta en este sentido, con una multa de hasta 10,000 dólares, y deberán reembolsar el pago recibido —artículo 123-2(b) de misma ley—. Sin embargo, si una persona o entidad que actuó como intermediario, habiendo sido sancionado civilmente por violación de esta norma, reincide, estará incurriendo en un delito penal —artículo 123-2(b), *in fine*—.

En cuanto a los acuerdos altruistas de gestación subrogada, es decir, aquellos en los que no se pacta una compensación económica para la gestante, quedan cubiertos por la prohibición general: son nulos por violar el orden público y, en consecuencia, su cumplimiento no es exigible judicialmente. Aunque no son alcanzados por las normas punitivas, si un contrato de gestación por sustitución fuera celebrado en el estado de Nueva York, la gestante sería considerada como la madre legal del niño —artículo 124-1 de la Ley de Relaciones Domésticas—.

Este marco legal no impide que en la realidad sigan presentándose casos de gestación por sustitución altruista. Las partes saben que no podrán recurrir a los tribunales para solicitar el cumplimiento forzoso de las prestaciones que les son debidas. De todos modos, “celebran «memorandos de entendimiento» que, aunque inejecutables, ayudan a las partes a comprender la posición de la otra en temas importantes como el aborto...”⁵³

3. Arizona

Arizona es un estado de aquellos en los que se puede decir que hay que proceder con precaución, ya que se practica la gestación por sustitución, pero existen obstáculos legales o los resultados pueden ser inconsistentes.

La gestación por sustitución está prohibida por ley; pero no hay sanción penal⁵⁴ para quien de una manera u otra —como parte o como interme-

⁵³ Cornell Law School. International Human Rights Policy Advocacy Clinic y National Law University, Delhi, *Should Compensated Surrogacy Be Permitted or Prohibited?*, 2017, Cornell Law Faculty Publications, núm. 1551, p. 8, disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1551>.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 12.

diario— participe en ella. El artículo 25-218 de los Estatutos Revisados de Arizona (Arizona Revised Statutes)⁵⁵ establece que “Ninguna persona puede celebrar, inducir, arreglar, procurar o de otro modo asistir en la celebración de un contrato de filiación subrogada”. También se señala que la gestante es la madre legal del niño y que tiene derecho a la custodia. Además, si ella está casada, se presume que su cónyuge es el padre del niño; pero esta presunción admite prueba en contrario. Justamente así fue establecida la paternidad de un padre intencional hombre en un caso —*Soos vs. Corte Superior del Condado de Maricopa*—,⁵⁶ en el que la norma en cuestión fue declarada inconstitucional por afectar los derechos de la madre intencional genéticamente vinculada con los trillizos paridos por la gestante, al no permitirle rebatir la presunción de que esta última es la madre legal.

Aunque los contratos de gestación subrogada no son exigibles, esta práctica continúa llevándose a cabo en Arizona. Incluso, a pesar de esta situación, es común que los tribunales otorguen órdenes parentales previas al nacimiento del niño, declarando a los padres intencionales como padres legales.⁵⁷

4. Indiana

En Indiana, la madre legal de un niño es quien ha dado a luz. Según su Código,⁵⁸ los contratos de subrogación no son válidos y no es posible ejecutarlos. En efecto, su artículo 20, 1-1, establece lo siguiente:

La asamblea general declara que va en contra del orden público ejecutar cualquier cláusula de un acuerdo de subrogación que requiera que la gestante lleve a cabo alguna de las siguientes conductas:

- 1) Proveer un gameto para concebir un niño.
- 2) Embarazarse.
- 3) Consentir que se le realice, o realizarse un aborto.
- 4) Someterse a tratamiento o examen médico o psicológico.
- 5) Usar una sustancia o realizar una actividad sólo según los requerimientos de otra persona.

⁵⁵ Arizona Revised Statutes, title 25. Marital and domestic relations, disponible en: <https://codes.findlaw.com/az/title-25-marital-and-domestic-relations/az-rev-st-sect-25-218.html>.

⁵⁶ *Soos vs. Super. Ct. Cty. of Maricopa*, 897 P.2d 1356 (Ariz. Ct. App. 1994), disponible en: <https://www.legaleagle.com/decision/1994652182ariz4701574>.

⁵⁷ Cornell Law School. International Human Rights Policy Advocacy Clinic y National Law University, Delhi, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁸ Código de Indiana, título 31. Derecho familiar y juvenil, artículo 20 sobre reproducción humana, disponible en: <https://codes.findlaw.com/in/title-31-family-law-and-juvenile-law/#:tid=N7DEE939080A811DB8132CD13D2280436>.

- 6) Renunciar a los derechos o deberes de responsabilidad parental con respecto a un niño.
- 7) Terminar el cuidado, la custodia o el control de un niño.
- 8) Consentir una adopción por parte de la pareja de otro progenitor (*stepparent adoption*) bajo el Código de Indiana, Título 31, artículo 19.

El Código de Indiana dispone expresamente que los acuerdos de gestación subrogada celebrados después del 14 de marzo de 1988 son nulos;⁵⁹ pero no les atribuye sanción penal alguna.

