



Grado en Derecho 2015

Área de Derecho Civil

Maternidad subrogada

Realidad actual, problemas y
posibles soluciones

Tutora: López Sánchez, Cristina

Autor: González Pineda, Borja

1. Introducción.....	2
2. Concepto, causas y modalidades de la maternidad subrogada.....	4
2.1 Concepto.....	4
2.2 Causas de la maternidad subrogada.....	8
2.3 Modalidades de maternidad subrogada	9
3. Nacimiento del vínculo de parentesco en la maternidad subrogada: Ley aplicable a la filiación.....	10
4. La regulación de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico español...	11
5. Determinación de la maternidad-paternidad.....	13
5.1 Atribución de la maternidad.....	13
5.2 Atribución de la paternidad	16
5.3 Paternidad sin maternidad	17
5.4 Paternidad de hombre solo	18
6. El contrato de maternidad subrogada en España.....	19
6.1 El contrato	21
6.2 Problemas que el incumplimiento del contrato puede plantear en la práctica.....	22
7. El turismo reproductivo.....	24
8. Un caso de actualidad: líneas seguidas por la DGRN y por la jurisprudencia española.....	28
8.1 Primera instrucción de la DGRN y la Sentencia fruto de su recurso por el Ministerio Fiscal.....	28
8.2 Una nueva defensa de la inscripción por parte de la DGRN	33

1. Introducción

Hasta hace poco tiempo, una persona para poder ser madre o padre, debía concebir un hijo mediante métodos naturales o bien gracias a la adopción, en caso de no poder gestarlos. Hoy, gracias a los grandes avances de la ciencia, de las nuevas tecnologías y de la medicina, hay otras posibilidades para concebir un hijo biológico, dando la posibilidad a esas personas que no pueden engendrarlo, de poder ser padres genéticamente hablando.

Las técnicas de reproducción humana y asistida hacen posible y dan la oportunidad a aquellas personas, ya sean entre sí pareja o no, sean del mismo sexo o de diferente, de obtener este objetivo a través de un moderno y revolucionario procedimiento, conocido como gestación por sustitución.

Se calcula que en 2014 los nacidos con este método e inscritos como hijos de padres españoles ya superaron a los adoptados (unos 1400 frente a los 1188 procedentes de la adopción). Así lo confirma Didac Sánchez, director de Subrogalia¹, una empresa que facilita este servicio a padres españoles y que, solo el año pasado, tramitó e hizo realidad más de 280 peticiones.

Es de la maternidad subrogada, en la actualidad, sobre la que se desarrolla el presente trabajo. La elección de este tema se debe a que se trata de un tema novedoso, atractivo y que cada vez va teniendo más acogida entre la sociedad. A todo ello hay que añadir el tratamiento jurisprudencial y de la Dirección General de Registro y del Notariado (DGRN), en relación con el matrimonio homosexual formado por dos varones, que contrató un vientre de alquiler en California, que ha venido a suscitar el interés por esta cuestión y constituye el eje de este trabajo.

La legislación vigente que he consultado es, entre otras, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), 14/2006 de 26 de mayo; la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DGRN, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución; el Código Civil Español (CC); la Constitución Española de 1978 (CE), así como también he trabajado la jurisprudencia y de las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado que versan sobre esta cuestión.

¹En www.subrogalia.com (Consulta: 12/06/2015)

Inicialmente en el presente trabajo abordaré el concepto, causas que dan lugar a la elección y práctica de esta gestación por sustitución y las diversas modalidades de la misma, para entender bien en que consiste esta práctica antes de entrar en materia. Posteriormente, me centraré en la ley aplicable a la filiación con el objeto de poder pasar a continuación, a tratar la legislación aplicable a la prohibición de esta práctica en nuestro país. Después trataré un tema tan importante como es la determinación de la maternidad y paternidad (en las diferentes modalidades pues la familia ya no tiene por qué ser la tradicional de siempre), del niño nacido de esta forma. Seguidamente abordaré la cuestión del contrato o convenio, tratando de explicar la situación actual de ilegalidad de este contrato en nuestro país. Además trataré una cuestión peligrosa como lo es el turismo reproductivo, debido a la prohibición que puede existir de esta práctica en el país de origen de los comitentes (solicitantes que optan tener un niño por esta vía reproductiva). Finalmente veré el tratamiento que se ha dado jurisprudencialmente a la maternidad subrogada hasta el día de hoy en España así como las importantes instrucciones y resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado.

El propósito de este presente trabajo es comprender esta figura, así como la necesidad de que se regule correctamente en España. Asimismo, también es propósito de este trabajo el entender los problemas que surgen de esta práctica, como el interés superior del menor que veremos explicado detalladamente en este trabajo o los derechos de la mujer que lleva a cabo la gestación y así tener una vista global de todos los aspectos que he considerado más importantes a la hora de abordar este tema.

La situación de los ciudadanos que claman por la maternidad/paternidad a través de la gestación por sustitución, no puede menos que llevarnos a reflexionar que si hay tal legítima demanda por parte de la sociedad, ¿por qué no se modifica la Ley y se regula la gestación por sustitución?

En la sociedad española conviven ejemplarmente distintos modelos de familia y la Constitución no acoge un concepto único y restrictivo de familia que deba ser objeto de protección y los casos en los que un modelo de familia no recibe protección jurídica deben ser delimitados con sumo cuidado, para no vulnerar el mandato constitucional de protección a la familia.

2. Concepto, causas y modalidades de la maternidad subrogada

2.1 Concepto

La maternidad subrogada, conocida también como maternidad de alquiler, de encargo, portadora, o sustitutiva, se basa en que una mujer lleva implantado en su cuerpo un embrión hasta su nacimiento, con la finalidad de entregarlo después a otra mujer, hombre o a una pareja, ya sea matrimonial o de hecho, heterosexual u homosexual.

En esta última puntualización hay que tener presentes los artículos 8 (referente a la vida familiar), y 14 (referente a la prohibición de discriminación), ambos de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, así como los artículos 7 (respecto de la vida familiar), 9 (referente al derecho a fundar una familia), 20 (igualdad ante la ley) y el art. (artículo) 21 (principio de no discriminación), todos de la Convención de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010, en los que se reconoce el derecho de la mujeres solas o de las parejas de lesbianas a la maternidad, así como el de la pareja homosexual a la paternidad; sin olvidar que también lo tiene el hombre soltero con base en el derecho de no discriminación, pudiendo llevar a cabo un contrato de maternidad subrogada.

Es por ello por lo que, antes de nada, debemos traer a colación el significado de los verbos “subrogar” y “gestar”, así como de la expresión “maternidad”. Según el diccionario de la Real Academia Española, las definiciones de estos conceptos son:

Por un lado, “subrogar” significa sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. Por otro lado, “gestar” significa llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto. Y, por último, “maternidad” es el estado o cualidad de madre.

A continuación, considero conveniente apuntar algunas definiciones del término maternidad subrogada:

El informe Warnock² en Inglaterra, define el concepto *subrogacy* “como la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”.

² WARNOCK M. A., *Question Of Life. The Warnock Report. Human Fertilisation & Embriology, United Kingdom*, Basil Blackwell, 1985. En 1984, la Comisión de investigación sobre fecundación y embriología

El informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In Vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, conocido como el Informe Palacios³, que nos proporciona una definición de la maternidad portadora a la que denomina gestación de sustitución, señala que: “Es una forma de maternidad biológica por la cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja heterosexual (matrimonio o pareja estable) irreversiblemente estéril, que responsabilizará la maternidad y paternidad de la descendencia a todos los efectos”⁴.

Por lo que respecta a nuestro país, dado que la cuestión la examinaremos más adelante, basta aquí con señalar que nuestra ley no se enfrenta al tema de la maternidad subrogada, ni distingue casos, ni mucho menos la define, simplemente la prohíbe, siendo la doctrina la que se ha ocupado de definir el fenómeno que nos ocupa.

Se puede definir la maternidad subrogada como el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, para luego entregar la criatura después del parto⁵.

humana, presidida por la filósofa Mary Warnock, entregó el informe que lleva su nombre en alusión a la filósofa que lo dirigió. El informe buscaba determinar el estatus de los embriones concebidos artificialmente y hallar la justificación que permitiera su manipulación durante un periodo de tiempo.

³ Esta Comisión elaboró un Informe, al que denominaremos Informe Palacios, que fue debatido y aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986.

El diputado Marcelo Palacios fue Presidente de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, creada por el Congreso de los Diputados ante la necesidad de proceder a la regulación de las nuevas técnicas de procreación humana y con la finalidad de ofrecer al legislador un estudio solvente de los complejos problemas que subyacen en esta importante innovación tecnológica, mediante la elaboración de unas Recomendaciones que puedan servirle de orientación y apoyo para encuadrarlas en el marco legal adecuado y necesario. Este informe, permitió situar a España entre los primeros Estados que regularon esta materia.

⁴ Leonseguí Guillot, Rosa Adela, “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, *BOLETÍN DE LA FACULTAD DE DERECHO*, núm. 7, 1994-2012, pp. 320-322. En <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:bfd-1994-7-f4d6ac07/pdf> (Consulta: 12/06/2015).

⁵ Peralta Andía, Javier Rolando, *Derecho de Familia en el Código Civil*, Editorial Moreno. Lima, 2004, p. 372.

Por otro lado también se apunta que es un fenómeno de la última década que se presenta en países desarrollados, y que consiste en que una mujer es contratada para que sea inseminada con el semen del marido de una mujer infértil o con el de un cedente y procrear de esa forma un hijo. Al nacer éste, lo entrega al matrimonio que la contrató, cediendo la custodia del menor a favor del padre y renunciando a sus derechos materno-filiales para que el niño pueda ser adoptado por la pareja del padre⁶.

Asimismo, una definición amplia y comúnmente aceptada por la doctrina es la que resulta de la sentencia n° 826 de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, que establece que la gestación por sustitución: “Consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”.

Analizando este concepto podemos distinguir varios elementos:

Por un lado, es necesario que exista una mujer que acepta prestar su cuerpo para que le sea implantado un embrión ajeno llevando el embarazo a término, permitiendo de esta forma tener descendencia a personas que en otra forma no sería posible.

Por otro lado, existe un contrato (sobre el cual hablaremos más adelante) oneroso o gratuito en el cual la mujer gestante se compromete a renunciar a sus propios derechos como madre.

Finalmente, existe una persona o pareja, que aporta o no sus gametos, pudiéndose aportar estos por parte de unos u otros según el caso en el que nos encontremos.

En el caso de encontrarnos ante una pareja homosexual, uno de los miembros de la pareja será el que aporte su gameto. En el caso de que esta pareja sea heterosexual, los gametos se aportarán por parte de la mujer y del hombre o bien, por parte de la mujer u hombre solamente. En el caso de que solo el hombre aportara su gameto, tendría que producirse una ovodonación, bien por parte de la propia mujer que va a gestar o bien por otra diferente.

⁶ Mosquera Vasquez, Clara, *Derecho y Genoma Humano*, Editorial San Marcos, Lima Perú, 1997, p.48.

Llegados a este punto nos preguntamos qué es la ovodonación. Pues bien, la ovodonación⁷ es el proceso por el cual una mujer recurre a óvulos de una donante para poder conseguir el deseo de la maternidad. Los óvulos de la donante se unirán a los espermatozoides de la pareja receptora o del hombre soltero para obtener embriones; éstos se transferirán a la mujer gestante para dar lugar a este hijo deseado.

En la maternidad subrogada debe ser importante saber quién es la que aporta el óvulo, ya que a este aspecto no se le ha dado la debida importancia, pues si la solicitante (entendiendo por tal la persona que pide alquilar un vientre) no aporta el material genético, o sea, el óvulo, entonces nos preguntamos cómo podría alegar ser la madre del niño. Podría serlo sólo si lo adopta, de acuerdo a lo que la ley señale. En cambio, si la solicitante es la que aporta el óvulo, se crean lazos muy fuertes entre ella y el niño tales como la consanguinidad, la herencia, las características físicas y de personalidad. En tal caso, habría de señalarse que en un futuro, el menor se parecerá físicamente a la mujer solicitante, pues el material genético que tiene pertenece a ella, y así como esto habrá muchas cosas afines entre la solicitante y el niño. En tal caso parece que no puede decirse que la única madre es la mujer gestante, pues la aportación de la mujer solicitante al dar su material genético es fundamental.

