

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA
Estudio doctrinal y reciente jurisprudencia



Anna Nicolàs Torán

NIUB: 14903221

Máster en Derecho de Familia e Infancia

Profesor: Isaac Ravetllat Balleste

Curso 2014-2015

SUMARIO

INTRODUCCIÓN	5
1. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN DERECHO ESPAÑOL	7
1.1 CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA.....	7
1.2 NATURALEZA CONTRACTUAL.....	11
1.3 ANTECEDENTES.....	13
1.4 FACTORES.....	15
1.5 PERSONAS QUE RECURREN A LA MATERNIDAD SUBROGADA (PARTE COMITENTE).....	16
1.6 TIPOS DE MADRES Y DE MATERNIDAD.....	18
2. ANÁLISIS NORMATIVO	20
2.1 “FAVOR VERITATIS”-“FAVOR FILIATIONIS”, “MATER SEMPER CERTA EST”- “PATER ET MATER INCERTOS SUNT”.....	22
2.2 DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN.....	24
2.2.1 Parejas heterosexuales.....	26
2.2.2 Parejas homosexuales.....	30
2.2.3 Varón o mujer solos.....	33
2.3 POSIBLES SANCIONES.....	35
2.4 LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL EXTRANJERA.....	38
2.4.1 El reconocimiento registral de una filiación determinada conforme a una ley extranjera.....	38
2.4.2 Posibles actuaciones de los órganos jurisdiccionales españoles.....	40
2.4.3 Objeto de reconocimiento en el marco del RC.....	41
3. CRITERIO DE LA DGRN ANTE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN EN EL ORDEN ESPAÑOL	43
3.1 RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2009.....	43
3.1.1 Certificación registral extranjera.....	45
3.1.2 Orden público internacional.....	50
3.1.3 Nacionalidad de las personas nacidas fruto de la gestación por sustitución.....	52
3.1.4 Argumentos esgrimidos por la DGRN.....	53
3.2 SENTENCIA NÚM. 193/2010 DE 15 DE SEPTIEMBRE, DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 15 DE VALENCIA.....	54
3.2.1 Análisis del artículo 23 LRC y del artículo 81 del RRC.....	55
3.2.2 La realidad del hecho inscrito.....	56
3.2.3 La legalidad de la certificación registral extranjera.....	57
3.2.4 El orden público.....	57

3.2.5 Forum shopping fraudulento.....	59
3.2.6 Fallo de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Núm. 15, de 15 de septiembre de 2010.....	60
3.3 INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010.....	60
3.3.1 Primera y segunda directriz.....	62
3.3.2 Crítica a la Resolución de 5 de octubre de 2010.....	63
4. ANÁLISIS PORMENORIZADO DE LOS PRINCIPALES ASPECTOS DE LA NUEVA LEY DE REGISTRO CIVIL: LUCES Y SOMBRAS	69
5. ESTUDIO DOCTRINAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	74
5.1 DOCTRINA FAVORABLE.....	75
5.1.1 El derecho a procrear.....	75
5.1.2 Derecho a tener hijos.....	76
5.1.3 Enfermedad. Infertilidad. Imposibilidad biológica.....	77
5.1.4 Diversificación de la maternidad. La madre gestante no quiere ser la madre del bebé gestado.....	78
5.1.5 El Interés superior del niño.....	80
5.1.6 Adopción.....	80
5.1.7 La gestación por sustitución no equivale a comercio.....	81
5.1.8 Venta de óvulos y espermatozoides. Prostitución.....	83
5.1.9 Retribución económica.....	84
5.1.10 Otros.....	85
5.1.11 Conclusiones de la doctrina a favor.....	85
5.2 DOCTRINA CONTRARIA.....	87
5.2.1 La noción tradicional de madre.....	87
5.2.2 Indisponibilidad del cuerpo humano. Convierten a la madre y al hijo en objetos de comercio.....	88
5.2.3 Vulnere la dignidad.....	89
5.2.4 Nulidad absoluta.....	90
5.2.5 Implican la utilización/explotación de las mujeres pobres por las ricas.....	91
5.2.6 Pueden provocar perjuicios al bebé.....	92
5.2.7 La gestación para otro no es una terapia que cure la esterilidad.....	93
5.2.8 No recurrir al <i>interés superior del menor</i>	93
5.2.9 Conclusiones de la doctrina en contra.....	94

6. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL FENÓMENO CON ESPECIAL MENCIÓN A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014	95
6.1 SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011.....	95
6.1.1 Artículos 81 y 83 del RRC y el 23 de la LRC.....	95
6.1.2 Orden público español.....	96
6.1.3 Principio de igualdad y no discriminación.....	97
6.1.4 El interés superior del menor.....	97
6.1.5 Fallo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011.....	98
6.2 SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014	98
6.2.1 Único motivo del recurso: infracción del artículo 14 de la CE	99
6.2.2 Inexistencia de discriminación por razón de sexo y orientación sexual	100
6.2.3 Interés superior del menor.....	100
6.2.4 El reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español.....	103
6.2.5 Fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014	106
6.2.6 Voto particular	107
6.3 EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	111
6.3.1 Conclusión.....	113
7. PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i> SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	114
CONCLUSIONES	127
BIBLIOGRAFÍA	130
ANEXOS	141
ANEXO I: DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN Y RECLAMACIÓN DE LA PATERNIDAD.....	141
ANEXO II: RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2009	142
ANEXO III: SJPI DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010.....	148
ANEXO IV: INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010.....	156
ANEXO V: SAP DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011	159
ANEXO VI: STS DE 2014	163
ANEXO VII: <i>LEGE FERENDA</i>	178

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tratará de ofrecer un estudio pormenorizado de la situación actual de la gestación por sustitución en España. He optado por esta materia porque entiendo que es una de las temáticas más apasionantes que han sido tratadas a lo largo del Máster en Derecho de Familia e Infancia. Sin embargo, esa no es la única razón. También porque estaba convencida de que la investigación sería muy interesante.

Para abordar el asunto, me planteo la siguiente hipótesis de partida: por todos es conocido que la gestación por sustitución es una técnica de reproducción asistida prohibida en España. Su legalización causaría, no solo una evolución y una adaptación de la normativa española de forma significativa, sino también un gran rechazo por parte de la sociedad.

El modelo de análisis que se seguirá en el trabajo es el diacrónico, dado que se estudiará la gestación por sustitución en España en diferentes estadios temporales. La metodología de la que se partirá será doctrinal y jurisprudencial.

Además, no se dejarán al margen cuáles son los principales problemas prácticos que se generan, cuando se pretende inscribir la filiación de los bebés nacidos mediante este tipo de reproducción asistida, sabiendo que la misma es nula de pleno en el Derecho español. En suma, se comprobará la escasa normativa existente en torno a esta temática y qué es lo que supondrá la entrada en vigor el 15 de julio de 2015 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Todo el trabajo girará en torno a un caso que ha revolucionado tanto la normativa como la jurisprudencia española. Para ello, se estructurará el trabajo en diversos bloques o capítulos. En primer lugar, se abordará el concepto y la normativa sobre la gestación por sustitución. En segundo término, se estudiará el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en esta materia, estudiando detalladamente la Resolución de 18 de febrero de 2009, la Sentencia de 15 de septiembre de 2010 y la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Acto seguido, se examinarán los argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada esgrimidos por parte de la doctrina. En cuarto lugar, se analizará la Sentencia de la Audiencia Provincial de 23 de noviembre de 2011 y la del Tribunal Supremo de 2014.

Y por último, con el objetivo de dar un poco de claridad a toda esta compleja temática, se realizará una propuesta de *lege ferenda* sobre la gestación por sustitución.

1. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN DERECHO ESPAÑOL

1.1 CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA

Antes de abordar un tema de rigurosa actualidad como es el de la gestación por sustitución, tengo que establecer cuál será la estructura de este primer apartado del trabajo. En primer lugar efectuaré una aproximación al concepto de gestación por sustitución y realizaré un breve análisis terminológico. A continuación me plantearé cuál es la naturaleza de este contrato, y finalmente, trataré el contexto actual que envuelve a esta técnica de reproducción y la consecuente diversificación de la maternidad que trae aparejada.

De esta manera, para tomar en consideración qué se entiende por gestación por sustitución, partiré de la definición contenida en dos informes de reconocido prestigio así como la ofrecida por gran parte de la doctrina. Una vez haya examinado ambas apreciaciones, se determinará cuál es la más idónea.