A pesar de la imposibilidad de exigir el cumplimiento coactivo de tales contratos, es un hecho que la gestación subrogada se produce y continúa produciéndose en Indiana.

Además, algunos tribunales otorgan órdenes previas al nacimiento que establecen que los padres intencionales son los padres legales y, cuando esto sucede, los hospitales deben atender dichas resoluciones.⁶⁰ No obstante, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia⁶¹ ha limitado la posibilidad de obtener órdenes parentales previas al nacimiento, cuando uno de los padres intencionales no tiene un vínculo genético con el niño.

IX. CONCLUSIONES

En este capítulo dedicado a aquellos Estados cuya legislación prohíbe la gestación subrogada, se advierte que los países en cuestión tienden a convertirse en Estados de origen del denominado “turismo reproductivo” y que, por consiguiente, allí se producen situaciones que caen en el ámbito del derecho internacional privado.⁶²

El derecho internacional privado está destinado a regular situaciones que están en la órbita de diferentes ordenamientos jurídicos, buscando una solución afín a los principios esenciales de los Estados cuyos tribunales intervienen o ante los cuales se aspira obtener el reconocimiento. En conexión con lo anterior se presenta la cuestión del orden público internacional, que tiene una connotación importante en materia de la gestación por sustitución

⁵⁹ *Ibidem*, artículo 20, 1-2.

⁶⁰ James, Alyssa, “Gestational Surrogacy Agreements: Why Indiana Should Honor Them and What Physicians Should Know Until They Do”, *Indiana Health Law Review*, vol. 10, 2013, p. 209.

⁶¹ Court of Appeals of Indiana, “In the Matter of the Paternity and Maternity of Infant T.”, núm. 67A05-1301-JP-36, 11 de julio de 2013, disponible en: <http://www.in.gov/judiciary/opinions/pdf/07111303ewn.pdf>.

⁶² Véase el capítulo cuarto de esta obra.

y se vincula con todo aquello que pudiera afectar el interés superior del niño. De tal manera, se considera que, con ciertas salvaguardas mínimas, se debe tender al reconocimiento de validez de las situaciones creadas en otros países, donde son perfectamente legales.

La prohibición legislativa de la gestación por sustitución, en algunos de los Estados contemplados en este capítulo, se encuentra reforzada con la criminalización de la intervención en esta práctica. Según la jurisdicción de la que se trate, la sanción penal puede alcanzar tanto a las partes como a los intermediarios que de cualquier modo asistan en la celebración de acuerdos de gestación subrogada. Sin embargo, a pesar de la prohibición interna de la figura en ciertos Estados y de la reacción inicial de rechazo a toda gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero por parte de padres intencionales domiciliados en el Estado receptor, actualmente se va delineando una tendencia a aceptar los efectos de la filiación establecida en el exterior, sobre todo cuando uno de los padres intencionales tiene un vínculo genético con el niño. En este sentido, en algunas ocasiones se ha decidido que el orden público internacional del Estado receptor no se ve vulnerado por reconocer tal filiación, y en otras, aunque dicho orden público pudiera verse afectado, debe darse preferencia a la solución que, en el caso concreto, favorezca el interés superior del niño. Esto último implica que el orden público internacional se invoque de manera restrictiva para ser tolerante con las nuevas y diferentes situaciones, ser respetuoso del interés superior del niño y mantener la continuidad de la filiación del niño más allá de las fronteras del Estado de nacimiento.

X. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, vol. 2, 2017, disponible en: http://www.academia.edu/32768784/Gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n_y_orden_p%C3%ABlico.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia y CARRIZO AGUADO, David, “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el derecho internacional privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, *La Notaria*, vol. 2014, núm. 2, 2014.

AUSTRIAN BIOETHICS COMMISSION, *Reform of the Reproductive Medicine Act*, 2 de julio de 2012, disponible en: <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=51083>.

- BINET, Jean-René, “Quand le recours à une GPA fait obstacle à l’invocation de la vérité biologique”, *La Semaine Juridique*, núm. 41-1040, 8 de octubre de 2018.
- BUSARDÒ, Francesco *et al.*, “The Evolution of Legislations in the Field of Medically Assisted Reproduction and Embryo Stem Cell Research in European Union Members”, *BioMed Research International*, vol. 2014, julio de 2014, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1155/2014/307160>.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, España, vol. 9, núm. 1, 2017, disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780>.
- CAMBONI MILLER, Valeria, “Legal and Ethical Considerations on the Use of Assisted Reproductive Technology in the United States and Italy”, *Digest: National Italian American Bar Association Law Journal*, vol. 24, 2016.
- CARBONE, June y MILLER, Christina O., “Surrogacy Professionalism”, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, vol. 31, núm. 1, 2018.
- COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D’ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, “Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)”, Avis No. 110, 1o. de abril de 2010, disponible en: https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_110.pdf.
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 16 de mayo de 2017, disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf.
- CORN, Emanuele, “La reproducción asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de la fecundación heteróloga”, *Revista de Bioética y Derecho*, España, núm. 35, noviembre de 2015, disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/14278/17544>.
- CORNELL LAW SCHOOL. INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS POLICY ADVOCACY CLINIC y NATIONAL LAW UNIVERSITY, DELHI, *Should Compensated Surrogacy Be Permitted or Prohibited?*, 2017, Cornell Law Faculty Publications, núm. 1551, disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1551>.
- EMAKUNDE, *¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe final*, abril de 2018, disponible en: emakunde.blog.euskadi.eus/wp-content/uploads/2018/07/INFORME_COMPLETO_2018.pdf.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Begoña, “No inscripción en el Registro Civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”, *El Notario del siglo*