Pero es que además, la maternidad no sólo estriba en que una persona geste y dé a luz un niño, tan importante es esto como la función de quien cuida y educa a un niño, de ahí que coloquialmente se diga que no es madre quien engendra sino quien educa.

De tal manera, que en la maternidad subrogada no encuentro obstáculo para que sea considerada la madre del niño la mujer solicitante. Esto no quiere decir que la mujer gestante no lo sea, pero si se habla de maternidad subrogada, debe considerarse madre a la mujer solicitante. Esto coincide con la teoría de la intención como veremos más adelante.

En cuanto a la filiación, en España, se determina por el parto o nacimiento y el reconocimiento ante el Registro Civil o mediante la adopción. También mediante un proceso judicial en que se le reconozca como hijo o hija de determinada persona. Así se desprende del artículo 10.2 de la LTRHA, al señalar que: “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.” Asimismo el apartado 3 del mismo artículo expone que: “Queda a salvo la posible acción de

⁷ En <http://www.ivi.es/pacientes/tratamientos-reproduccion-asistida/ovodonacion/> (Consulta 12/06/15)

reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

Por lo tanto, el padre biológico puede reclamar la paternidad, pero la madre aunque biológica, ya que ella ha podido poner su óvulo o proviene de un óvulo donado de otra mujer distinta de la gestante, esta madre solicitante no puede más que pedir la adopción.

2.2 Causas de la maternidad subrogada

Las motivaciones que pueden llevar a una pareja o persona, a solicitar esta práctica son variadas, entre ellas podemos subrayar las siguientes: en primer lugar se puede señalar como causa la esterilidad o infertilidad de la persona o pareja, para llevar a término un embarazo. En segundo lugar estaría la causa de una posible incapacidad para soportar “posibles consecuencias” que podrían ocurrir en la etapa gestacional. En tercer lugar se acude a la maternidad subrogada, cuando una mujer simplemente no quiere quedar embarazada, pero sí tener un hijo propio. En este caso nos encontramos ante una cuestión de estética, ya que se trata de mujeres que sin tener un impedimento como es la esterilidad o infertilidad, desisten de quedar embarazadas simplemente por conservar en buen estado su aspecto y forma física. Por ello contratan a una mujer que geste y dé a luz a un niño que finalmente les será entregado (en mi opinión, esta causa no es suficiente para permitirse la realización de esta práctica si se realizara una regulación en España).

Por último, este convenio puede también obedecer al anhelo de paternidad de los hombres solos o de parejas homosexuales de hombres que, no se olvide, pueden constituir un matrimonio y tienen derecho a la paternidad tras la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derechos a contraer matrimonio; el actual artículo 44.2º CC establece que: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

De las anteriores causas, las que se alegan con mayor frecuencia en la práctica, son las causas relacionadas con la esterilidad y la infertilidad y en algunas ocasiones por personas que desean conservar su físico. Es importante subrayar que de por medio se encuentra la vida y bienestar de un menor, por lo que se deben tener bien definidas las causas en que se puede permitir la práctica de la maternidad subrogada.

2.3 Modalidades de maternidad subrogada

Una vez vistos el concepto y las causas que conducen a la maternidad subrogada voy a proceder a analizar a continuación, las distintas formas que pueden plantearse: Atendiendo a la genética del menor, la maternidad subrogada puede ser por un lado, la que se denomina como tradicional, según la cual la madre gestacional aporta también su óvulo, pero el espermatozoide proviene del padre que solicita la subrogación o de un donante. El niño es concebido por medio de inseminación artificial o fecundación *in vitro*.

Por otro lado, puede ser la que se denomina como gestacional cuando óvulo y espermatozoide son aportados por la pareja que solicita la subrogación. En estos casos, la mujer embarazada no tiene ninguna relación genética con el niño, y se le conoce como madre portadora o madre gestacional. Este embarazo se alcanza mediante fecundación *in vitro*⁸.

En mi opinión y pese a la existencia de estas modalidades vistas, yo considero que sólo es maternidad subrogada cuando la gestante o portadora sólo presta su útero y no aporta el óvulo, y cuando la madre sustituta, presta su útero y aporta su óvulo, es simplemente madre.

Se podría realizar una segunda clasificación, atendiendo a las personas que optan por esta práctica. Cuando la elección de llevar a cabo la práctica de la maternidad subrogada es por parte de una pareja homosexual formada por dos varones, se acudirá a unir óvulos de la gestante u otra mujer con semen de uno de ellos o bien con semen obtenido a través de un banco de semen.

Por otro lado cuando la elección de llevar a cabo la práctica de la maternidad subrogada es por parte de una pareja homosexual formada por dos mujeres, nos encontramos ante el método ROPA (Recepción de Ovocitos de la Pareja) también conocido como maternidad compartida, que se ha convertido en una elección cada vez más popular. Como su nombre indica, la principal característica de esta técnica es que el tratamiento de FIV (fecundación *in vitro*), se comparte entre ambas mujeres: una de ellas se somete a la estimulación ovárica y aporta los ovocitos. Éstos se obtienen mediante punción ovárica y son fecundados con semen de donante procedente del banco de semen de la

⁸ En <http://www.babygest.es/tipos-de-subrogacion/> (Consulta 12/6/2015)

misma manera que en una FIV corriente, con la única diferencia que los embriones se transferirán al útero de la otra mujer, que gestará el embarazo y dará a luz. De esta manera, las dos mujeres participan activamente en traer al mundo a su hijo, siendo ambas sus madres biológicas: la primera como madre genética y la segunda como madre gestante.

La Ley de la Reproducción Asistida 14/2006, fue modificada para reconocer específicamente que ambas madres son progenitoras del niño nacido gracias a técnicas de reproducción asistida, tanto si han llevado el tratamiento por razones médicas o por elección, y esto último hace que esta donación de óvulos no anónima sea una excepción legal en el caso de parejas lesbianas.

En tercer lugar, en el caso de una pareja infértil, es decir, la mujer que no genera óvulos ni puede gestar, y el hombre es infértil, se puede recurrir a un donante de espermia y a una mujer que permita ser fecundada (artificialmente) y termine el proceso de gestación.

Una última clasificación puede ser la que resulta de atender al carácter lucrativo de esta práctica. Podemos encontrarnos con las modalidades; altruista, cuando la mujer que lleva el embarazo lo hace sin ánimo de lucro, es decir, no obtiene remuneración o pago por sus servicios. En este caso los padres biológicos se responsabilizan de todos los gastos médicos y legales, y es posible que se incluya compensación por otros aspectos que afectan al bienestar del embarazo y a la madre portadora, como atención psicológica y alimentación, entre otras. La segunda modalidad en esta clasificación sería la lucrativa, que se daría cuando la madre gestante ofrece llevar el embarazo a cambio de una suma de dinero. En este caso, las madres suelen trabajar por medio de una agencia especializada en maternidad subrogada.

3. Nacimiento del vínculo de parentesco en la maternidad subrogada: Ley aplicable a la filiación

Antes de situarnos en el momento actual en España, es conveniente retrotraerse a cuando estas técnicas no existían. En tal caso, la madre con plenos derechos era aquella que daba a luz al niño, era tanto la madre biológica, como la madre legal a efectos de la ley y de reconocimiento filial. Sin embargo, en la actualidad y gracias a estos métodos de reproducción asistida, la gestante, que es la que da a luz, no tiene por qué ser la madre biológica del niño, ya que puede haber otra mujer que aporte el óvulo.

Del hecho de que toda persona deba la existencia a su procreación por un hombre y una mujer, deriva su filiación biológica, respecto de sus progenitores, y también su filiación jurídica. Del hecho jurídico de la filiación deriva la relación jurídica de filiación (paternidad/maternidad), entendida como la existente entre generantes y generados, padres e hijo, con el conjunto de derechos, deberes y funciones que los vinculan en una de las más ricas y complejas instituciones jurídicas y humanas que el Derecho contempla.

La ley aplicable para determinar la filiación, es la ley personal del menor tal y como indica el artículo 9.4 del Código Civil⁹ que conforme al artículo 9.1 Código Civil¹⁰, es la ley nacional. En la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se incorporó una previsión en el artículo 9.4 del Código Civil que dice que, en caso de que no se pueda determinar la nacionalidad se aplicará la ley de residencia habitual del menor.

Por tanto, para la determinación de la filiación en casos de gestación por sustitución, se aplicará la ley nacional del hijo, del artículo 9.4 del Código Civil. El problema se encuentra en el acceso al Registro Civil Español. Hay pronunciamientos judiciales, resoluciones e instrucciones de la DGRN tratando de solventar este asunto.

4. La regulación de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico español

Es innegable que el Derecho de familia y, más concretamente la filiación, progresa de la mano de los continuos avances médicos que ofrecen nuevas opciones en materia de reproducción asistida e investigación, pero también innumerables problemáticas de orden ético, jurídico, psicológico, social, sociológico, económico, religioso, científico, etc., que precisan de una regulación que ofrezca soluciones y proteja los intereses de los posibles afectados, y especialmente a los menores, ya que,

⁹ Art. 9.4 CC: *El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo.*

¹⁰ Art. 9.1 CC: *La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.*

nos guste o no, en el caso de la gestación por sustitución, nos encontramos ante una realidad social que se encuentra en auge en los últimos años.

Aunque veremos más profundamente el tema de la regulación en España así como de la forma de reconocimiento de las resoluciones extranjeras e inscripción en el registro del nacimiento de estos hijos nacidos por gestación por sustitución en otros países cuando veamos el tratamiento jurisprudencial, adelanto ahora cómo está la situación legal pertinente a este trabajo en España actualmente:

En el ordenamiento español se encuentra recogida la prohibición de la técnica de gestación por sustitución, y así se predica su nulidad de pleno derecho en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida 14/2006, de 26 de Mayo.

La DGRN hizo pública una resolución en 2008 y una instrucción en el año 2010, que permite la inscripción en el Registro Civil a los menores nacidos por maternidad subrogada, pero esto no es más que una serie de directrices que da la DGRN. Una simple resolución que no tiene carácter imperativo de ley, es decir, que no tiene fuerza para su cumplimiento. Aunque no tiene fuerza de ley, se van dando pasos, poco a poco, hacia una regulación sobre esta técnica. En el tratamiento jurisprudencial ahondaremos en estas resoluciones de la DGRN. Esta Instrucción no cambia nada del sistema legal. Es una mera instrucción de un órgano de la administración que depende del Ministerio de Justicia, la cual debe ser cumplida, por los encargados del Registro Civil¹¹.

Hay varios fundamentos que explican que este contrato sea nulo de pleno derecho. Uno de esos fundamentos es, por ejemplo, el artículo 10.1 de la Constitución Española de 1978¹². Por su parte el art. 14 de la CE, aboga por la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin discriminación alguna. Otro fundamento legal de esa nulidad de pleno derecho de la gestación por sustitución está en el Código Civil. El art. 1261.2 del Código Civil¹³ señala que no puede haber un contrato cuando no hay un objeto cierto

¹¹ Art. 9 LRC 1957 y art. 2 LRC 2011.

¹² Art. 10.1 CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”

¹³ Art. 1261 CC: No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º Causa de la obligación que se establezca.

que sea materia de contrato, y es por ello que cabría cuestionarse si es el cuerpo humano puede ser objeto de contrato; la respuesta, evidentemente, debe de ser negativa. Por otro lado, el art. 1275 del Código Civil que literalmente nos señala que: “los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”. Además, muchos juristas reconocen que la maternidad subrogada es inmoral y contraria al orden público y las buenas costumbres (art. 1255 del Código Civil).