Como avanzaba, han habido dos informes que hicieron una primera toma de contacto sobre el tema en cuestión y fueron de tal trascendencia que su realización proporcionó la creación de leyes que regularon las técnicas de reproducción asistida (en adelante TRA)¹.

El primer Informe es el que se publicó en 1978 en la *Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología humana*, más conocido como *Informe Warnock* y el segundo Informe es el *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación artificial humana*, de 10 de abril de 1986, más conocido como *Informe Palacios*².

¹ DOBERING GAGO, Mariana. "El derecho comparado en la reproducción asistida". En GARCÍA TINAJERO, Rafael. *Reproducción asistida. Elementos para el debate legislativo*. 1ª edición. Méjico, D.F.: UNAM, 2004. 52 págs. ISBN no tiene. Págs. 11-24, pág. 11: *Por esta razón, la década de los ochenta fue la época de los informes: (...) el Informe Warnock, de 1982 del Reino Unido, (...) y el Informe Palacios, de 1986, español; entre otros. Estos informes dieron como resultado leyes que regularían la utilización de las técnicas de reproducción asistida*. En el caso de España llevó a la redacción de la antigua Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

² En el Informe Warnock se definió como *aquella situación en la que una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca*. Esta definición se encuentra en: IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, María y CASADO BLANCO, Mariano. "Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada". *Revista española de medicina legal: órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses*, 2014, vol. 40, núm. 2, págs. 59 a 62, pág. 60. También en: ELEONORA CANO, María. *Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada*. [En línea]. Disponible en:

No obstante, estos no han sido los únicos planteamientos que se han hecho sobre la materia. Innumerables autores han ido matizando estas definiciones, bien atendiendo a la significativa Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011³, o bien, según el estudio que cada uno de ellos ha realizado sobre esta técnica de reproducción.

De entre los autores que atienden a la significativa Sentencia he encontrado a VELA SÁNCHEZ y a VILAR GONZÁLEZ⁴. Estos autores consideran que la definición que se establece es muy completa y es la más aceptada jurisprudencialmente dado que se entiende que la gestación subrogada *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* (FJ 1 SAP Valencia de 23 de noviembre de 2011).

Es interesante el trato que VELA SÁNCHEZ da al concepto, puesto que lo configura como *un negocio jurídico especial de Derecho de Familia*⁵ y como un

<http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm> [Consulta: 4/04/15]. Respecto al Informe Palacios, se definió como: *Es una forma de maternidad biológica por al cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja heterosexual (matrimonio o pareja estable) irreversiblemente estéril, que se responsabilizará de la maternidad y paternidad de la descendencia a todos los efectos*. Esta definición se encuentra en: LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela. "Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana". *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1995, núms. 8-9, págs. 237 a 264, pág. 238. También en: VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011". *Diario La Ley*, 2012, núm. 7815, págs. 1 a 15, pág. 6.

³ Como se verá en los próximos apartados del trabajo, esta Sentencia será objeto de análisis jurisprudencial junto con otras. Todas ellas versan sobre el mismo supuesto de hecho.

⁴ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011", *op., cit., pág. 5*. VILAR GONZÁLEZ, Silvia. "Situación actual de la gestación por sustitución = Current state of surrogate motherhood". *RDUNED*, 2014, núm. 14, págs. 897 a 932, pág. 900.

⁵ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia". *Diario La Ley*, 2013, núm. 8055, págs. 1 a 14, pág. 2. También en: TUBELLA DOMÍNGUEZ, Mark. *Su bebé, gracias (gestación por subrogación)*. [En línea]. Barcelona: Master de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, 2010. Disponible en:

https://campusvirtual2.ub.edu/pluginfile.php/1338923/mod_resource/content/1/Unidad%20%20-%20Prof.%20Mark%20Tubella.pdf [Consulta: 25/04/2015], pág. 13. He descartado cualquier otra posición que negara la contractual, como por ejemplo: ESPINAR VICENTE, José María. "Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude de la Ley". En IGLESIAS BUHIGUES, José Luis. *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. 981 págs. ISBN 9788490049754. Págs. 589-604, pág.

*supuesto especial de reproducción humana asistida*⁶. Esta concreción se contrapone con la que se establecía en los Informes Warnock y Palacios, respectivamente. En el primer informe, se define como *aquella situación en la que la mujer gesta o lleva en su vientre (...)* y en el Informe Palacios como *una forma de maternidad biológica (...)*.

Por ello, la definición más precisa es aquella que establece que *en virtud del contrato de gestación por sustitución, un varón, una mujer o una pareja (comitentes) que quieren tener un hijo, encargan a otra mujer (la madre gestante) para que lleve a efecto la gestación, previa inseminación artificial o fecundación in vitro correspondiente para, una vez producido el nacimiento, renunciar a la filiación materna y entregar el niño a los contratantes, de manera que aparezca legalmente desde el principio como hijo de éstos*⁷. De esta manera, se puede configurar como aquella técnica especial de reproducción asistida, materializada en un contrato mediante el cual la mujer gestante renuncia a sus propios derechos como madre a favor de la pareja que desea tener al bebé⁸.

Si se hace una lectura pormenorizada de lo expuesto hasta ahora, se puede apreciar que en ningún momento me he referido a dicha técnica de reproducción como *vientre de alquiler* o *alquiler de útero*. Ello trae causa en el hecho de que la mayor parte de la doctrina considera que utilizar ciertas expresiones supone menospreciar esta técnica.

La mayor parte de los autores coinciden en el hecho de que existe una gran variedad terminológica. Sin embargo, discrepan en la forma más idónea para referirse a esta técnica de reproducción. La crítica subyace en el carácter peyorativo, vulgar y soez de las expresiones *madre de alquiler*, *vientre de alquiler*, *útero de alquiler*, debido

601: (...) no puede deducirse el carácter contractual de los acuerdos de gestación de sustitución por carecer de objeto y causa lícitos; se trata de una relación de hecho carente de carácter jurídico (...).

⁶ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011", *op., cit., pág. 5: A mi juicio puede conceptuarse más apropiadamente como un supuesto especial de reproducción humana asistida (...)*.

⁷ TUBELLA DOMÍNGUEZ, Mark. *Su bebé, gracias (gestación por subrogación)*, *op., cit.* [Consulta: 25/04/2015], pág. 13.

⁸ SOUTO GALVÁN, Beatriz. "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho". *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2005, núm. 1, págs. 275 a 292, pág. 277.

a que se considera que al ser despectivo, afecta a la dignidad de las partes implicadas⁹.

SCOTTI, PÉREZ VAQUERO, SOUTO GALVÁN, CASADO BLANCO e IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, son algunos ejemplos de autores que aprecian la gran variedad terminológica. Sin embargo, sólo tres de estos cinco autores consideran que sea cual fuere el término utilizado, incluyendo el término de *ventre de alquiler*, todos se considerarán correctos al referirse a dicha técnica de reproducción asistida. Estos tres autores son: CASADO BLANCO, IBÁÑEZ BERNÁLDEZ y PÉREZ VAQUERO¹⁰.

Este planteamiento equitativo es erróneo dado que las expresiones *gestación subrogada* o *gestación por sustitución* son más adecuadas, menos despectivas, ostentan un criterio moderado y son más completas que las expresiones *ventre de alquiler* o *útero de alquiler*. De aquí subyace la idea de que no deja de ser ofensivo hablar de alquilar el cuerpo femenino¹¹.

Por ello, desde la doctrina se considera más apropiado referirse a dicha técnica como *gestación por sustitución* o *gestación por encargo*¹². Sin embargo, respecto a la

⁹ DELCLÓS, TOMÁS. *¿Puede alquilarse un vientre?* [En línea]. 27 de julio de 2014. Disponible en: http://elpais.com/elpais/2014/07/25/opinion/1406307767_057258.html [Consulta 5/04/15]: *Y lo más importante, dicha expresión daña la dignidad de mis hijas y de la mujer que nos ayudó a que nacieran (...) Denominar a esta técnica de reproducción asistida con esa expresión vulgar y soez resulta denigrante para todas las partes implicadas en dicho proceso (...). Javier Carpio expone que "las familias que estamos implicadas en procesos con esta técnica encontramos este vulgarismo ciertamente despectivo y preferimos el uso del nombre técnico 'gestación por sustitución' o 'gestación subrogada'" (...). También en: SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos". *Revista Humanidades Médicas*, 2010, núm. 49, págs. 1 a 31, pág. 2: (...) cabe propugnar el rechazo de la ampliamente difundida expresión de "madre de alquiler", así como las de "vientre de alquiler" y "útero de alquiler" (...).*

¹⁰ SCOTTI, Luciana B. "El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas". *Revista Pensar en Derecho*, 2013, núm. 1, págs. 267 a 289, pág. 274. IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, María y CASADO BLANCO, Mariano. "Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada", *op., cit., pág. 60*. También en: PÉREZ VAQUERO, Carlos. *Diez claves para conocer los vientres de alquiler. Noticias Jurídicas*. [En línea]. 1 de diciembre de 2010. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4601-diez-claves-para-conocer-los-vientres-de-alquiler/> [Consulta: 18/02/15]. También en: SOUTO GALVÁN, Beatriz. "Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución". *Revistas - Feminismo/s*, 2006, núm. 8, págs. 275 a 292, pág. 181.