- XXI, núm. 54, marzo-abril de 2014, disponible en: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-54/3717-no-inscripcion-en-el-registro-civil-espanol-de-los-menos-nacidos-mediante-gestacion-por-sustitucion>.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Maternidad subrogada y adopción internacional”, en BRENA SESMA, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- GOUTTENOIR, Adeline, “Le statut sur mesure des enfants nés de GPA à l'étranger”, *La Semaine Juridique*, núm. 39-984, 25 de septiembre de 2017.
- GOUTTENOIR, Adeline, “Session de rattrapage pour la gestation pour autrui étrangère”, *La Semaine Juridique*, núm. 13-344, 26 de marzo de 2018.
- “GPA à l'étranger: la justice reconnaît pour la première fois une adoption par le deuxième père”, *Libération*, 19 de septiembre de 2018, disponible en: www.liberation.fr/france/2018/09/19/gpa-a-l-etranger-la-justice-reconnaît-pour-la-premiere-fois-un-adoption-par-le-deuxieme-pere_1679812.
- GRIESSLER, Erich y HAGER, Mariella, “Changing Direction: The Struggle of Regulating Assisted Reproductive Technology in Austria”, *Reproductive Biomedicine and Society Online Journal*, vol. 3, diciembre de 2016, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.rbms.2016.12.005>.
- HUTCHINSON, Anne-Marie *et al.*, “International Surrogacy Arrangements between California and England and Wales”, *Family Law*, vol. 41, núm. 10, octubre de 2011.
- IGAREDA, Noelia, “La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 44, noviembre de 2018, disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/20574/24133>.
- JAMES, Alyssa, “Gestational Surrogacy Agreements: Why Indiana Should Honor Them and What Physicians Should Know Until They Do”, *Indiana Health Law Review*, vol. 10, 2013.
- LAGARDE, Paul, “Cour de Cassation (1ère Ch. Civ.) 17 décembre 2008”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 98, núm. 2, 2009.
- LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, vol. 3, 2012, disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf.
- LURGER, Brigitta, “The Austrian Choice of Law Rules in Cases of Surrogate Motherhood Abroad – The Best Interest of the Child between Recognition, European Human Rights and the Austrian Prohibition of Surrogate Motherhood”, *Praxis des Internationalen Privat – und Verfahrensrechts*, núm. 3, 2013, disponible en: <http://www.iprax.de/en/contents/earlier-issues/2013-Issue-03.php>.

- NEW YORK TASK FORCE ON LIFE AND THE LAW, *Surrogate Parenting: Analysis and Recommendations for Public Policy*, Nueva York, 1988, disponible en: https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/reports_publications/docs/surrogate_parenting.pdf.
- REQUENA AGUILAR, Ana, “¿Por qué hay 30 familias bloqueadas en Ucrania y qué dice la ley española sobre la gestación por sustitución?”, *Eldiario.es*, 29 de agosto de 2018, disponible en: https://www.eldiario.es/sociedad/familias-atrapadas-Ucrania-gestacion-sustitucion_0_808769481.html.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, “Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?”, *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, vol. 10, núm. 28, septiembre de 2018, disponible en: <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000251/608>.
- RUBIO TORRANO, Enrique, “Inscripción como hijos de un matrimonio de varones nacidos mediante la gestación por sustitución”, *Aranzadi Civil. Revista Doctrinal*, núm. 9, 2011.
- “Same-Sex Couple Given Parental Rights to Surrogate Child”, *Swiss Info Channel*, 26 de agosto de 2014, disponible en: <https://www.swissinfo.ch/eng/legal-exception-same-sex-couple-given-parental-rights-to-surrogate-child/40574218>.
- THE CENTER FOR BIOETHICS AND CULTURE, “State-by-State Surrogacy Summary”, 2012-2018, disponible en: http://www.cbc-network.org/wp-content/uploads/2012/08/State-by-State_Surrogacy_Sum_CBC.pdf.
- WELLS-GRECO, Michael, “Switzerland, Inter-Country Surrogacy and Public Policy”, *BioNews*, núm. 805, 8 de junio de 2015, disponible en: https://www.bionews.org.uk/page_95070.
- ZUIL, María, “Nueva pesadilla en Kiev: otras 30 familias españolas atrapadas con sus bebés”, *El Confidencial*, 29 de marzo de 2019, disponible en: https://www.elconfidencial.com/espana/2019-03-29/ucrania-vientre-alquiler-gestacion-pasaporte-colapso_1910646/.