Pero es más, quien infrinja esa prohibición, tendrá las oportunas sanciones que se reflejan en la Ley 14/2006, además de en el del Código Penal Español, que castiga la gestación por sustitución en su art. 220.2 con una pena de prisión de 6 meses a 2 años a la persona que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación. El art. 221 del Código Penal, establece que se penarán esos casos donde medie compensación económica y no solo se castiga a quien entrega el niño, sino también a quien lo recibe y a aquella persona, tanto física como jurídica que haga de intermediadora, con unas penas de hasta los 5 años e inhabilitación en el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela o guarda.

Cuando alguien quiere tener un hijo mediante esta práctica es consciente de su voluntad de ser padre, pero no siempre lo es de las complicaciones legales, burocráticas y médicas que el proceso comporta, unidas al especial estado emocional en que vivirán la situación de la futura paternidad por todos los obstáculos que irán apareciendo, y al elevado coste económico que va a suponer. De ahí que sea conveniente contar con un asesoramiento integral que les guíe a lo largo de todo el camino, hasta la efectiva inscripción del nacimiento del menor y consiguiente reconocimiento de la filiación en España.

5. Determinación de la maternidad-paternidad

5.1 Atribución de la maternidad

Atendiendo a los diferentes aportes provenientes de distintas mujeres que se generan en la gestación por sustitución, corresponde preguntarse cuál de estas mujeres debe ser considerada madre legal. En la doctrina y jurisprudencia se encuentran diferentes posturas que iremos analizando en las páginas que siguen.

Como punto de partida vamos a comenzar con la Teoría de la preferencia de la gestante. El legislador español ha optado por la atribución de la maternidad por el hecho del

parto, siguiendo el sistema tradicional recogido por los juristas romanos que proclama: *mater semper certa est*. La madre siempre está determinada y solo habrá que atender al hecho del alumbramiento y a la identidad del hijo.

Un sector doctrinal¹⁴ señala que se prefiere a la mujer que durante nueve meses gesta y mantiene una larga comunicación tanto biológica como psíquica, afectiva, de manera que en relación con la maternidad es preferible a la mujer que aporta el material genético a la comitente.

Pero no cabe duda que los acuerdos de maternidad subrogada pueden hacer quebrar el tradicional principio de que el parto sigue al vientre –*partus sequitur ventrem*– que ha permitido atribuir el hijo sin necesidad de reconocimiento de la mujer que lo ha dado a luz, por lo que el principio *mater semper certa est* debiera cambiarse de sentido por *pater et mater incertos sunt*.

Por otro lado tenemos la teoría de la contribución genética. Un sector doctrinal considera que en el caso de que la gestante sólo aporte la gestación, la maternidad jurídica se debería atribuir a la mujer que aportó el gameto. Estos autores, ponen el acento en el elemento genético porque, a su juicio, es el que define la identidad de la persona, aunque reconoce la intensa relación existente entre la madre gestante y el feto durante el embarazo¹⁵.

De esta manera, los padres legales son científicamente verificables. Además es precisamente la conexión genética entre los padres y el niño lo que los lleva a optar por las técnicas de reproducción asistida en lugar de la adopción, que no puede satisfacer el anhelo de crear un hijo y de ver una versión de sí mismos¹⁶.

En materia jurisprudencial, el tribunal de Justicia de Ohio en *Belsito v. Clark* (1994), decidió utilizar la teoría genética para determinar a los padres naturales del niño. Considerando que es más fácil su aplicación que la teoría basada en la intención, sin perjuicio de que, es más respetuosa, además, con quien aporta el material genético y es

¹⁴ Vid. Por todos Rivero Hernández, F., *Elementos de Derecho Civil*, vol.II, J.L Lacruz/A.Luna/F.Delgado/F.Rivero, Bosch, Barcelona, 1987, p.165.

¹⁵ Pantaleón Prieto, Ángel Fernández, “Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida”. *Jueces para la democracia*, num. 5, 1988, pp.25 y ss.

¹⁶ Lamm Eleonora, *Gestación por Sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2012 p. 34

más acorde con la política pública, ya que hace el mejor interés del niño el compartir rasgos genéticos con sus padres. No obstante, esta teoría presenta algunos inconvenientes. Una parte de la doctrina la crítica por quitarle importancia a la contribución del parto por parte de la mujer. Por otro lado esta teoría presenta problemas cuando una tercera mujer dona el óvulo. En este caso, el niño no tiene relación genética ni con la mujer gestante ni con la que tiene la intención de criar al niño. Para esta teoría, la mujer que dona el óvulo tendría derecho a reclamar la maternidad, de ahí que el argumento más contundente en contra de esta postura es que la paternidad querida y deseada debe prevalecer por encima de la puramente genética.

Por último me voy a referir a la teoría de la intención. Para esta postura, madre es quien desea y quiere ser madre, quien tiene la voluntad de procrear, independientemente de su aporte genético y/o biológico.

Esta teoría fue desarrollada por el estado de California en el caso de Johnson v. Calvert de 1993. En este caso, por primera vez una Corte se enfrentó al interrogante sobre si la madre legal es aquella que da a luz al niño o la que proviene del material genético. Dado que tanto la madre genética como la gestante tenían una reclamación válida en cuanto a la maternidad, la Corte Suprema de California, se vio en la obligación de buscar un nuevo método para la atribución de maternidad y optó por recurrir a la intención de las partes al analizar el contrato de gestación por sustitución. Concluyó que la madre legal es aquella con la intención, con el propósito de procrear y de criar el niño. Para el razonamiento del tribunal, la gestante fue sólo una “facilitadora” de la intención de la madre genética.

Está claro que se rompe el principio *mater semper certa est*, y de que madre es la que da a luz, pero si las formas y condiciones para traer hijos al mundo han cambiado desde que se configuraron esos principios como únicamente válidos, no es útil solucionarse de la misma manera que la maternidad natural.

Según esta teoría, la verdadera paternidad resulta más del amar y servir que de suministrar el material genético. Si a esto se le suma la aparición de las técnicas de reproducción asistida que resaltan la importancia del elemento volitivo por encima del biológico o genético, que a su vez distingue, se debe concluir que esta verdad está en crisis, y esto en gran parte se debe a los cambios provocados por el uso de las técnicas

de reproducción asistida que importan una “desbiologización de la paternidad”, y estaríamos ante una filiación “socioafectiva”.

Tampoco esta teoría está libre de inconvenientes. En mi opinión, el principal problema, es como sucedió en el caso Baby M¹⁷ que en la gestación por sustitución, la “voluntad de procrear” es la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio, acudiendo a la implantación del embrión en el vientre de una tercera persona para su gestación y alumbramiento posterior. Se presupone que esta tercera persona carece de esa voluntad de procreación. ¿Pero y si cambia de opinión y aparece el elemento volitivo e intencional en la madre gestante, queriendo ser la madre ella? ¿Y si los padres comitentes se arrepienten, desapareciendo su intención? y, si nos acogemos a esta teoría de la intención, cuando un hombre deja embarazada a una mujer y esta quiere llevar a cabo el embarazo y tener el hijo, y el hombre no era su intención tenerlo y no quiere tenerlo ni tener responsabilidad alguna con respecto del hijo que él no considera suyo, ¿no sería padre?

5.2 Atribución de la paternidad

En relación con los problemas que la gestación por sustitución plantea a la hora de determinar la paternidad, deben distinguirse varios supuestos:

El primero se refiere a si la portadora está casada y al inscribirse el nacido como hijo suyo, actúa la presunción del artículo 116 del Código civil. Según este artículo “se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”. Si se aplicase esa presunción, se atribuirá la paternidad al marido. Este puede impugnarla conforme al artículo 136 del mismo Código, salvo en el caso de que haya sido el que aporta el gameto masculino reproductor.

A *sensu contrario*, no ofrece duda alguna que el varón de la pareja comitente que con sus gametos ha participado genéticamente en el nacimiento del niño que ha gestado y parido la portadora, puede accionar judicialmente y reclamar la paternidad, como señala el artículo 10.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida 14/2006, a

¹⁷ Fernández-Pacheco Martínez, C., “La maternidad subrogada en Norteamérica: la Sentencia de Baby M.”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 5 de mayo de 1988, pp. 647-684.

cuyo tenor: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

El segundo supuesto, hace referencia a que si no está casada la gestante, no habrá paternidad legalmente determinada hasta que por reconocimiento solemne, expediente registral o por acción de filiación así resulte, como se desprende del artículo 49 de la Ley de Registro Civil y del artículo 8.2 de la Ley 35/1988. Cabría, por tanto, el reconocimiento del hijo por parte del inseminador (art. 10 del CC), quedando entonces determinada la filiación como no matrimonial de mujer soltera y hombre casado. En el supuesto de que el comitente no quisiera reconocer al hijo, sería posible que el hijo ejercitara la acción de reclamación de filiación no matrimonial de acuerdo con el artículo 133 del Código civil.

5.3 Paternidad sin maternidad

En la actualidad, se encuentra reconocido y regulado por ley el matrimonio homosexual en muchos ordenamientos jurídicos, entre los cuales se encuentra el ordenamiento jurídico español.

En España, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, legalizó los matrimonios homosexuales, quedando equiparados a los matrimonios heterosexuales.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo vs Chile* 2012, señaló que: “ no existe ninguna base para afirmar que los hogares o familias homoparentales posean un factor anómalo que redunde directamente en una mala crianza [...], por lo tanto, si no hay razones objetivas que justifican excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de acceder a la maternidad/paternidad, no se puede alegar como único fundamento la orientación sexual, porque es considerada una categoría sospechosa y por ende, tal negativa sería tachada de inconstitucional por conculcar principios de Derechos Humanos como lo es el de igualdad”. La orientación sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños o las niñas con sus padres.

Pues bien, tratándose de una pareja homosexual constituida por dos varones, si éstos quieren tener un hijo “genéticamente propio” (aunque sea de sólo uno de ellos), deberán recurrir a la gestación por sustitución.

En estos supuestos de dos hombres debe primar la voluntad procreacional como elemento determinante por encima de la realidad gestacional y/o genética, por cuanto de este modo se ponderan los derechos de quien ha querido tener al niño y asumir la función parental, en este caso a favor de la pareja del mismo sexo que no puede procrear naturalmente.

En materia jurisprudencial, cada vez son más las sentencias de distintos países que reconocen la paternidad legal de dos hombres, surgida sobre la base de un acuerdo de gestación por sustitución, incluida España.

5.4 Paternidad de hombre solo

Hoy día son frecuentes los casos en los que un hombre, que no está casado ni en pareja, acude a la gestación por sustitución para tener un hijo. Por eso es importante dilucidar: ¿Qué sucede con la filiación en los casos de gestación por sustitución cuando el comitente es un hombre solo?

Respecto de la paternidad de hombre solo, encontraría su justificación en las siguientes razones: Por un lado nos encontramos con el derecho a la libertad y a recibir del Estado protección y respeto. Asimismo debe de tenerse en cuenta la asimilación con la adopción, en tanto en el Derecho español, la mujer sola o el hombre sólo pueden adoptar. Además, hay que tener presentes los valores humanos de igualdad, no discriminación, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad personal y familiar.

Especial mención hay que hacer en cuanto al derecho a procrear, basado en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y en la dignidad de la persona -en este caso del comitente-, como expresión del reconocimiento de sus derechos y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Por tanto, el derecho a la reproducción, como derecho fundamental, es un derecho que posee la persona por el hecho mismo de ser persona, derecho que le es inherente.

También hay que valorar y sopesar el expreso reconocimiento legal en la LTRHA de la maternidad de mujer sola pues consecuentemente, si se le reconoce el derecho a procrear a la mujer, también corresponde reconocérselo al hombre, pues en caso contrario constituiría una discriminación para el varón.