¹¹ DELCLÓS, TOMÁS. "¿Puede alquilarse un vientre?", *op., cit.* [Consulta: 5/04/15]: (...) *el concepto de "alquiler" cosifica el cuerpo femenino. (...) es preferible el abandono del término "alquiler"*.

¹² VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España". *Diario La Ley*, 2015, núm. 8457, págs. 1 a 15, pág. 3: *A mi juicio, es más apropiada la expresión gestación por encargo*. También en: SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos", *op., cit., pág. 2: Resulta preferible emplear la expresión "gestación por sustitución", la cual carece de connotaciones que sugieran una suerte de jerarquía entre distintas categorías de madres*.

expresión *maternidad subrogada*, hay autores que aún y rechazando por completo la terminología de *ventre de alquiler*, refutan también hablar de *maternidad subrogada*¹³.

En general, no se comparte el rehusar tal expresión dado que se considera que cuando se lleva a cabo la *gestación por sustitución*, la maternidad es subrogable. Por ejemplo, una mujer puede haber utilizado su carga genética para engendrar a un bebé y una vez esta mujer da a luz, dárselo a la otra que ha contratado la gestación. Por lo tanto, respecto del recién nacido, siempre tendrá una madre sustituta y su otra madre que ha sido sustituida gestacional y genéticamente por la primera. De esta forma, dado que la maternidad es un término general que se puede disgregar, se entiende que la maternidad se puede subrogar, y por ende, que es aceptable la expresión *maternidad subrogada*. Además, como se verá más adelante, si la maternidad no fuera subrogable, no se hablaría de distintos tipos de madres y de distintos tipos de maternidad.

Como se ha podido apreciar, la cuestión terminológica ha generado mucha polémica. También la ha generado la naturaleza contractual del acuerdo de gestación por sustitución. Con respecto a la naturaleza, hay dos posiciones encontradas: las que creen que se trata de un contrato de arrendamiento de servicios, de cosa o de obra y las que defienden que es un nuevo tipo de contrato.

1.2 NATURALEZA CONTRACTUAL

En primer lugar, si se atiende a la regulación del CC, en su artículo 1543 se establece que *en el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto*; ofrecida tal definición, hay que decir que la mayor parte de la doctrina no está de acuerdo en catalogar el contrato de gestación por sustitución como un arrendamiento de cosa. Más discutible es su asimilación a un arrendamiento de servicios dado que tal y como estipula el artículo 1544 del CC, *en el arrendamiento de obras o servicios, una de las*

¹³ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. 1ª edición. Barcelona: Publicacions i edicions de la Universitat de Barcelona, 2013. 336 págs. ISBN 978-84-475-3757-0, pág. 26: *En definitiva, es incorrecto hablar de "maternidad subrogada"; la maternidad es un concepto demasiado amplio como para encargarlo. La maternidad no se subroga, lo que se subroga es la gestación (...)*. También en: SCOTTI, Luciana B. "El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas", *op., cit., pág. 269: Del particular caso de la vulgarmente llamada "maternidad subrogada" (...)*.

partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto. El símil con el contrato de servicios es que es cierto que la mujer gestante presta un servicio a cambio de un precio. En este caso se podría equiparar como servicio la gestación.

En segundo lugar, los que creen que se trata de una nueva modalidad contractual aseguran que no hay una similitud entre las características de este contrato y la de aquellos a los que se pretende asimilar. Es por ello que al no encajar en las figuras contractuales tradicionales, creen que se trata de una nueva tipología negocial¹⁴.

Ahora bien, la solución a esta polémica no es tratar de encasillar el contrato de gestación por sustitución en modalidades contractuales tradicionales por una cuestión de semejanza. La solución es más bien la contraria. El legislador debería regular dicho contrato, como una nueva modalidad especial de reproducción asistida, para no incurrir en la errónea convicción de que puede ser tratado como uno de obra o uno de servicios.

Pero la polémica no sólo se creó con respecto a la terminología y a la naturaleza contractual de la gestación por sustitución. También se originó cuando se diversificó la maternidad como consecuencia de la aparición de las TRA. Esta relación de causalidad será abordada por separado. En un primer momento trataré la cuestión de la aparición de las TRA y después abordaré lo que ello implicó con respecto a la concepción de la maternidad.

¹⁴ LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética". Directora: María Casado González. Tesis doctoral - Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho, Barcelona, 2010. Pág. 198: (...) *se trata de un contrato innominado (...) que no puede encasillarse ni parificarse con otras tradicionales figuras contractuales, porque se trataría de una figura innominada de carácter mixto, en cuanto participa de la locatio operis, de la locatio operarum, del mandato, requiere la colaboración de terceros (...). En fin, la complejidad es muy grande y no permite su encuadre en las habituales figuras contractuales.* También en: VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. "Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida". *Actualidad Civil*, 2007, Tomo I, núm. 10, págs. 1109 a 1124, pág. 1110: *Se ha pretendido calificar dicho contrato, sin que se pueda encuadrar en las habituales figuras contractuales. A tales efectos un sector lo califica como arrendamiento de servicios y otros, como arrendamiento de obra. También en La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico.*

1.3 ANTECEDENTES

Aunque pueda pensarse que la cuestión de la gestación por sustitución es relativamente nueva, ello no es así. Es cierto que en los últimos años, debido al proceso de expansión que está sufriendo, ha sido un tema muy conflictivo y de especial interés mediático¹⁵.

Hasta el 2005, únicamente las parejas heterosexuales habían recurrido a la maternidad subrogada y ello no había generado mucho debate en relación con la posterior inscripción en el Registro Civil Español. Sin embargo, con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificaba el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, se dio cobertura legal al matrimonio entre parejas homosexuales. Ello originó que estas parejas, con el objetivo de formar una familia, recurrieran a la gestación por sustitución en el extranjero, planteando un posible fraude de ley, cuestión que trataré en los siguientes epígrafes¹⁶. El hecho de que las parejas del mismo sexo pudieran formar una nueva modalidad familiar, tal y como dice TUBELLA DOMÍNGUEZ, generó un revuelo en los sectores conservadores¹⁷.

¹⁵ En la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, se elaboró un Informe en abril de 2012 sobre los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional. Disponible en: DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS INTERIORES. *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*. [En línea]. Departamento temático C. Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales. Mayo de 2012. Disponible en:

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf) [Consulta: 1/02/15].

Pág. 3: *Aunque la maternidad subrogada no es una práctica reproductiva nueva, es un hecho generalmente aceptado que se trata de un fenómeno cada vez más frecuente. Los informes recientes han documentado un aumento en la práctica de la maternidad subrogada, que incluyen acuerdos que cruzan las fronteras nacionales.*

¹⁶ GUTIÉRREZ CALVO, Vera. *Justicia busca una solución legal para los bebés de 'vientre de alquiler'*. [En línea]. 3 de julio de 2014. Disponible en:

http://politica.elpais.com/politica/2014/07/03/actualidad/1404415792_455988.html [Consulta:

12/02/15]: *Durante años, cuando quienes recurrían a esta técnica eran solo parejas heterosexuales, muchos niños fueron inscritos sin demasiados problemas, según la asociación y distintos abogados y funcionarios consultados. Las embajadas transcribían directamente la partida de nacimiento estadounidense, en la que ya figuraban como padres los llamados padres de intención (los contratantes), y nadie preguntaba nada. Pero, tras aprobarse en España en 2005 la ley del matrimonio gay, que permitía la adopción conjunta, la situación cambió: parejas homosexuales empezaron a recurrir a la gestación subrogada, y el hecho evidente de que los bebés eran fruto de un vientre de alquiler empezó a generar dudas en los consulados. También en: PÉREZ MONGE, Marina. "Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad". *Revista de Derecho Privado*, 2010, núm. 94, págs. 41 a 64, pág. 41: *Frente a ello, en la realidad española, matrimonios heterosexuales y homosexuales han recurrido a esta técnica en el extranjero, y han obtenido la inscripción de la filiación de los nacidos respecto del matrimonio español. Por ello, se plantea un posible fraude de ley.**

¹⁷ TUBELLA DOMÍNGUEZ, Mark. *Su bebé, gracias (gestación por subrogación)*, op., cit. [Consulta: 25/04/2015], pág. 7.