6. El contrato de maternidad subrogada en España

Siguiendo el art. 1.261 del C.C, existe contrato cuando concurren en el mismo, el consentimiento de los contratantes, un objeto cierto que sea materia de contratación y una causa de la obligación que se establezca. Por lo que *contrario sensu*, la ausencia de cualquiera de estos tres elementos, dan lugar a la inexistencia del contrato. La carencia absoluta o inexistencia de cualquiera de estos elementos esenciales provocarán la nulidad radical del contrato, en tanto que, se estaría infringiendo una norma de Derecho imperativo. Como sabemos, cualquier acto contrario a las normas imperativas o prohibitivas no debe tener existencia y validez jurídica.

Si aceptamos la concepción más amplia del contrato como equivalente a cualquier convención dirigida a crear, modificar o extinguir relaciones obligatorias y a constituir derechos reales y relaciones familiares, no ofrece duda alguna que el pacto de gestación por sustitución reviste tal naturaleza contractual¹⁸.

En la actualidad¹⁹ se puede aplicar la idea de contrato para designar todos los negocios jurídicos bilaterales de Derecho privado, abarcando tanto los de Derecho patrimonial, como los de Derecho de familia o sucesiones. En este sentido, que parece ser el más dominante en el campo doctrinal, debe reputarse contrato el acuerdo de maternidad subrogada.

Tal naturaleza jurídica del contrato de maternidad portadora o subrogada puede contemplarse desde una triple perspectiva: a) Como acto constitutivo; b) Como objeto de derechos disponibles, y c) Como relación jurídica derivada.

En el primer sentido puede hablarse de un contrato de inseminación en el que intervienen partes fisiológicas, como el embrión de la pareja y el útero de la mujer oferente, además de un pacto profesional referente a los facultativos intervinientes.

Como objeto de derechos disponibles, se dispone aquí de una parte del cuerpo, de algo personalísimo y se pretende negociar con ello y, finalmente, como relación jurídica derivada, produce sus efectos si el ordenamiento Jurídico autoriza o simplemente no prohíbe tal actuación.

¹⁸ En www.adrformacion.com/cursos/leycontra2/leccion1/tutorial2.html (Consulta 12/06/15)

¹⁹ Como ha puesto de relieve DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. I.* Introducción. Teoría del Contrato. Madrid, 1993, p. 122.

Además, el contrato de maternidad subrogada puede clasificarse de diversos modos, pero no cabe duda, de que existen diversos tipos de contratos: uno de arrendamiento de obra o de servicio entre el médico, la pareja y la madre portadora. Otro que sería un contrato atípico entre la madre de gestación y la pareja destinataria de la criatura y un tercer contrato de arrendamiento de servicio entre el médico y el hospital.

Sin cuestionarnos ahora la licitud de tal acuerdo, si hubiera que encasillar esta figura de la maternidad subrogada entre las figuras contractuales conocidas, habría que ubicarla dentro de las de arrendamiento de obra o de servicio.

Pero hay que tener presente que este contrato, no reúne las características propias de tales arrendamientos ya que presenta singularidades²⁰ (como que no se le puede pedir responsabilidad al médico por no haber conseguido la finalidad pretendida ya que el facultativo asume en realidad una obligación de medios y no de resultado y, además, se obliga a la portadora a la prestación de su organismo entero o *in totum*) lo que excluiría el arrendamiento de servicios. Además, hay que tener en cuenta que, por otra parte, existe la entrega del niño.

Por tanto, se trata de un contrato innominado (ello sin perjuicio de su ilicitud y de la nulidad de pleno derecho decretada por el legislador en el art. 10 Ley 14/2006) que no puede encasillarse con otras figuras contractuales, porque se trataría de una figura innominada de carácter mixto en cuanto participa de la *locatio operis*²¹, de la *locatio operarum*²², requiere la colaboración de terceros, puede ser onerosa o gratuita, etc., lo que determina una gran complejidad que no permite su encuadre en las actuales figuras contractuales.

²⁰ Lledó Yagüe, Fernando, *Fecundación Artificial y Derecho*. Tecnos, Madrid 1988, p. 149.

²¹ Es un contrato por el que una persona, llamada conductor, se obliga a realizar una obra para otra, llamada *locator*, a cambio de un precio. Lo importante en este contrato no es el trabajo realizado sino el resultado que se obtiene.

²² Es un contrato por el que una persona llamada *locator* se obliga a una determinada actividad a favor de otra persona llamada conductor a cambio de una remuneración llamada salario. Lo fundamental en este contrato es la actividad, no el resultado.

El *locator* tenía como obligación realizar cuidadosamente el trabajo para el que fue contratado y además de manera personal mientras el conductor tenía que pagar el salario acordado aunque la prestación sea imposible por causa ajena al *locator*.

Como dijimos anteriormente el contrato de maternidad subrogada puede clasificarse en: altruista, o bien en lucrativo. Entonces, si hay compensación económica, ¿Hay explotación? ¿Deben ser gratuitos estos contratos? Para algunos autores, la gestación por sustitución supone una explotación de la mujer debido a que conlleva a la utilización de las mujeres pobres por las ricas o, como consecuencia del turismo reproductivo, a la utilización de las mujeres de los países del tercer mundo, por las mujeres de países del primer mundo. Sin perjuicio de que también puede conllevar a situaciones de abuso respecto de el o los comitentes, generalmente “desesperados” por tener un hijo.

En los Estados Unidos (EE.UU.), donde si tienen peso jurídico estos contratos, como sucede en California, los contratantes pagan a la gestante y a la agencia (la cual selecciona a las madres subrogadas, supervisa su fecundación, el cuidado médico durante el embarazo y el nacimiento, al tiempo que elabora el contrato especificando los derechos y las obligaciones de las partes) una cantidad que generalmente es mucho mayor que una compensación razonable por los gastos teóricamente básicos derivados de la gestación, ya sean médicos, legales o psicológicos. Así la suma de dinero desembolsada asciende a los 35.000-100.000 dólares, de los cuales la embarazada recibe una cuarta parte, cantidad mucho mayor que la inicial de 10.000 dólares.

Con todo ello, es posible identificar un conjunto de obligaciones particulares que surgen para las partes del contrato. Así, para el caso de la madre subrogada, éstas consistirán por un lado en permitir ser inseminada artificialmente con la esperma del padre biológico; por otro lado en llevar el feto en su vientre hasta el nacimiento del niño y finalmente en renunciar a los derechos de custodia sobre el recién nacido en favor del padre biológico y su esposa.

Por su parte, en contraprestación a las obligaciones asumidas por la madre subrogada, los comitentes o solicitantes, se obligan por un lado a pagar todos los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo. Asimismo asumen la responsabilidad de custodia sobre el recién nacido y como regla general pagan a la madre subrogada una compensación.

6.1 El contrato

En relación con el contrato de maternidad subrogada, establece el artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo de 2.006 sobre técnicas de reproducción humana asistida

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

Entre los motivos por los que tendría lugar su nulidad podemos citar tres. En primer lugar, la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción. Así lo señala el artículo 1.271 del Código Civil, que prescribe que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres. Pero además, constituiría un servicio que iría contra las leyes, la moral o las buenas costumbres, siendo la causa del contrato ilícita por ir contra la moral (art. 1275 CC).

Por todo ello, el legislador español considera nulo el contrato de gestación por sustitución, tanto con precio como sin él.

6.2 Problemas que el incumplimiento del contrato puede plantear en la práctica

En cualquier lugar en el que se recurra a la maternidad subrogada pueden surgir ciertos interrogantes. ¿Qué sucedería si la madre subrogada se arrepiente y no quiere entregar al niño? ¿Y si decide interrumpir el embarazo o pide más dinero previamente a la entrega? ¿Qué sucede si los comitentes quieren recibir un hijo y la gestante se queda embarazada de dos o más? ¿Y si se echan atrás y no quieren recibirlo? ¿Y si...?

En la jurisprudencia de EEUU nos encontramos con múltiples supuestos relacionados con incumplimientos de contratos de subrogación. El más conocido es el caso de «Baby M», que tuvo lugar en 1986 en New Jersey. En dicho caso, el acaudalado matrimonio Stern contrató a una madre subrogada, que fue quien también aportó el óvulo para la fecundación, para que gestara a su futura hija.

Tras producirse el nacimiento de la niña, la gestante se negó a ceder la custodia alegando que no podía desprenderse del niño, por lo que los padres comitentes iniciaron un procedimiento judicial al respecto. El Juez de primera instancia determinó que el contrato era válido y entregó la custodia al matrimonio Stern, pero la madre biológica apeló al Tribunal Supremo del Estado de New Jersey que revocó el fallo de primera

instancia y declaró la nulidad del contrato (al constatar que no se había prestado un consentimiento válido por la madre en la firma del contrato). No obstante, en aplicación de la teoría del interés superior del menor, valoró cuál era la opción que mejor protegía los intereses de la niña y respetó la custodia a favor de los comitentes por considerar que le podrían proporcionar una mejor calidad de vida, concediendo derechos de visita a favor de la madre biológica.

Desde el caso de “Baby M”, los Tribunales de EEUU han tenido que pronunciarse en muchas ocasiones, variando los criterios en cada uno de los Estados, como en el caso «Johnson vs Calvert» de 1993, en que el Tribunal Supremo de California elaboró la teoría de la intención a la hora de adjudicar la custodia de los menores nacidos mediante esta técnica, con base en la cual hay que determinar quién tenía el verdadero propósito de tener un hijo, o si la madre gestante se habría quedado en cinta de no haber mediado la oferta contractual de los comitentes.

También encontramos en EEUU algún caso en que ha habido gestantes que han logrado quedarse con la custodia de los menores que han dado a luz al ganar la batalla judicial.

Pero en EEUU, cuando ha estallado un conflicto de intereses entre la madre gestante y los padres comitentes la justicia se ha inclinado a considerar que el contrato es soberano y que la gestante ya expresó su voluntad en el mismo. Para la justicia de EEUU la madre gestante desaparece hasta el punto de que ni siquiera aparece en la partida de nacimiento en donde los jueces suelen admitir que figuren los padres comitentes, como si el parto mismo fuese el de la madre comitente si la hay.

A pesar de lo anterior, en mi opinión la gestante es la que pone su cuerpo y su salud física y psicológica y por tanto, habría de protegerse sus derechos junto a los del niño. El inconveniente es que al tener en cuenta estos derechos, entonces el resultado es que las parejas o personas comitentes se van al mercado libre y no regulado porque no quieren someterse a un contrato que los deja a merced del derecho de la gestante a arrepentirse o a cambiar de voluntad.

A pesar de que estos contratos, se encuentran expresamente prohibidos y sancionados en nuestro país, nos encontramos mecanismos legales que permiten la inscripción registral de los nacidos a partir de dicha técnica, alcanzándose jurídicamente, por tanto, los efectos últimos del contrato, lo que supone una total incongruencia que crea un clima de incertidumbre e inseguridad jurídica, siendo clara la necesidad de una

regulación en la materia que proteja a todas las personas que intervienen en el proceso, especialmente, el interés superior del menor y el de la madre gestante.

Tendríamos que plantearnos por qué, una vez llegados hasta este punto (que se han admitido sistemas de convalidación de sus efectos), no se es capaz de continuar regulando esta figura, abarcando en todo lo posible aquello que puede o no puede hacerse o lo que pudiese ocurrir en hipotéticos casos.

Por todo ello, sería conveniente que se regulara el acuerdo; se formalizara por escrito, con todos los requisitos y condiciones a que se somete la relación contractual.

7. El turismo reproductivo

Las diferentes respuestas de los diversos ordenamientos jurídicos provocan una consecuencia inevitable que es el turismo reproductivo, el cual puede definirse como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país para acceder a las técnicas de reproducción asistida. La razón principal es la evasión de la ley cuando la técnica está prohibida ya sea por sí misma o cuando un grupo particular se encuentra excluido del acceso al tratamiento (como por ejemplo parejas homosexuales, personas solas, personas mayores de una determinada edad, etc.). Otras razones son la mejor calidad de la atención y el costo más barato del tratamiento.

En mi opinión, en relación con la gestación por sustitución, objeto de este trabajo, varias personas o parejas que viven en países donde se prohíbe la gestación por sustitución y que están deseosas de tener un hijo, no les queda otra opción que acudir a los países en los que sí se permite esta práctica. De esta manera, se incrementan los casos de personas que viajan a un país donde pueden acudir a la gestación por sustitución de manera legal.

Desde el punto de vista legislativo, la gestación por sustitución es una técnica reproductiva regulada en muy pocos países, prohibida en otros y no regulada en los demás:

Entre los países donde está permitida la subrogación gestacional, incluso la lucrativa, podemos encontrarnos: Estados Unidos (en la mayoría de los Estados aunque la legislación varía de un Estado a otro), República Sudafricana, Ucrania. De acuerdo con las nuevas leyes ucranianas, los padres biológicos del niño gestado por una madre portadora se reconocen automáticamente como padres del mismo, sin que se requiera el consentimiento de la madre de alquiler.

Por otro lado entre los países donde sólo está permitida la subrogación gestacional no mercantil, nos encontraríamos con Australia, Gran Bretaña (se puede cubrir los gastos corrientes de la madre de alquiler), Dinamarca (con serias limitaciones), Israel, Canadá, Países Bajos (quedan prohibidas la publicidad del alquiler de vientres, las ofertas de los servicios de madres de alquiler y la selección de estas últimas), algunos Estados norteamericanos (New Hampshire, Virginia).

Además de en España los países donde la subrogación gestacional queda prohibida, entre otros son: Austria, Alemania (la responsabilidad recae sobre los médicos y mediadores y no sobre los padres y la madre de alquiler), Noruega, Suecia, algunos Estados norteamericanos (Arizona, Michigan, Nueva Jersey), o Francia.

También existe el caso de países en los que esta práctica no viene regulada por la ley pero se realiza como es el caso de Bélgica, Grecia, Irlanda, Finlandia.²³

Pero eso sí, no cualquier mujer en los países que es legal puede ser gestante, sino que ha de cumplir unos requisitos. Es obligatorio que tengan al menos un hijo, que gocen de buena salud y que tengan hábitos saludables. También se suele requerir que tengan unas condiciones socioeconómicas estables porque intentan que no lo hagan por necesidad económica, aunque la gestante suele recibir una compensación económica por las molestias ocasionadas por el embarazo y que ronda entre los 20.000 y 25.000 euros, según las agencias de gestación por sustitución.²⁴

Este turismo verdaderamente empieza a ser preocupante, ya que solo se puede realizar por aquellas personas que se lo pueden permitir, debido a que tiene un alto coste y además de ello, puede que no se den las mejores garantías para la madre y el niño en cuanto a seguridad de los servicios que se les ofrecen. Se exponen evidentemente a una situación de riesgo e inseguridad para su salud.

Hay que resaltar, por ejemplo, el conocido peregrinaje de parejas españolas a California (Estados Unidos), país donde sí que está permitida la maternidad por sustitución y donde el reconocimiento de la filiación que puede resultar de un acuerdo de gestación por sustitución no es automático, sino que requiere que, una vez celebrado, la parte

²³ En <http://surrogacy.ru/> (consulta: 11/06/2015).

²⁴ En <http://www.rtve.es/noticias/20140801/preguntas-respuestas-sobre-gestacion-subrogada-vientres-alquiler/976260.shtml> (consulta: 11/06/2015).

interesada inste el procedimiento judicial regulado en la sección 7630 (f) del California *Family Code*, dirigido a determinar la filiación que pueda derivar, conforme con la voluntad de las partes (intención) expresada en el acuerdo. Cuando quien recurre a la gestación por sustitución es una pareja homosexual, la sentencia puede ordenar que conste el nombre de los dos hombres en el certificado con el término *parent* delante de cada nombre.

Por otro lado refiriéndonos a Europa, quiero hacer mención a Reino Unido, donde si es legal el alquiler de útero de una mujer, siempre que no sea con ánimo de lucro, salvo posible resarcimiento acordado, en lo que tenga que ver con los gastos que sean razonables o necesarios, como por ejemplo la manutención, revisiones médicas y el sueldo dejado de obtener (lucro cesante)²⁵, en caso de que ésta esté trabajando.²⁶

Siguiendo con Europa, en Francia, el *Comité National D'Ethique* ha rechazado la maternidad subrogada. Ha recomendado que no se modifique la legislación vigente para dar cabida a la misma. En Alemania, la legislación alemana establece una sanción de pena privativa de libertad de hasta 3 años o de una multa a quien fecunde artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros tras su nacimiento.

A raíz de este turismo reproductivo, cada vez hay más clínicas o agencias de reproducción asistida con una cierta conexión o cobertura con otras en el extranjero, en esos países donde si está legalizada la técnica. En estas agencias se tramita tanto la elección de la gestante, como la remuneración, el hospital o clínica donde asistir, las revisiones de la gestante durante el embarazo, además de las tramitaciones y documentación en cuanto a los procedimientos de filiación en el RC, de la futura criatura nacida. Tanto la “agencia o clínica” tramitadora como a la que tramita y la mujer gestante, obtienen un lucro o beneficio con esto.

La variación de precios entre países tiene un componente controvertido. El problema es que las agencias exportan el negocio al tercer mundo legal para maximizar los beneficios. A estas empresas no les interesa una ley en España que lo regule y legalice.

²⁵ En España se encuentra regulado en el art. 1.106 CC.

²⁶ Reino Unido. art. 36 de la Ley de 1 de noviembre de 1990, de fertilización humana y embriología, y la Ley de Acuerdos de Subrogación de 1985.

Uno de los lugares que ofrece una seguridad jurídica y médica total a la madre gestante, a los padres y al menor es California.

Al factor económico se le une la facilidad que ponen los distintos países a padres solteros u homosexuales. Aunque Ucrania es uno de los destinos más frecuentados, México está ganando protagonismo porque permite este servicio a ambos colectivos, algo que Ucrania prohíbe.

En la época de crisis que se está atravesando a nivel mundial, no es nada extraño que cada vez crezca más el auge de estas mujeres que prestan su vientre a cambio de dinero. Se puede llegar a la conclusión de que la maternidad subrogada, es un gran negocio que mueve millones, en la que, por supuesto, siempre existen fraudes y engaños, además de llevar a muchas mujeres a prestarse a estas prácticas por necesidades económicas. Cabe plantearse si no sería una forma de erradicar este turismo, la legalización en nuestro país de esta práctica junto con la armonización de las demás normas.

Además, de este turismo reproductivo, surge el problema en los Registros Civiles consulares españoles, porque los Encargados están obligados por el artículo 23 de la Ley del Registro Civil, y por los artículos 81 y 85 de su Reglamento (artículos que veremos en páginas posteriores), a realizar un control de legalidad previo de toda solicitud de inscripción que se presente a su calificación, para determinar si es conforme con la Ley española. Si se comprueba que los menores a los que se quiere inscribir, son consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, prohibido en España, deberá denegarse la inscripción.

Esta ha sido la actuación habitual de los Encargados de los Registros Civiles consulares españoles, la cual ha sido ratificada por la jurisprudencia existente en la materia (entre otras, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010²⁷. y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23-11-2011)²⁸.

No obstante, esta postura se vio alterada por la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la

²⁷ Diario La Ley, nº 7526, Sección: La Sentencia del día, 13 Diciembre de 2010, editorial La Ley, (La Ley 152885/2010).

²⁸ En *El Derecho* EDJ 2011/280304.

filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, publicada en el Boletín Oficial del Estado, con fecha 7 de octubre²⁹.

Por consiguiente y a partir de esta Instrucción, surge la cuestión de si deberán los Encargados de los Registros Civiles consulares, atenerse a las directrices establecidas en la misma y admitir las inscripciones de filiación de los menores nacidos como consecuencia de contratos internacionales de gestación por sustitución, que antes denegaban, resolviéndose los obstáculos existentes.

Pasamos ahora a ver el tratamiento jurisprudencial que se ha llevado a cabo en España en relación con la gestación por sustitución, en relación con el reconocimiento de las resoluciones judiciales o certificaciones registrales extranjeras y en el que veremos estos artículos y su aplicación e interpretación realizada, así como la citada instrucción y demás aspectos importantes.

8. Un caso de actualidad: líneas seguidas por la DGRN y por la jurisprudencia española

8.1 Primera instrucción de la DGRN y la Sentencia fruto de su recurso por el Ministerio Fiscal

El caso que abrió las puerta y puso de manifiesto la problemática que genera el hecho de que los españoles recurran a la gestación por sustitución en el extranjero es el de un matrimonio homosexual español, formado por dos varones, casados desde octubre de 2005, que acudió a la gestación por sustitución en California, naciendo gemelos.

Es importante resaltar que se trataba de un matrimonio homosexual, porque fue precisamente ese dato lo que permitió advertir la existencia de la gestación por sustitución (puesto que resultaba imposible que los dos varones fueran los padres de los niños, por ser necesaria para la procreación la concurrencia de una mujer que aporte sus óvulos y que lleve a cabo la gestación) e hizo público el conocimiento de una práctica que hacía ya tiempo que se llevaba a cabo. Sucede que en los casos anteriores se trató de parejas o matrimonios heterosexuales que, por no ser de fácil advertencia la existencia de la gestación por sustitución, fueron capaces de obtener con éxito la transcripción de las actas de nacimiento extranjeras en el Registro Civil español, sin mencionar la

²⁹ En *BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO* Núm. 243 Jueves 7 de octubre de 2010 Sec. I. Pág. 84803 y en *El Derecho* EDB 2012/195612.

existencia de la gestación por sustitución y haciéndolos pasar como nacidos por filiación natural. Consecuentemente, este caso, también puso en evidencia el diferente trato que podía recibir una pareja según fuera heterosexual u homosexual.

Así a diferencia de lo que venía sucediendo y venían realizando las parejas heterosexuales, este matrimonio no pudo inscribir el nacimiento de los gemelos como hijos de ambos en el Registro Consular de España en el Estado de California, ya que el encargado del Registro Civil Consular denegó la inscripción solicitada, alegando que el contrato era nulo de pleno derecho, basándose en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, el cual prohíbe la gestación de sustitución con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Asimismo en su apartado segundo este artículo, establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

Señala esta resolución que no se cumplían, de esta manera, dos de los requisitos establecidos en el art. 23 de la ley del Registro Civil: el de la conformidad con la ley española y el de la realidad del hecho inscrito³⁰.

A partir de aquí el matrimonio interpone recurso ante la Dirección General de Registros y del Notariado, que mediante la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009³¹, estimó el recurso interpuesto por el matrimonio, contra la negativa del encargado del Registro Civil Consular español en Los Ángeles. Asimismo esta resolución, estableció que la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de sujeto español acaecido en el extranjero puede tener lugar:

1. A través de la correspondiente declaración del sujeto (art. 168 del Reglamento del Registro Civil) o
2. A través de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido.

En el caso de inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera, hay que acudir a las normas específicas que en

³⁰ La doctrina de la DGRN sobre inscripción de nacimiento habido fuera de España exigía para inscribir en el Registro español tres requisitos, de conformidad con el art.23 de la Ley del Registro Civil: en primer lugar, el certificado del Registro extranjero; en segundo lugar, la realidad del hecho inscrito, y en tercer lugar, su conformidad con la ley española.

³¹ En *El Derecho*, EDD 2009/16359.

Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. En consecuencia, y visto que existe una "decisión extranjera" en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de Derecho aplicable, sino una cuestión de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España, en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro.

En tal caso, apunta la resolución que por aplicación del art. 81 del Reglamento del Registro Civil se excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del art. 9.4 del Código Civil. Por tanto, también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006. Además, indica la resolución que las certificaciones registrales extranjeras deben superar un control de legalidad que no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española.

Según el art. 81 del Reglamento del Registro Civil, el documento extranjero debe satisfacer diversas exigencias legales para acceder al Registro Civil español³².