Apuntaba que esta cuestión no era nueva y es debido a que en la antigüedad ya se recurría a dicha técnica¹⁸. En un primer momento se dice que las mujeres aceptaban gestar hijos para otras por coacción, tradición, o afecto. Con los años, tales motivos desaparecieron y la principal razón de gestarlos fue económica¹⁹. Este componente monetario generó que muchos autores hablaran y hablen de un nuevo mercado: *el mercado del útero*²⁰ debido a la comercialización que se ha hecho con los derechos reproductivos de las personas²¹.

El punto de conexión que diferencia el trato que tenía la gestación por sustitución en el pasado con el que tiene en tiempos modernos, es que en la antigüedad no existían las TRA y la única forma de dejar embarazada a una mujer era mediante la fecundación natural. Actualmente se puede ver que esa no es la única forma y que también se puede engendrar a un hijo, para otra persona, recurriendo a las TRA.

Por lo tanto, el componente diferencial es que actualmente ya no es imprescindible tener relaciones sexuales para poder engendrar a un hijo²². Ahora ya no es necesario esa fecundación natural, y por ello, es interesante la apreciación que

¹⁸El caso al que más se recurre se puede encontrar en: VILAR GONZÁLEZ, Silvia. "Situación actual de la gestación por sustitución = Current state of surrogate motherhood", *op., cit.*, pág. 903: *Así, encontramos referencias expresas en el Antiguo Testamento de la Biblia, dónde Sara (Génesis 16 1-4), ante la imposibilidad de darle hijos a su esposo, el profeta Abraham, le dijo a éste: "Mira, Yahveh me ha hecho estéril. Llégate, pues, te ruego, a mi esclava. Quizá podré tener hijos de ella". O Raquel (Génesis 30 1-6) que, tras el nacimiento del hijo que su esposo Jacob concibió con su criada, manifestó: "Dios me ha hecho justicia, pues ha oído mi voz y me ha dado un hijo".*

¹⁹TUBELLA DOMÍNGUEZ, Mark. *Su bebé, gracias (gestación por subrogación)*, *op., cit.* [Consulta: 25/04/2015], pág. 9: *Parece lógico que el dinero sea el principal aliciente que mueve este tipo de contratos en el siglo XXI, pero en épocas anteriores se combinaban elementos totalmente distintos como la tradición, el afecto o la coacción. (...) Esta situación sería totalmente indispensable en la actualidad pues si no hay dinero de por medio, pocas mujeres ofrecerían su útero para engendrar el bebé de otra mujer. Pocas mujeres altruistas llevarían a cabo dicho proceso ya que, en el mundo globalizado y capitalizado actual, el dinero se encarga de mover todo, o casi todo.*

²⁰*Ibid.*: *¿Qué mujer querría acceder a ser la madre gestante de un bebé de otra mujer? El elemento dinero fue determinante en este punto para la proliferación del mercado del útero. Si hay dinero, las ofertas incrementan y así se estimula el mercado en relación con la demanda.*

²¹ALKORTA IDIAKEZ, Itziar. "Nuevos límites del derecho a procrear". *Derecho Privado y Constitución*, 2006, núm. 20, págs. 9 a 61, pág. 9: *La compartimentalización de la procreación humana a través de las técnicas de reproducción asistida, que permiten almacenar extracorpóreamente gametos y embriones, ha marcado una tendencia hacia la contractualización de los derechos reproductivos.*

²²También en: TUBELLA DOMÍNGUEZ, Mark. *Su bebé, gracias (gestación por subrogación)*, *op., cit.* [Consulta: 25/04/2015], pág. 10: *La evolución y el cambio de los tiempos han dado un giro de 360 grados en este aspecto, pues es más que evidente que las mujeres no deben mantener relaciones sexuales con los maridos de otras mujeres para quedarse embarazadas. La ciencia ha dado como resultado las técnicas de reproducción asistida, permitiendo dejar embarazada a una mujer sin que, por ejemplo, el padre biológico haya tenido algún tipo de contacto con la madre gestante. El elemento de la falta de relaciones sexuales necesarias, dio como resultado un aumento de la demanda de las madres de alquiler.*

hace TUBELLA DOMÍNGUEZ, cuando se refiere a que con las TRA ya no se habla de *concebir a un hijo* sino de *gestarlo*²³. La reproducción y el sexo han provocado lo que muchos autores llaman *revolución reproductiva*²⁴. Además, las TRA han causado el replanteamiento de los conceptos de familia, filiación, paternidad, maternidad, embarazo, parto, etc.²⁵

1.4 FACTORES

Hay muchos factores que han influido en esta nueva concepción de que ya no se *concebe* a un hijo sino que se *gesta*. Tales factores he considerado conveniente separarlos según si los alegaban las personas que recurrían a la gestación por sustitución, o según si los alegaban las personas que eran contratadas para llevar a cabo la misma.

En un primer lugar, procederé al análisis de los principales motivos por los que se recurre a la gestación subrogada. Así, las principales razones son: la infertilidad (ligado a la exigencia cultural de tener hijos) y el deseo de tener *hijos propios*, entre otros²⁶. Si se analiza esta cuestión en profundidad, se puede ver como la inmensa mayoría de autores consideran que la infertilidad es el principal motivo por el que se recurre a la gestación subrogada. La imposibilidad física para poder gestar, se ha

²³ *Ibid.*, pág. 13: (...) una ampliación del mercado, tanto a nivel de la donación de óvulos como de las madres gestantes, teniendo como consecuencia un nuevo mercado. Ahora el mercado se había especializado. Se buscaban a madres genéticas que estuvieran asociadas a una determinada personalidad como también se era más selectivo con las madres de alquiler. Pasamos del término "concebir a un hijo", a "gestar".

²⁴ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, op., cit., pág. 17: (...) las técnicas de reproducción asistida (en adelante TRA) han generado lo que se conoce como "revolución reproductiva". Se habla de "revolución reproductiva" porque estas técnicas separan la reproducción humana de la sexualidad. Es decir, hoy en día, y gracias a las TRA, es posible la reproducción sin sexo, y esta separación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes y actúa como punto de partida para un gran número de cambios.

²⁵ LAMM, Eleonora. "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida". *Revista de Bioética y Derecho*, 2012, núm. 24, págs. 76 a 91, pág. 79: De esta manera, las TRA demandan cambios en la normativa vigente relativa a la filiación, debido a que amplían las opciones de reproducción y cuestionan, las nociones tradicionales de paternidad, maternidad, embarazo así como también la del parto. (...) los juristas se han visto obligados a repensar el concepto de familia, así como también se han visto obligados a revisar el concepto de filiación.

²⁶ De entre esos otros destacar: imposibilidad por razones de edad, riesgo para la salud, deseos de desarrollar funciones maternas y paternas, por conveniencia (razones profesionales o estéticas), etc. PÉREZ MONGE, Marina: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. 1ª edición. Madrid: Colegio de Registradores, 2002. 424 págs. ISBN 9788495240569, pág. 331.

tratado como una enfermedad pero desde una doble perspectiva: la primera como una situación que, gracias a los avances científicos y técnicos, tiene solución, y la segunda, como una maldición.

Por un lado, los que son optimistas y creen que hay solución, argumentan que recurrir a la gestación subrogada es como *un remedio* que las TRA han puesto a disposición de las personas con incapacidades para gestar. Incluso hay autores que aseguran que el hecho de poner las TRA al servicio de las personas tiene una *finalidad terapéutica*, aunque hay otros que lo rebaten²⁷. Por otro lado, los que son más negativos, conciben la infertilidad como una maldición. La llegan a equiparar a una *vergüenza social*, a una *desgracia*, a una carencia de feminidad y a un fracaso como mujer²⁸. Esta forma negativa de abordar la infertilidad, está muy ligada con el *deber/deseo social de tener hijos*²⁹.