Por otro lado, apunta esta resolución que la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones, no vulnera el orden público internacional español, ya que también en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción. Además, otro

³² Dicho control de legalidad se compone de diversos requisitos. Se exige que la certificación registral extranjera sea un documento "público". Con arreglo al art. 323.2 de la LEC, un documento extranjero puede ser considerado como "público" cuando:

1. En la confección de dicho documento se han observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento pueda ser considerado como "documento público" o documento que hace "prueba plena en juicio"
2. y siempre que se acompañe de la correspondiente legalización (art. 88 del Reglamento del Registro Civil) o apostilla.
3. Por otro lado, se exige igualmente que el documento se presente con la correspondiente traducción (Art. 86 del Reglamento del Registro Civil), como también ha sucedido en el caso.
4. El art. 85 del Reglamento del Registro Civil, que indica que "Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española".

motivo que considera esta resolución, es que en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo³³. Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por razón de sexo.

La resolución citada sostiene también que el interés superior del menor reconocido por el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño llevada a cabo en Nueva York en 1989, exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres. En este sentido, se alega su derecho a una identidad única que se traduce en una filiación única válida en varios países. De este modo, considera esta resolución de la DGRN que la inscripción de la certificación registral Californiana en el Registro Civil español es el modo más efectivo para dar cumplimiento a este derecho de los menores a su identidad única por encima de las fronteras estatales, de modo que sus padres no sean distintos cada vez que cruzan una frontera.

Por otro lado, es claro que los contratos de gestación por sustitución, están expresamente prohibidos por el artículo 10 de la Ley 14/2006 y es indudable también que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, tal y como señala el apartado dos del mismo artículo. Pero ahora bien, apunta esta resolución que dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español.

Finalmente y siguiendo la misma postura, apunta esta resolución que el art. 17.1 a) del Código Civil, indica que son españoles los nacidos de padre o madre españoles. Por tanto, el precepto no exige que haya quedado determinada legalmente la filiación. Es suficiente que quede acreditado el hecho físico de la generación.

Por todo esto, esta Dirección General estima el recurso y ordena que se proceda a la inscripción, en el Registro Civil Consular, del nacimiento de los menores.

³³ Art. 7.3 de la Ley 14/2006: “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”

Hasta aquí hemos resumido los hechos y fundamentos adoptados por la DGRN en la resolución de 18 de Febrero de 2009. Pero, poco después, ésta fue recurrida por el Ministerio Fiscal en defensa del principio de legalidad y ordenó dejar sin efecto la inscripción. Fruto de ello, tenemos la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia, de 15 de Septiembre de 2010 que estimó íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal.

Esta sentencia, respecto a la exclusión de la aplicación del art. 10 de la LTRHA seguido por la DGRN de 18 de febrero de 2009 y a la exigencia de una comprobación meramente formal de lo inscrito en el registro extranjero, argumenta que no es posible perder de vista el hecho de que el art.81 del Reglamento del Registro Civil es una norma que desarrolla otra de rango superior. Esta norma, es el art. 23 Ley del Registro Civil cuyo tenor literal advierte que “también podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”. Esto implica, en opinión del titular del juzgado, la necesidad de que el encargado del Registro compruebe que si el hecho hubiera ocurrido en España sería legal, es decir conforme al art. 10 de la LTRHA.

Así, el artículo 10 establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución con independencia de que medie o no precio, por tanto debe impedirse el acceso al Registro Civil de la inscripción.

En cuanto el orden público internacional español, el argumento que utiliza la resolución de la DGRN de 18 de Febrero de 2009, justificando que la inscripción no lo vulnera, se formula en forma de silogismo, señalando que si los hijos adoptados pueden tener dos padres varones y la ley no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales los hijos naturales deben poder tener dos padres varones naturales. Según esta sentencia, la propia lectura del argumento provoca su desestimación, los hijos naturales no pueden tener dos padres varones naturales por la sencilla razón que los varones no pueden, en el estado actual de la ciencia concebir ni engendrar.

En cuanto a la violación del art. 14 CE que argumentan los solicitantes, el titular del Juzgado consideró que la no procedencia de la inscripción no nace, de que los solicitantes sean varones, sino de que los niños nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, el hecho determinante es la forma del

alumbramiento. Añade el titular del Juzgado que quizá en supuestos de mujeres o parejas heterosexuales existirá el problema del conocimiento por parte del encargado del registro de que se encuentra ante un supuesto de gestación por sustitución pero una vez conocida esta circunstancia la consecuencia debe ser la misma denegar la inscripción.

En cuanto al interés superior del menor, también se aconseja en esta resolución de la DGRN, la inscripción en el Registro Civil español de la filiación que consta en el registro extranjero, pues en caso contrario los menores podrían quedar privados de filiación inscrita en el Registro Civil y los menores tienen derecho a una identidad única. Resulta indudable que esta afirmación es acertada, pero la consecución de ese fin no legitima actuaciones contrarias a ese propio ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el derecho español establece.

Por todo ello, esta sentencia estima la demanda interpuesta por el ministerio fiscal, dejando sin efecto la inscripción de nacimiento realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles.

8.2 Una nueva defensa de la inscripción por parte de la DGRN

Ante la complejidad de la situación que presentaba la gestación por sustitución internacional en España, atenta además a la aparición de nuevos casos solicitando la inscripción de nacimientos en los registros consulares, la DGRN reaccionó de nuevo esta vez con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, a efectos de unificar la práctica registral y con la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución. Mediante esta instrucción, se pretendió fijar los criterios que determinaban las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante estas técnicas.

En consecuencia, la DGRN acuerda establecer y hacer públicas una serie de directrices: En primer lugar, no se admitirá a efectos de inscripción del nacimiento y filiación, la presentación de certificación registral extranjera o una simple declaración a la que se acompañe una certificación médica del nacimiento en que no conste la identidad de la madre subrogada. Además, se establece como previo requisito para el registro de los niños nacidos de madres de alquiler que hayan renunciado a su filiación materna, la

presentación ante el Registro Civil de una resolución judicial que haya dictado un Tribunal competente del país de origen, para que quede demostrada la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción. Asimismo, dispone esta Instrucción de la DGRN que así quedará verificado que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico ilegal de menores.

Esta Instrucción, determina que la filiación del menor, dictada por un Tribunal extranjero, debe ser incorporada según la doctrina plenamente consolidada del Tribunal Supremo, reconocida en España de conformidad con los artículos 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, el *exequátur* (si esa resolución extranjera fue dictada mediante un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa). Siendo así que el encargado del Registro Civil denegará la inscripción de la resolución, si no se ha hecho previamente el *exequátur* de la misma.³⁴

En caso de que la resolución judicial derive de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, la inscripción de la filiación no queda sometida al requisito del *exequátur*, sino al reconocimiento de la resolución como requisito previo por parte del encargado del Registro. En este control, el encargado deberá verificar que tienen lugar las siguientes circunstancias³⁵: En primer lugar, la regularidad y autenticidad de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. En segundo término, se verificará que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. Asimismo, se observará que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. En cuarto lugar y no por

³⁴ El citado artículo 954 de la LEC de 1881 sostiene al respecto lo siguiente: “Las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las siguientes circunstancias: a) que haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal; b) que no haya sido dictada en rebeldía; c) que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido de lícita en España; d) que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieran para que haga fe en España”.

³⁵ Estos requisitos están establecidos en la Instrucción de los Registros y del Notariado publicado el 7 de octubre de 2010 en el BOE, en su Disposición primera, apartado tercero.

ello menos importante, se comprobará que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante³⁶.

Con todo esto, se ha regulado la inscripción en el Registro de los nacidos en el extranjero mediante una práctica que en España es ilegal. Antes de la Instrucción se inscribía a la madre biológica y figuraba como madre; ahora, sin cobertura legal se podrá inscribir a la pareja que alquila el vientre como progenitora, lo que puede interpretarse como una clara elusión de la prohibición legal contenida en el artículo 10.1 de la Ley 14/ 2006.

Ahora paso a exponer los aspectos que me parecen más importantes de la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Valencia de 23 de noviembre de 2011, para llegar a un buen entendimiento del asunto de la inscripción que estoy abordando. Además esta sentencia es continuación del caso del matrimonio homosexual, formado por dos varones. Este pronunciamiento, al confirmar la sentencia de Primera Instancia que canceló la inscripción de los nacidos y la dejó sin efecto, sigue la misma dirección que la seguida por la Instrucción de la DGRN de 2010 y por la reciente Ley del Registro Civil de 2011.

Según esta sentencia, y como ya sabemos, el asunto se trata de decidir si una certificación registral extranjera que documenta una filiación que es consecuencia de la gestación por sustitución, puede acceder al Registro Civil español pese a la prohibición de la ley española. Para ello debe tenerse en cuenta el tenor del artículo 23 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1.957³⁷, anteriormente ya expuesto en páginas anteriores y en el que esta sentencia sigue haciendo hincapié.

³⁶ En particular, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

³⁷ En la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, se regula este aspecto en los artículos 36 y 37. Esta Ley en su Disposición final décima, establece que la misma entrará en vigor a los tres años de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta, que entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Sin embargo la misma no llegó a entrar en vigor en dicha fecha, como consecuencia del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que estableció una prórroga de la entrada en vigor de esta Ley, en la parte que al día de la publicación de este Real Decreto-ley no hubiera entrado en vigor, hasta el día 15 de julio de 2015.

Encontramos por lo tanto en el texto de la ley un impedimento para la inscripción de la filiación certificada por los funcionarios estadounidenses, consistente en su contrariedad a la legalidad española y en concreto al artículo 10 de la Ley 14/2006.

Apunta esta sentencia que ni el artículo 85 del Reglamento del Registro Civil,³⁸ ni tampoco el artículo 81 pueden ser invocados para contrariar esta prohibición, en virtud del principio de jerarquía normativa reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución Española. Por tanto y como ya hemos visto, previamente a acordar su inscripción la certificación extranjera, tendría que superar un control de legalidad, como ha afirmado la Dirección General de los Registros y del Notariado que deriva del artículo 23 de la Ley del Registro Civil y del artículo 85 de su Reglamento.

También considera esta sentencia que existen otros importantes obstáculos a la inscripción en Registro Civil español de la filiación pretendida. Estos obstáculos, radican en la infracción por la certificación registral californiana del orden público internacional español³⁹ y que coinciden con las razones que llevaron al legislador español a prohibir, conforme al Derecho actualmente vigente en España, el contrato de gestación subrogada o por sustitución; en concreto, se trata de los problemas que suscita esta figura en relación con principios tales como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así como la propia dignidad de la persona. Principios reflejados, además de en el artículo 10.1 de la Constitución Española, en su artículo 15, que reconoce el derecho a la integridad moral, el artículo 39.2 de la misma norma

En esa fecha deberán entrar en funcionamiento una nueva plataforma digital para la tramitación de los certificados y expedientes del Registro civil. El desarrollo de esta plataforma electrónica correrá a cargo de los registradores mercantiles, pero hasta que esté a pleno rendimiento, los jueces seguirán cumpliendo con esta función.

³⁸ "Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente".

³⁹ Tal y como prescriben para sus respectivos ámbitos los artículos 954.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 y el artículo 23 de la ley de Adopción Internacional y 34.1 del Reglamento 44/2001.

fundamental que proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil.

Así en este mismo sentido, tenemos el artículo 1.271 del Código Civil que prescribe que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres y el artículo 1.275 del mismo cuerpo legal, que impide la producción de efectos a los contratos con causa ilícita.

También hay que tener en cuenta según esta sentencia que tampoco la sentencia recurrida, implica una infracción del principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo, de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución española, en cuanto que en el artículo 7.3 de la ley 14/2006, permite la inscripción en el Registro de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres, mientras que no se permite la inscripción a favor de dos hombres, pues las parejas de dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación: de modo que no puede considerarse discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual.

En lo que respecta al interés superior del menor, la SAP de Valencia insiste en que la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la propia ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados mediante el mecanismo que consagra el art. 10.3 LTRHA y a la institución jurídica de la adopción regulada en los arts. 175 y siguientes del Código civil en concordancia con lo establecido por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010.