1.5 PERSONAS QUE RECURREN A LA MATERNIDAD SUBROGADA (PARTE COMITENTE)

Tanto unas como otras posturas tienen en común la creencia de tener un *hijo propio*. Por lo tanto, el que sea propio es lo que realmente les mueve a acudir a la gestación por sustitución y descartar otras opciones para crear una familia como la adopción³⁰. De entre las personas que acuden a este tipo de técnicas se puede ofrecer la siguiente clasificación³¹:

²⁷ SPAR, DEBORA L. *Baby business. Cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad*. 1ª edición. Barcelona: Tendencias, 2006. 448 págs. ISBN 84-934642-5-2, pág. 122. También: ACOSTA CIND, Arteta. "Maternidad Subrogada". *Revista Ciencias Biomédicas*, 2011, vol. 2, núm. 1, págs. 91 a 97, pág. 92.

²⁸ APARISI, Ángela y BALLESTEROS, Jesús. *Por un feminismo de la complementariedad: Nuevas perspectivas para la familia y el trabajo*. 1ª edición. Pamplona: EUNSA, 2002. 208 págs. Colección: Astrolabio Ciencias Sociales. ISBN 9788431320201, pág. 147.

²⁹ SPAR, DEBORA L. *Baby business. Cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad*, op., cit., pág. 28: *Pero muchas parejas infértiles llegan a ser devoradas por su deseo de concebir, y están dispuestas a hacer lo que sea necesario para engendrar un hijo propio*.

³⁰ LAMM, Eleonora. "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", op., cit., pág. 81: *Si bien las TRA son utilizadas, en general, por aquellos que no quieren renunciar a tener un hijo "genéticamente propio" (...)*.

³¹ PEREÑA VICENTE, Montserrat. "Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI. Party autonomy and affiliation: challenges of the 21st century". *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (IUS)*, 2012, vol. 6, núm. 29, págs. 130 a 149, pág. 132.

a) Pareja heterosexual que, aportando su material genético, es decir, los óvulos de la mujer y el espermatozoides del hombre, necesitan un vientre que gestee el embrión fecundado *in vitro*.

b) Persona sola, hombre o mujer, que, aportando o no su material genético, necesita la gestación de sustitución para el nacimiento del niño.

c) Pareja homosexual o heterosexual en la que sólo uno de ellos aporta su material reproductor, de manera que la procreación es parcialmente heterónoma y la gestación se produce en el vientre de una mujer ajena a la pareja.

d) Pareja homosexual o heterosexual en la que ninguno de ellos aporta su material genético, de modo que los gametos con los que se realiza la fecundación son *ajenos* a la pareja.

Una vez he analizado a **las personas que recurren a la maternidad subrogada** y los motivos positivos y negativos por los que acuden, toca analizar ahora a las personas que se ofrecen a llevar a cabo esta técnica especial de reproducción asistida. Estas personas lo hacen por uno de los **dos motivos** siguientes: **el altruista o el económico**. Los que piensan en la primera opción, son personas que suelen tener una relación de parentesco o de amistad con los futuros padres, que necesitan experimentar un nuevo embarazo, o bien, por el sentimiento de gratitud que conlleva dar un hijo a una pareja que no puede tenerlo³². Sin embargo, en realidad, lo que más mueve el mundo de la gestación por sustitución es el dinero. Muchas personas se ofrecen, principalmente, por necesidades de carácter económico.

³² SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos", *op. cit.*, pág. 6: *Por su parte, desde el punto de vista de la mujer gestante, las razones para ofrecerse a desarrollar una gestación por encargo de otra u otras personas pueden ser asimismo diversas, aunque en lo esencial cabe trazar la siguiente clasificación: 1) Mujeres que actuarían por solidaridad y guiadas por un espíritu altruista, con el ánimo de favorecer a otras personas en el trance de procrear. (...) relación de parentesco o de muy cerca amistad. Estos supuestos se concertarían con el primero de los grupos (...).* También en: ELEONORA CANO, María. *Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada*, *op. cit.* [Consulta: 14/03/15]: *(...) sólo albergarán un fin altruista, similar al de una donación de órganos o intentarán paliar la culpa acaecida como consecuencia de la práctica de un aborto. Asimismo, existen supuestos en los cuales, es una familiar cercana (abuela, hermana, cuñada, etc.) quien decide prestarle este servicio a su pariente.*

1.6 TIPOS DE MADRES Y DE MATERNIDAD

Al hablar de las personas que se ofrecen y de las que contratan, terminológicamente se puede decir que a día de hoy hay distintos tipos de madres: la madre que gesta, la genética y la jurídica³³. Por tanto, ya no rige el enunciado de que *madre no hay más que una*³⁴. Esta diversificación de la maternidad, no solo se proyecta desde el prisma de distintos tipos de madres, sino también desde el de distintos tipos de maternidades. A continuación haré una aproximación de estas dos cuestiones por separado.

En primer lugar, trataré la cuestión de los distintos tipos de maternidad. Tal y como dice VILAR GONZÁLEZ³⁵, hay dos tipos de gestación por sustitución:

a) Gestacional o parcial (*gestational surrogacy*): *La madre subrogada tan sólo llevará adelante el embarazo en su vientre y no tendrá ninguna relación genética con el bebé nacido, pudiendo ser utilizados para la fecundación gametos de los futuros padres, o bien de donantes anónimos, que serán introducidos en la madre portadora a través de la técnica de la fecundación in vitro (FIV).*

b) Tradicional, total o plena (*traditional surrogacy*): *La mujer gestante aportará tanto su útero, como sus propios óvulos que serán fecundados, habitualmente, mediante inseminación artificial (IA).*

Esta misma autora dice que se produce la gestación por sustitución en sentido estricto solo en el primer caso, en la gestacional, dado que en la tradicional hay el

³³ PÉREZ MONGE, Marina. "Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad", *op., cit.,* pág. 42: *Como es sabido, en nuestro Código civil, la maternidad se determina por el parto, lo cual durante mucho tiempo no planteó problemas, dado que la mujer que aportaba el gameto (maternidad genética) y la que desarrollaba la gestación eran siempre una misma. Con las técnicas de reproducción asistida cambia la situación porque es posible separar maternidad de gestación y genética, e incluso jurídica. En este sentido, en algunos países se admite que la filiación se determine respecto a la madre comitente.*

³⁴ LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela. "La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo". *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1994, núm. 7, págs. 317 a 338, pág. 317: *Madre no hay más que una, se ha dicho siempre, y siempre se había pensado (...). Pero hay que hablar en pasado: en los tiempos que corren, una persona puede tener absoluta constancia, por datos y archivos de laboratorio, de quién es su padre y, al tiempo, tener dos madres, la que le ha concebido (madre biológica) y la que le ha parido (madre subrogada).*

³⁵ VILAR GONZÁLEZ, Silvia. "Situación actual de la gestación por sustitución = Current state of surrogate motherhood", *op., cit.,* pág. 901.

riesgo de crear vínculos afectivos con el recién nacido por parte de la madre que lo ha gestado, puesto que esta también ha aportado su material genético³⁶.

Hay que fijarse en que en ambos tipos de gestación por sustitución, la mujer gestante recurre a las TRA (FIV o IA), por lo tanto, tal y como dice SANCHEZ ARISTI, se descarta la posibilidad de que la gestante sea inseminada de forma directa por su propia pareja, dado que no se estaría hablando de maternidad subrogada al faltar el componente de la reproducción asistida³⁷.

En segundo lugar, abordaré la cuestión de los distintos tipos de madres. Tal y como avancé, se puede hablar de tres tipos de madres: la gestante, la genética (biológica) y la jurídica. La primera es aquella a la que se ha contratado y que lleva a cabo todo el proceso gestacional. La segunda es aquella que ha aportado su material genético, y la jurídica, es aquella que figura legalmente como madre pero que puede haber aportado o no su propio óvulo. Dos ejemplos distintos:

a) Madre gestante aporta su óvulo y su útero. En este caso la madre gestante y la genética son la misma persona. Si se recapitula, se estaría hablando de gestación por sustitución plena.

b) Madre gestante que no aporta su óvulo, únicamente aporta su útero, y por lo tanto, hay otra mujer que aporta el óvulo. En este caso se tendría que la madre gestante y la genética no coinciden. Por ello, puede darse el caso de que quien aporte el óvulo sea otra persona diferente a la madre gestante y a la jurídica (habrían tres madres por separado: la gestante, la jurídica y la genética). Sin embargo, también podría darse el caso de que la madre jurídica sea a su vez la que haya aportado el óvulo (se tendría una madre gestante por un lado, y una madre genética y jurídica que coincidirían, por el otro). En estos dos casos, como la gestante no aporta su óvulo, se estaría hablando de gestación por sustitución parcial.