Además, para la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, también podría defenderse que la prohibición de la gestación por sustitución persigue, al menos en abstracto, la defensa del interés de los menores, pues como se ha dicho, pretende impedir que la vida humana sea objeto del comercio.

Por todo ello esta Sentencia, desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandados contra la sentencia dictada por el Juzgado de V Instancia número 15 de Valencia el día 15 de septiembre de 2.010 y confirma la citada sentencia.

Por lo tanto esta sentencia, no aplica la instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Y es que aunque la IDGRN ha permitido regularizar la situación de algunos niños y otros

efectos, lo cierto es que se hace necesario que la gestación por sustitución sea debidamente regulada.

Pero la instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución si se ha aplicado a pesar de que esta sentencia no lo hace. Como hemos visto el trámite para inscribir a los niños en el Registro español se suele llevar a cabo en los consulados. Sin embargo, en un caso resuelto en 2012 también se logró la inscripción cuando ésta se tramitó directamente en España. Se trata de una mujer que acudió a la gestación por sustitución en California, y quiso inscribir a los gemelos directamente en el Registro Civil en España. Ante la denegación de la inscripción, acudió a la justicia. El 25 de junio de 2012, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Pozuelo de Alarcón, estima la demandada y acuerda el *exequátur* solicitado y el reconocimiento de la maternidad. Considera que concurren los requisitos ya que se adjuntó la copia autenticada (mediante la apostilla del Convenio de la Haya) y legalizada de la sentencia extranjera, y resultó probada la firmeza de la sentencia.

El tribunal consideró que estimar la solicitud de *exequátur*, permitiendo la inscripción como hijos de la solicitante española “no resulta contrario al orden público al ser el interés de mayor protección el de los menores, a quienes no se puede privar del acceso al Registro Civil Español, siendo requisito previo para ese acceso la obtención del *exequátur*”. Así se reitera la importancia que tiene en este asunto la protección del interés del menor que siempre debe de ser el centro de mira a la hora de llevar a cabo esta práctica como debe de serlo en el caso de una futura regulación, puesto que el fruto de esta práctica es traer al mundo a un niño, este y no otro debe de ser lo principal en mi opinión.

No solo en este caso, sino también la resolución de 9 de Junio de 2011 también acuerda la inscripción en el Registro por cumplirse los requisitos exigidos en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. En esta resolución, se revoca la calificación impugnada, afirmando la competencia del Registro Civil Consular español de Los Ángeles para la inscripción del nacimiento y filiación a que se refiere el recurso, partiendo de la equiparación de los hijos con independencia de su filiación e identidad de razón. De esta manera, acuerda la inscripción en el Registro de un niño nacido de una madre subrogada en California por cumplirse todos y cada uno de los requisitos exigidos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Aunque como hemos visto, en el año 2010 la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó una instrucción para fijar los criterios que determinaban las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante estas técnicas. Sin embargo, dicha instrucción resultó anulada en la práctica por la sentencia del Tribunal Supremo del pasado 6 de febrero de 2014, que declaró que la ley de técnicas de reproducción española impide la inscripción de estos menores.

Por ello y volviendo al caso del matrimonio homosexual, formado por dos varones, la sentencia del Tribunal Supremo nº 835/2013 de 6 de Febrero de 2014⁴⁰, es importante sobre todo en su observación del interés superior del menor para poder llegar a un entendimiento cuanto más claro posible de este asunto de vital importancia.

El recurso de casación que da lugar a esta sentencia, se articula en torno a los siguientes argumentos: En primer lugar, no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio. En segundo lugar, privar de su filiación a los menores vulnera el interés del menor y, por último, se aduce que el reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español, pues éste impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución pero no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del contrato.

Centrándome en el interés superior del menor (ya que los argumentos de discriminación y contravención del orden público aducidos por los recurrentes, han sido respondidos de igual manera en la sentencia que precede a ésta), los recurrentes alegan que privar de su filiación a los menores vulnera el principio del interés superior del menor, pues por un lado perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos y por otro lado alegan que ellos, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres, son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener.

Como señala la sentencia y es cierto, el interés superior del niño, o del menor, es un concepto jurídico indeterminado, susceptible de ponderación judicial. Este concepto, expresa un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en

⁴⁰ En *El Derecho* EDJ 2014/7037.

desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio. Esta sentencia insiste, como ya se ha expuesto en este trabajo, que ha de tenerse en cuenta que tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración, pues pueden concurrir otros bienes jurídicos como el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación⁴¹. En este mismo sentido, apunta la sentencia que la invocación indiscriminada del interés del menor serviría, de este modo, para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes además de que este principio de interés superior del menor ha de hacerse para interpretar, aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma.

Asimismo, apunta la sentencia que tampoco se vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales⁴². Ello se debe a que la denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas, aun siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito de vida familiar, reúne los dos requisitos que la justifican según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁴³

La última cuestión que ha de abordarse es la de la desprotección en que se dejaría a los menores. La resolución estima, que la protección ha de otorgarse a dichos menores

⁴¹ Principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares, como es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

⁴² Dicho artículo señala que: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁴³ Apunta la sentencia de 28 de junio de 2007, (caso Wagner contra Luxemburgo) que en primer lugar, está prevista en la ley, pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional y por otro lado, es necesario en una sociedad democrática que protege el propio interés del menor y otros bienes jurídicos como el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª) de 28 de junio de 2007, Caso Wagner y J.M.W.L contra Luxemburgo, Aranzadi Westlaw JUR\2007\147388.

partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual, como ofrece el art. 10.3 LTRH y figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción que permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar.

Por todo ello, esta sentencia desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre e insta al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar "de facto".

A esta sentencia se formuló un voto particular, redactado por el magistrado Seijas Quintana y al que se han adherido los magistrados Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol. Se argumenta en el mismo que no debe analizarse la cuestión desde la legalidad de la resolución extranjera, puesto que la filiación viene ya determinada por una autoridad extranjera, sino desde la perspectiva del reconocimiento en España de una decisión extranjera válida y legal conforme a la normativa californiana, para lo que no ha de acudirse al artículo 10 de la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida como hace la sentencia, sino que debe hacerse el análisis desde el orden público internacional en relación con el interés superior del menor.

Desde esta perspectiva, el voto particular analiza las tendencias actuales en el plano nacional e internacional para regularizar y flexibilizar estos supuestos, desde el cambio de requisitos exigidos por la Dirección General de los Registros y del Notariado para permitir la inscripción, los reconocimientos de ciertos efectos a estos contratos por los tribunales de la jurisdicción social de nuestro país y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, o el análisis de la cuestión por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya para la regularización internacional de la maternidad subrogada.

De lo anterior concluye que corresponde al legislador garantizar los derechos de todas las partes, pero que en este caso la aplicación del principio del orden público perjudica a los menores privándoles de su identidad y de su núcleo familiar, concluyendo que “no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada”.

Por tanto, esta sentencia de la Sala 1 del Tribunal Supremo, dictada el pasado 6 de febrero, denegó la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de un niño nacido por gestación subrogada en Estados Unidos, donde, a diferencia de España, esta técnica de reproducción asistida sí está permitida.

Después de aquello, se paralizaron las inscripciones en el Registro Civil de los niños nacidos por subrogación, lo que motivó las protestas de cientos de familias españolas que habían recurrido a esta técnica en el extranjero. Finalmente, la Dirección General de Registros y Notariado dictó una instrucción para reanudarlas y quedó pendiente una reforma anunciada por el Ministerio de Justicia para adecuar la legislación vigente en este sentido.

La Comisión de Justicia, con ánimo de buscar una alternativa al limbo en que se sitúa al nacido y defender sus derechos, instó al Gobierno a promover las reformas legislativas necesarias para que se pueda inscribir en el Registro Civil español el nacimiento de los hijos de españoles nacidos mediante gestación por sustitución en países en los que tal práctica sea legal y se les garanticen todos sus derechos y protección⁴⁴.

Pasamos ahora a examinar la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Febrero de 2015⁴⁵, que es la última hasta la actualidad acerca de este tema en España. En el recurso planteado por la pareja valenciana contra la sentencia previa de este Tribunal, alegan que la misma ha vulnerado tres derechos fundamentales los cuales son por un lado, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, pues la Sala habría infringido las normas sobre prueba y carga de la prueba, al partir de la existencia de una serie de hechos y circunstancias cuya existencia no está probada, y habría desviado el debate desde una cuestión registral civil a otra distinta sobre las consecuencias de la ilicitud en España de la gestación por sustitución. En segundo lugar se alega la vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación, tanto de los menores, en cuanto a la no discriminación por razón de nacimiento, como de los padres, en cuanto a la no discriminación por razón de su orientación sexual. Por último, se alega la vulneración del derecho a la intimidad familiar, en cuanto al derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida.

⁴⁴ En *Diario del Derecho*, edición de 22/10/2014.

⁴⁵ En *El Derecho* EDJ 2015/6321.

En cuanto a la alegación de vulneración del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación, añado algunas cuestiones no abordadas anteriormente, y me remito para lo demás a lo ya visto con anterioridad. Plantean los promotores del incidente, que se ha producido una discriminación de los hijos por razón de la distinta clase de filiación. Respecto a esto, señala el auto que de dicho principio constitucional, no deriva la obligación de los poderes públicos de otorgar necesariamente el reconocimiento de filiación a relaciones jurídicas que en ordenamientos extranjeros son reconocidas como tal filiación, pero que no lo son en el ordenamiento jurídico español.

En cuanto a la alegación por parte de los recurrentes, de la vulneración del derecho a la intimidad familiar y en cuanto al derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida, señala el auto que como todos los derechos, el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico.

Es interesante a este respecto, traer a colación las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014, siendo dos sentencias sustancialmente iguales (casos *Mennesson* y *Labasse* contra Francia). En ambos casos, se trataba de matrimonios heterosexuales de origen francés que ante la prohibición en Francia de la gestación por sustitución habían recurrido a dos estados de EE.UU., en los que esta práctica es legal (California y Minnesota). En los dos casos el semen lo habían aportado los respectivos maridos y el óvulo procedía de donante. Aunque en los estados de EE.UU., en que nacieron los niños los padres intencionales constaban a todos los efectos como sus padres legales, en Francia, se les denegó el acceso al Registro Civil por considerar que esto atentaba contra el orden público internacional francés. Aun así, habían podido vivir en Francia como verdaderas uniones familiares, aunque sin ser reconocidos los hijos como ciudadanos franceses.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por lo que se refiere al respeto de la vida privada de los niños así nacidos concluyó en estas dos sentencias, que se había ignorado el derecho de los niños al respeto a su vida privada, violando el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales. En este sentido, señala el Tribunal de Estrasburgo, que la negativa de las autoridades francesas a la inscripción de la filiación de los niños respecto de los demandantes es una injerencia prevista en la ley, pero que no cumple el requisito de ser necesario en una sociedad democrática, ya que trae consigo una incertidumbre que

afecta tanto a su identidad, de la que la filiación es un aspecto fundamental, como a la posibilidad de adquirir la nacionalidad francesa y de heredar como hijo, por lo que el Estado francés habría ido más allá del margen de apreciación de lo que es necesario para una sociedad democrática que le concede el art. 8 del Convenio.

De otro lado, el TEDH no considera que se haya violado el derecho al respeto a la vida familiar de los padres intencionales, dado que, en ambos casos, habían podido vivir como familia, aunque jurídicamente no se les hubiera reconocido el vínculo legal de filiación entre ellos y sus hijos.

En cuanto a las similitudes entre la sentencia del Tribunal de Casación francés y la sentencia de esta Sala cuya nulidad se solicita se circunscriben a que ambas deniegan la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los niños respecto de los padres comitentes en supuestos de contratos de gestación por sustitución. A pesar de esta similitud, a partir de ahí, las diferencias son importantes, ya que mientras que el Tribunal de Casación francés afirma la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes, por el contrario el ordenamiento jurídico español prevé que respecto del padre biológico, es posible la determinación de filiación paterna y en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar "de facto", esta sentencia acuerda que debe protegerse legalmente, en su caso mediante la adopción.