³⁶*Ibid.*: Este último supuesto no se trata estrictamente de un vientre de alquiler, ya que la subrogada se convertirá también en la madre biológica del niño, lo cual no es muy recomendable al ser mayor la problemática que se podría suscitar al existir un vínculo biológico (...).

³⁷ SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos", *op.*, *cit.*, pág. 3: Nótese que no se contempla como un caso de gestación por sustitución aquél en el que la gestante es inseminada de forma directa por su propia pareja masculina, de un lado porque en tal caso no cabría establecer que la generación ha obedecido realmente el mandato realizado, y de otro porque, no mediando una reproducción asistida, faltaría la singularidad que justifica trazar la filiación al margen tanto de la verdad biológica (...).

2. ANÁLISIS NORMATIVO

La normativa permanece impasible a pesar de la innegable diversificación de la maternidad y del incuestionable avance de las tecnologías en materia de reproducción asistida. Hay que partir de la base de que no hay un cuerpo legal sobre la gestación por sustitución. De esta manera, únicamente se tiene el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA)³⁸:

Artículo 10. Gestación por sustitución

- 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.*

En España la nulidad de pleno derecho de esta tipología contractual es un hecho (artículo 10.1 de la LTRHA). Para profundizar en lo que se refiere a la nulidad, he de aludir de nuevo al Informe Palacios (tal y como hice en el primer epígrafe del trabajo).

Por un lado, hay autores que consideran que dicho Informe supone una recomendación de prohibición de esta práctica en la normativa española³⁹ pero, por el otro lado, hay autores que consideran lo contrario, es decir, que el Informe recomienda su validez en la normativa española pero únicamente en casos determinados.

Los que consideran que recomienda su prohibición aseguran que la práctica de la maternidad subrogada podría *derivar en la explotación de las mujeres*

³⁸ La primera ley, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida ya prohibía esta técnica en España. Las sucesivas modificaciones hasta la actual Ley 14/2006, también han negado este fenómeno reproductivo por el hecho de que siempre se ha considerado que no puede ser objeto de tráfico jurídico ni la gestación ni la reproducción.

³⁹ LLEDÓ YAGÜE, Francisco. "El alquiler de útero y el problema de las madres sustitutas o por encargo". II Congreso Mundial Vasco. *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid: Trivium, 1988, págs. 319 a 346, pág. 438: *Por lo que se refiere a España, el Informe de la comisión especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación humana (Informe Palacios), (...) se muestra totalmente contrario a la gestación por sustitución (...).*

(fundamentalmente de las más necesitadas) y en la cosificación de los hijos. Así, la prohibición descansa en el rechazo a la instrumentalización del cuerpo de las mujeres, la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil, y la contractualización de los niños⁴⁰. En cambio, los que consideran lo contrario, se apoyan en argumentos como el derecho de las personas a formar una familia ante la imposibilidad sexual de poder gestar⁴¹.

Ahora bien, tras una detenida lectura, se puede ver que el informe recomienda expresamente su prohibición puesto que establece que *deberá prohibirse la gestación de sustitución en cualquier circunstancia*⁴².

Si se deja al margen el Informe Palacios y se atiende a la prohibición expresa del artículo 10 de la LTRHA, es muy interesante la aportación de ESPINAR VICENTE⁴³ al determinar los motivos por los que considera que está justificada la prohibición de la maternidad subrogada en la LTRHA. Para ello alega la defensa de intereses sociales, tales como evitar el tráfico internacional de menores, el dotar de transparencia al origen biológico del nacido y el de proteger a las mujeres que no dan su consentimiento libre ni consciente.

Creo que ESPINAR VICENTE tiene parte de razón pero considero que estos argumentos hay que tratarlos como sigue: las razones en las que se vale para apoyar la prohibición también podrían utilizarse en sentido contrario, es decir, para que se

⁴⁰ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia. "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución". En NAVAS NAVARRO Susana y DE LAMA AYMÁ, Alejandra. *Iguals y Diferentes ante el Derecho privado*. 1ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012. 933 págs. Colección: Homenajes y Congresos. ISBN 9788490046470. Págs. 465-516, pág. 31.

⁴¹ LÓPEZ PELÁEZ, Patricia. "Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución ("madres de alquiler") en el derecho español". En ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina y MOLINER NAVARRO, Rosa María. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*. 1ª edición. Valencia: Publicacions de la Universitat de València, 2008. 1740 págs. ISBN 9788437071756. Págs. 661-676, pág. 669: *Por ello el Informe entiende que podría quedar abierto el supuesto en el que la pareja comitente es estéril, aporta los gametos de ambos miembros, y la mujer receptora es soltera, y del ámbito familiar de la pareja, y siempre garantizándose el carácter desinteresado y solidario, aunque tampoco recomienda la autorización del contrato en estas circunstancias*.

⁴² Informe de la Comisión Parlamentaria (Informe Palacios) aprobado el 10 de abril de 1986, apartado H, recomendación núm. 115: *Deberá prohibirse en cualquier circunstancia, y ser objeto de sanción penal o del tipo que proceda las personas que participen en un contrato de gestación por sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que las propicien, los equipos médicos que las realicen, y los centros sanitarios en que se lleven a cabo*.

⁴³ ESPINAR VICENTE, José María. "Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude de la Ley", *op., cit., pág. 595*.

regulara. Así, dando la vuelta al enfoque del autor, se podría establecer que para evitar los riesgos que ha contemplado ESPINAR VICENTE, es necesaria su previsión legal. De este modo, en la medida en que su práctica quedara perfectamente normativizada, estos y otros riesgos desaparecerían.

2.1 “FAVOR VERITATIS”-“FAVOR FILIATIONIS”, “MATER SEMPER CERTA EST”-“PATER ET MATER INCERTOS SUNT”

En el artículo 10.1 de la LTRHA se prohíbe la renuncia a la filiación materna por parte de la mujer gestante, y por tanto, la filiación de los nacidos mediante maternidad subrogada queda determinada por el parto (en virtud del antiguo axioma romano *mater semper certa est*). Ahora bien, con las técnicas de reproducción asistida, se ha producido la supresión de dos principios: el primero el *favor veritatis* por el de *favor filiationis*, y el segundo, el de *mater semper certa est* por el de *pater et mater incertos sunt*⁴⁴. Abordaré ambos cambios por separado.

En primer lugar, se ha de tener en cuenta que con las TRA la concepción que hasta ahora se tenía de la filiación, ha variado. Por ello, hoy en día la filiación no se determina únicamente por la procreación. Así, la concepción que más se adapta a los nuevos tiempos es la que establece LAMM, que afirma que la filiación es *la relación jurídica determinada por la procreación (y la adopción) o por las técnicas de reproducción asistida que se genera entre los progenitores y/o padres y sus hijos*⁴⁵.

Con la gestación por sustitución, lo que se pretende es que no haya un vínculo filial entre el bebé y la madre gestante, y por lo tanto, que la filiación quede determinada en favor de los padres comitentes. Es por este motivo que muchos autores se plantean la sustitución del *favor veritatis* (la filiación debe coincidir con la

⁴⁴ DURAN AYAGO, Antonia. "El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución". *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2012, tomo XII, págs. 266 a 283, pág. 273: *Puede decirse que se ha derogado el favor veritatis en nombre del favor filiationis, lo que implica también que se hayan superado los tradicionales tipos de filiación.* También en: VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. "Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida", *op., cit., pág. 9: (...) la maternidad se concreta por el parto, siendo la regla de Derecho romano mater semper certa est. Aunque, los acuerdos de maternidad subrogada pueden reconducir dicho principio a otro: pater et mater incertos sunt.*

⁴⁵ LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 30.*

verdad biológica), por el de *favor filiationis* (tal y como se establezca en la inscripción de la filiación).

Ello ha provocado que ante los dos tipos de filiación conocidos hasta ahora, la de por naturaleza (matrimonial o extramatrimonial) o por adopción⁴⁶, se plantee un nuevo tipo de filiación: *la filiación intencional*, aquella que derive de los padres que hubiesen recurrido a esta técnica (intencionales, de ahí el nombre). De esta manera, lo más acertado sería contemplar legalmente el nuevo tipo junto con la filiación natural y la adoptiva⁴⁷.

En segundo lugar, hasta que no se empezó a recurrir a la maternidad subrogada, jamás se había cuestionado que la filiación pudiese no venir determinada por el parto, dado que siempre había regido el principio de *mater semper certa est*⁴⁸. Como es comprensible, en su momento, esto originó una conmoción social⁴⁹ que provocó el replanteamiento de qué se entendía por maternidad y a quién se le podía llamar madre⁵⁰.

Como consecuencia de todo ello, algunos autores se han atrevido a reformular el aforismo romano *mater semper certa est* (la madre es siempre cierta) por el de *pater et mater incertos sunt* (el padre y la madre son inciertos)⁵¹. Este último axioma es el que sustenta la maternidad subrogada.

⁴⁶ Artículo 108 del CC: *La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.*

⁴⁷ BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. "Reproducción asistida y determinación de la filiación". *REDUR*, 2010, núm. 8, págs. 25 a 37, pág. 27: *El legislador ha renunciado a establecer una tercera clase de filiación, a sumar a la natural y la adoptiva (...).*

⁴⁸ LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho". *InDret*, 2012, núm. 3, págs. 1 a 49, pág. 4: *En otras palabras, el incólume principio "mater semper certa est" hace crisis, y en el momento presente deja de ser incuestionablemente un hecho cierto.* También en: LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 42: La verdadera paternidad resulta más del amar y servir que de suministrar material genético. La paternidad emocional (...), sobrepuja la paternidad biológica o genética. El vínculo del hijo con los padres no resulta de los factores fisiológicos de generación y parto. La filiación no consiste solo en nacimiento, ni tampoco en descendencia genética.*

⁴⁹ *Ibid., pág. 186: La máxima del derecho romano que expresa "Mater semper certa est", consagrando de este modo la atribución de la maternidad por el hecho del parto, se conmovió cuando la ciencia permitió que sea una mujer extraña a la autora genética la que lleva a cabo la gestación y el trabajo del parto.*

⁵⁰ SPAR, DEBOR L. *Baby business. Cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad, op., cit., pág. 122.*

⁵¹ VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. "Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida", *op., cit., pág. 1109: (...)* *la maternidad se concreta por el parto, siendo la regla de Derecho romano*

Desde la perspectiva de la gestación por sustitución, se cree que tanto el padre como la madre son inciertos. Pienso, por ejemplo, en una gestación por sustitución parcial⁵². En este caso, la madre subrogada gesta a un bebé que genéticamente no es suyo dado que la carga genética, tanto el óvulo como el esperma, pertenecen a los padres intencionales. Es por este motivo que actualmente, *a priori*, en lo que atañe a la gestación por sustitución, no se puede saber a ciencia cierta que el bebé que una mujer lleva en su vientre sea genéticamente suyo. Por lo tanto, como los padres del bebé son inciertos, queda justificado el empleo del principio de *pater et mater incertos sunt*.

En síntesis, si se compara el alcance que tenía el *mater semper certa est* con el que tiene ahora, se puede ver como el mismo se ha quedado rezagado en el tiempo. Consecuentemente, este principio no puede servir de sustento para el antes y el después de la aparición del maternidad subrogada puesto que, en el contexto actual, dicho principio no tiene cabida dado que hablar de maternidad ya no equivale a parto. De ahí que cada vez más, como apoyo al principio *pater et mater incertos sunt*, se hable de una **desconexión entre el óvulo, el útero y la madre**⁵³.

2.2 DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

Esta nueva proyección lleva a plantearme qué sucede con la filiación cuando las personas se someten a esta técnica especial de reproducción asistida. La madre gestante siempre será considerada la madre legal en virtud del parto y la filiación vendrá determinada por ello⁵⁴. Por lo tanto, como más adelante se verá, la consecuencia de que la filiación quede determinada por el parto es que en el Registro

mater semper certa est. Aunque, los acuerdos de maternidad subrogada pueden reconducir dicho principio a otro: pater et mater incertos sunt.

⁵² Cfr. la diferenciación entre gestación por sustitución parcial y la total en el primer epígrafe del trabajo.

⁵³ Tal y como dice TUBELLA DOMÍNGUEZ, Mark. *Su bebé, gracias (gestación por subrogación)*, op., cit. [Consulta: 25/04/2015], pág. 12.

⁵⁴ HUALDE MANSO, María Teresa. "De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada". *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2012, vol. 1, núm. 10, págs. 35 a 47, pág. 39: *El ordenamiento español no toma en consideración el origen del gameto femenino utilizado para la procreación, siendo indiferente que sea el de la propia madre gestante o el de una mujer donante de óvulo; (...) La filiación materna se construye sobre la verdad biológica pero no en el sentido de verdad genético, sino sobre la verdad gestacional (...).*

Civil español (en adelante RC), el bebé nacido mediante esta técnica, quedará inscrito como hijo de la madre gestante y no de la genética y/o la jurídica⁵⁵.

A continuación se verá que la problemática está en la determinación de la filiación de las parejas comitentes que han recurrido a la madre gestante (parejas homosexuales, heterosexuales y sus variantes, casadas o no casadas), así como, hombre o mujer en solitario⁵⁶. Además, se podrá ir viendo si procede en cada caso la acción de reclamación de la paternidad biológica en virtud del artículo 10. 3 de la LTRHA⁵⁷. Gracias a LAMM⁵⁸ se podrá ejemplificar toda esta difícil materia.

Antes de abordar toda esta complicada cuestión haré un paréntesis en relación con la acción de reclamación del padre biológico. La legislación española contempla la posibilidad de acudir a los tribunales para reclamar la paternidad aunque la técnica mediante la cual se engendró al hijo esté prohibida.

Este planteamiento no tiene sentido alguno. No deja de ser confusa esta situación dado que si dicha técnica está prohibida, tampoco se debería permitir todo lo que de ella se derivara. Para evitar esta situación de desconcierto, la solución es crear una legislación propia sobre esta materia.

Como avanzaba, seguidamente analizaré la determinación de la filiación en función de si se está hablando de parejas heterosexuales, de donantes anónimos, de parejas homosexuales y de hombres o mujeres solos⁵⁹.

⁵⁵ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014". *Diario La Ley*, 2014, núm. 8309, págs. 1 a 14, pág. 3: *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (...). La madre siempre estará determinada y sólo habrá que atender al hecho cierto del alumbramiento (...).*

⁵⁶ Cfr. Anexo I: Determinación de la filiación y reclamación de la paternidad.

⁵⁷ MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana. "Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado español". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2012, núm. 731, págs. 1363 a 1391, pág. 1364: *En efecto, el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna. Las acciones a las que se refiere el precepto referido son las generales de determinación legal de la filiación, regulada en los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), siendo competentes los Tribunales españoles, en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).*

⁵⁸ LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit.*, págs. 244 a 246.

⁵⁹ Cfr. las personas que podían beneficiarse de esta técnica en el primer epígrafe del trabajo.

2.2.1 Parejas heterosexuales

En primer lugar, respecto a las parejas heterosexuales, LAMM⁶⁰ distingue su trato en función de si es una pareja casada o no. En el caso de que **esté casada**, al nacer el hijo constante matrimonio, se establece la presunción de paternidad a favor del cónyuge de la madre. Además, se determina que en el caso de que la madre se someta a las TRA, tanto si el padre ha dado el consentimiento como si no, se considerará hijo de éste.

Al igual que en el caso anterior, también se presumirá como hijo del marido cuando se recurra a un **donante anónimo**. Por lo que respecta al donante anónimo y a la posible reclamación de paternidad, la legislación es muy contundente en la medida en que niega tajantemente la posible acción de reclamación por parte del donante. Ello implica que el hecho de que se utilice el gameto de un donante, solo tiene repercusiones en cuanto a la creación de un bebé, y por lo tanto, no las tiene a nivel jurídico⁶¹. *La intervención del donante se agota en ello (en la donación)*⁶². De esta forma, jamás se podrá vincular la maternidad o la paternidad con el donante del gameto.