Además y siguiendo con las diferencias, el Tribunal de Casación francés afirma que ante la existencia de fraude, no puede invocarse el interés superior del menor ni el derecho a la vida privada del mismo. La sentencia española, por el contrario, afirma que debe tenerse en cuenta el interés superior del menor y evitando en todo caso su desprotección, para lo que se instó al Ministerio Fiscal a que ejercitara las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar "de facto".

Por su parte, el Tribunal de Estrasburgo ha considerado que el interés superior del menor es un concepto que debe plasmarse de forma indubitada en el establecimiento de la filiación, haciendo posible desde el nacimiento del niño que su filiación quede acreditada, sin que ello pueda verse afectado por el diferente tratamiento normativo

sobre la gestación por sustitución que pueda haber en el país en que residen los padres intencionales y donde residirá el propio menor.

Asimismo, la aplicación de la doctrina de los casos *Menesson* y *Labassee* en España debería, a mi juicio, determinar una solución favorable a la inscripción en el Registro Civil español de las certificaciones de nacimiento y filiación expedidas en Estados, como California, que están revestidas del rigor y las formalidades propias de los países de nuestro entorno jurídico. A idéntica conclusión llegó ya, como vimos, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de febrero de 2009, que aplicaba, precisamente, el principio del interés superior del menor para concluir que era el derecho a la filiación el que debía prevalecer frente a un entendimiento exorbitado del concepto de orden público internacional español.

Las sentencias del TEDH han servido para rearmar a los movimientos que desde hace años, de un lado, promueven el reconocimiento en España de los hijos que hayan nacido en el extranjero a través de esta técnica⁴⁶ y, de otro, a quienes solicitan que se modifique la legislación española reconociendo la gestación por sustitución como una vía más para acceder a la paternidad/maternidad⁴⁷. Lo que está claro es que para que el alcance de las sentencias del TEDH sea indubitado es necesario realizar modificaciones legislativas, ya sea modificando la todavía no vigente Ley del Registro Civil desde la perspectiva del reconocimiento de las filiaciones que se han acreditado en el extranjero, ya desde la modificación de la Ley 14/2006 de reproducción humana asistida, derogando el artículo 10 y al tiempo ofreciendo una regulación específica sobre el alcance y contenido de esta técnica y su influencia en el establecimiento de la filiación. Se trataría, en definitiva, de añadir la filiación intencional a la filiación natural y a la filiación adoptiva que son las únicas que hasta el momento se contemplan en España.

⁴⁶ Asociación: Son Nuestros Hijos: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/>

⁴⁷ Gestación subrogada en España: <http://gestacionsubrogadaenespaña.es/>

Conclusiones

PRIMERA.- Nos encontramos ante una posible discriminación de las parejas homosexuales, que resalta en el caso de las parejas homosexuales formadas por dos hombres, ya que como biológicamente los varones no pueden gestar a un hijo, jurídicamente se les prohíbe tenerlo mediante esta técnica de reproducción asistida.

Asimismo, teniendo en cuenta el expreso reconocimiento legal en la LTRHA de la maternidad de mujer sola, así como que en el Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, así como también se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres. Por todo ello, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por razón de sexo.

Además esta posible discriminación se refuerza como consecuencia de la disparidad de posturas y criterios entre el Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial de Valencia y las Instrucciones de la Dirección General del Registro y del Notariado, que hemos visto anteriormente.

SEGUNDA.- Es verdad que las parejas de dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación, pero las personas deberían de poder elegir la forma en que desean tener hijos y el tipo de familia que quieren constituir, y no deberían ser penalizados por elegir alternativas al formato de familia tradicional (heterosexual o monógama). Mientras que el modelo de familia elegido no produzca un daño obvio y directo a los menores nacidos de tales acuerdos (o a la mujer gestante) y se garantice el derecho del menor a la información sobre las circunstancias de su procreación, la ley no debería prohibirla, si no regularla oportunamente.

TERCERA.- El derecho de procrear es un derecho natural, y si la ciencia nos permite traer hijos para amarlos y darles lo mejor de nosotros no hay ningún inconveniente para permitir la práctica de la gestación por sustitución, eso sí siempre con unos límites, unas causas y unos requisitos que deberían de regularse para poder acceder a esta práctica.

Por todo ello pensamos, que en cuanto a los comitentes, se debe permitir acudir a esta práctica tanto a las parejas heterosexuales y homosexuales (casadas o no), así como también a las personas solas.

CUARTA.- Aunque debería permitirse el acudir a esta práctica a toda persona sin que pueda ser motivo de denegación del acceso a la misma el hecho de su orientación sexual, el origen de los gametos, o al menos uno de ellos (espermatozoide u óvulo), debe provenir del o de los comitentes, ya que la gestación por sustitución se presenta como un remedio para quienes, por la causa que fuere, no pueden llevar a término un embarazo, pero no quieren renunciar a tener un hijo genéticamente propio, ya que si no para eso existe la adopción.

Y es que a pesar de todas las modalidades de gestación por sustitución vistas en este trabajo, la gestación por sustitución debería de ser permitida solamente en su modalidad gestacional, ya que las gestantes que aportan sus gametos son más propensas a sentir un vínculo especial con el niño, siendo que esta modalidad delimita mejor el rol asumido por la gestante, que consiste en gestar un hijo para otro u otros, disminuyendo los conflictos. Además, como ya se expuso en este trabajo, consideramos que sólo es maternidad subrogada cuando la gestante o portadora sólo presta su útero y no aporta el óvulo, ya que cuando la madre sustituta, presta su útero y aporta su óvulo, es simplemente madre.

QUINTA.- Siguiendo con la modalidad de gestación por sustitución más oportuna y atendiendo ahora, a si el acuerdo debe ser gratuito o lucrativo, consideramos que debería de observarse caso por caso el por qué se entrega la suma de dinero, permitiéndose siempre, claro está, que se cubran los posibles gastos en que incurra la gestante por el proceso. Así, siempre que se tenga certeza de que no se trata de explotación de la mujer gestante ni de tráfico de menores, si los comitentes desean llevar a cabo una donación económica u otra para con la gestante me parece correcto.

SEXTA.- En cuanto al interés superior del menor, como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la ilegalidad de una determinada técnica reproductiva en un país europeo no puede privar a los menores, del reconocimiento de su filiación en los países de origen de sus padres.

Y es que, además del derecho a su identidad, y sus contenidos (la adquisición de la nacionalidad o las consecuencias en el ámbito sucesorio), los menores nacidos por gestación subrogada, y sus familias, enfrentan cada día multitud de dificultades en su vida ordinaria que actualmente solo se mitigan por la voluntad férrea de unos padres que han demostrado como pocos la vocación de fundar una familia. De vital importancia es

que el hecho de privar de su filiación a los menores vulnera el principio del interés superior del menor, pues por un lado perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos y por otro lado los comitentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres, son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener.

Resulta, a nuestro entender, indudable que la denegación de la inscripción registral de los menores nacidos por maternidad subrogada manifiesta, además, una situación de discriminación en función de las circunstancias del nacimiento que prohíben tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como la misma Constitución Española.

SÉPTIMA.- En cuanto a la regulación, al plantearse estos casos de difícil solución, es importante recurrir al mecanismo de la cooperación internacional para dar la respuesta más favorable reconociendo el estatus jurídico del menor. Para ello, es apropiada la elaboración de tratados internacionales con pautas sumamente claras y delimitantes de este fenómeno. Esto disminuiría este “negocio global” que de no tener un límite preciso se expandirá como tantas otras pandemias que aquejan a nuestra sociedad internacional.

OCTAVA.- Ante esta nueva realidad, la mejor solución, la más garantista, no es cerrar los ojos ni prohibirla, sino regularla. Es necesario legislar sobre esta materia, modificando la actual regulación del art. 10 LTRHA, porque ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que esta práctica se realice, ya que se utilizan estrategias o subterfugios, que generan conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas ex ante.

Consideramos que debería de regularse un proceso de preaprobación de los acuerdos de gestación por sustitución, mediante el cual los comitentes y la gestante deben presentar el convenio ante un juez, para que lo apruebe antes de proceder con el tratamiento médico, verificando el cumplimiento de las condiciones previstas en la legislación. Además, esta forma de proceder, previene problemas por incertidumbre jurídica y los cambios de parecer debido a que requiere que el acuerdo sea aprobado antes de la concepción y prevé que todas las partes involucradas estén de acuerdo desde el principio, evitando así realizarse esta práctica sin consentimiento válido de la gestante, ya que uno de los requisitos que debería de exigirse para llevar a cabo esta práctica es la

de garantizarse que la gestante presta su consentimiento libre, pleno e informado al sostenimiento de esta práctica.

NOVENA.- En el mismo sentido, también sería oportuno efectuar un estudio sobre la idoneidad de los comitentes, estudio que podría ser realizado por el juez y un equipo de especialistas. Este estudio comprenderá, entre otras cosas, la disposición y capacidad de los futuros padres para criar, educar y cuidar al futuro niño, ya que siempre el interés superior del niño debe ser la cuestión principal que se debe tener en cuenta a efectos de autorizar la gestación por sustitución.

Además de estos aspectos que deberían ser objeto de regulación, siempre surgirán nuevos aspectos a cubrir y el derecho debe de amoldarse al cambio de la forma más idónea para la sociedad. La intervención del Estado es clave para la salvaguarda de los derechos fundamentales, pues es éste quien debe identificar los supuestos de hecho en los que se permitirían el uso de esta técnica de reproducción, los efectos que han de producir sobre los sujetos comprometidos, las responsabilidades a las que haya lugar, etc.

DÉCIMA.- En la sociedad española conviven ejemplarmente distintos modelos de familia, siendo que la Constitución no acoge un concepto único y restrictivo de familia que deba ser objeto de protección. En este sentido, los casos en los que un modelo de familia no recibe protección jurídica deben ser delimitados con sumo cuidado, para no vulnerar el mandato constitucional de protección a la familia.

Hay que tener siempre en cuenta que la consideración de que la opción de concebir o no un hijo, es un derecho natural, así como una decisión personalísima, en la que el Estado no puede inmiscuirse prohibiéndola, aunque si debe dotar de protección la práctica de la misma.

Bibliografía

- DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I. (Introducción. Teoría del Contrato), Editorial Civitas, Madrid, 1993.
- FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2010. En http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf, pp. 4-20.
- FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, M^a Teresa, ”La maternidad subrogada en Norteamérica: la Sentencia de Baby M.”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1988, pp. 647-684.
- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 6, 2011, p.2.
- LAMM ELEONORA, *Gestación por Sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler e vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2012.
- LEONSEGUI GUILLOT, ROSA ADELA, “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, *Boletín De La Facultad De Derecho*, núm. 7, 2012, pp. 237-264.
- LLEDÓ YAGÜE, F, *Fecundación Artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988.
- MOSQUERA VASQUEZ, CLARA, *Derecho y Genoma Humano*, Editorial San Marcos, Lima Perú, 1997.
- PANTALEÓN PRIETO, ÁNGEL FERNANDO, “Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida”, *Jueces para la democracia*, n° 5, 1988, pp. 19-36.
- PERALTA ANDÍA, JAVIER ROLANDO, *Derecho de Familia en el Código Civil*, Editorial Moreno, Lima, 2004.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., J.L. Lacruz/A.Luna/F.Delgado/F.Rivero, *Elementos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1987
- SALAS CARCELER, A., “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 10, 2011, p.3.
- VAQUERO LÓPEZ, MARÍA DEL CARMEN, “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución

a la luz de la jurisprudencia del TEDH”. Comentario del ATS de 2 de febrero de 2015, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N°. 4, 2015, pp. 107-116.

VELARDE D'AMIL, Y., “Turismo reproductivo”, *Revista FORJIB*, n° 1, 2013, pp. 20 y 21.