Una vez visto qué sucede en el caso de las parejas heterosexuales casadas y cuando las mismas acuden a un donante, hay que saber qué ocurre en el caso de que **no estén casadas**. En este último supuesto, se distingue en función de si se trata de una procreación asistida homóloga o si se trata de una heteróloga⁶³. A efectos prácticos, en ambas el reconocimiento de la filiación recaerá sobre el varón que haya consentido y la filiación paterna será considerada no matrimonial. Por ello, el marido o

⁶⁰ LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit.*, pág. 342.

⁶¹ *Ibid.*, pág. 117: *Mientras que la intervención del donante, si bien es necesaria para la existencia del nuevo ser, no tiene, en principio, consecuencias jurídicas. Ibid.*, pág. 182: *En los casos de donante anónimo, la paternidad le corresponde a aquel que ha aportado el elemento volitivo. Se está ante un varón que consiente, que desea la inseminación o fecundación, y que quiere –porque así lo ha consentido, es decir, así resulta de su voluntad –asumir esa paternidad, y por ello se convierte en “padre”. (...) Si la ley considera padre a aquel que prestó su consentimiento, aunque de él no provenga el material genético, entonces, no hay porqué establecer vínculos con quién, por un acto altruista, donó su semen sin ninguna intención de tener un hijo. Ibid.*, pág. 183: *(...) el vínculo entre el nacido y el donante es puramente genético.*

⁶² *Ibid.*, pág. 117.

⁶³ Inseminación artificial homóloga o del cónyuge: el semen se obtiene por masturbación un tiempo antes de realizar la inseminación. Inseminación artificial heteróloga o de donante: Semen anónimo obtenido del banco de esperma.

la pareja (de hecho⁶⁴) que hubiese aportado su gameto para fecundar el óvulo que llevaría la mujer gestante, podrá reclamar la paternidad correspondiente.

Así, tal y como dice HUALDE MANSO, *el varón cuyos gametos se utilizaron para inseminar a la mujer gestante a la que se contrata (...) podrá reclamar la paternidad con independencia de que hubiera sido (quizá) parte en el contrato de gestación. Si el varón que aportó sus gametos para que con una u otra técnica se consiga que la mujer a la que se contrata dé a luz ejercita la acción de reclamación de la paternidad y la sentencia determina está a su favor, esa filiación paterna se inscribirá en el Registro Civil*⁶⁵.

Llegados a este punto, LAMM⁶⁶ conforme a lo establecido en la LTRHA, plantea varios supuestos de determinación de la filiación en función del estado civil de la pareja heterosexual y el de la madre gestante.

- *Primer supuesto: el varón comitente aporta el gameto, y la mujer gestante aporta el óvulo y la gestación. Es decir, "la mujer gestante y aportante del óvulo, es inseminada con gametos del varón comitente". En consecuencia la madre gestante es a su vez, madre genética y el varón es padre genético. Aplicando el art. 10 de la LTRA, madre jurídica será la gestante y padre será el varón comitente por el hecho de poder demostrarlo por la correspondiente prueba de paternidad, independientemente de que esté casado o no.*
 - *Ahora bien, si la madre subrogada es soltera, bastaría un reconocimiento (no de complacencia debido al nexo genético) por parte del comitente.*

⁶⁴ El problema se plantea con las parejas que no están unidas en matrimonio o de hecho. En este caso, LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 406: Si la mujer gestante no fuera casada, no habrá paternidad determinada legalmente mientras que no se proceda por alguna de las vías del art. 120 CC, pudiendo por tanto efectuar el varón comitente un reconocimiento expreso, que le atribuiría la paternidad en tanto no se impugnara, o iniciar un expediente registral en tal sentido.*

⁶⁵ HUALDE MANSO, María Teresa. "De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada", *op., cit., pág. 40.*

⁶⁶ LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 240.*

- *Si la madre subrogada está casada, en principio, es padre su marido, por lo que el padre genético debería previamente impugnar dicha paternidad para reclamar la suya.*⁶⁷

En uno u otro caso, una vez reconocida la paternidad del padre genético, si la madre legal renuncia a sus derechos y entrega al niño en adopción, la madre comitente – si es a su vez esposa del padre genético y comitente – podrá adoptarlo, tratándose en este caso de la adopción del hijo del cónyuge⁶⁸. Adopción que como se vio, no presenta mayores dificultades, aunque como se puede advertir, no son fáciles los pasos previos.

- *Segundo supuesto: la madre portadora aporta además el gameto femenino, y es inseminada con gametos masculinos de donante. Madre jurídica es la gestante, y padre:*
 - *Si la portadora está casada, en principio, se atribuye la paternidad a su marido por la presunción del art. 16 CC. Ahora bien, el marido de la gestante podría impugnar la paternidad ya que no ha mediado aportación de gametos ni voluntad de asumir la paternidad.*
 - *Si la portadora no está casada, se distinguen los siguientes supuestos:*
 - *Si la portadora mantiene su maternidad, cabe que el varón comitente u otro reconozca el nacido. Se trataría, no obstante, de un reconocimiento de complacencia.*
 - *Si la portadora da al niño en adopción, como en este caso el comitente no es el padre genético, no puede determinarse su paternidad como en el caso anterior, por lo que correspondía la adopción por ambos comitentes. Es decir, ya no se trata de*

⁶⁷ *Ibid.*, pág. 237: *Además, si la mujer gestante es casada, la presunción del art. 116 CC puede determinar que se inscriba al hijo como del marido. Éste podrá impugnarla, pero también podrá reclamarla el varón de la pareja comitente (el que “encargó” la gestación), si él ha sido quien aportó el semen.*

⁶⁸ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, op., cit., pág. 76: *En otras palabras, conforme al propio art.10.3 LTRHA, el varón que fuera el padre biológico (genético) del nacido puede ejercitar la acción de reclamación de la paternidad y, posteriormente, previa renuncia de la gestante, realizada transcurridos treinta días desde el parto (art. 177.2.3 CC), el hijo puede ser adoptado por la verdadera pareja, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el art. 176 CC.*

la adopción del hijo del cónyuge, sino que rigen las reglas generales de la adopción, por lo que será muy difícil que el nacido se entregue a los padres comitentes. Ya se expusieron anteriormente los problemas que se plantean en materia de adopción en estos supuestos.

- *Tercer supuesto: los comitentes aportan los gametos masculinos y femeninos, y la madre gestante, únicamente la gestación. Es el supuesto más común de maternidad por sustitución. Madre será quien gestó, y padre, en principio, el aportante de gametos. Si bien en este caso el óvulo proviene de la comitente, la maternidad, conforme a la ley se determina por el parto, y la paternidad según se analizó en el primer caso.*
- *Cuarto supuesto: el gameto femenino es aportado por la madre comitente, el gameto masculino procede de donante y la gestación se encarga a una madre portadora. Jurídicamente, la madre será la gestante, mientras que la solución relativa a la paternidad será la misma que para el segundo caso planteado.*
- *Quinto supuesto: los gametos masculinos y femeninos proceden de donante y la gestación se encarga a una madre portadora. El derecho reconoce como madre a la gestante. Por otra parte, la paternidad dependerá de diversos factores, entre ellos la voluntad de la madre.*
 - *Si la madre está casada, una vez nacido el niño, se presume padre el marido de la madre, y si nadie impugna así quedará. Si se impugna, se demostrará que dicho marido no es el padre biológico del nacido. La determinación de la filiación queda, según parece, a la voluntad de la madre y del que se presume padre, los comitentes no podrían impugnar ni reclamar con fundamento en la procedencia genética de los gametos (pues fueron donados) ni en el contrato de maternidad subrogada, calificado como nulo por el derecho español.*
 - *Si la madre no está casada, la maternidad se determina por el parto. En consecuencia la madre portadora será a su vez madre jurídica, y la paternidad se determinará conforme se analiza en el segundo supuesto.*

- *Sexto supuesto: el comitente aporta los gametos masculinos, los gametos femeninos son aportados por donante y a una madre portadora se le encarga la gestación. La madre genética es distinta de la gestante, que como es sabido, será la madre jurídica. Como el varón aporta los gametos masculinos, podría demostrar su paternidad, que en ese caso se determinaría conforme se analizó en el primer caso.*

2.2.2 Parejas homosexuales

Hasta aquí se ha podido ver qué es lo que sucede con las parejas heterosexuales en relación con la determinación de la filiación y la acción de reclamación de la paternidad, y por último, se ha visto ejemplificado. Ahora toca examinar, siguiendo las mismas directrices, a las parejas homosexuales.

Con respecto a estas parejas, con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, se empezó a hablar de filiación en parejas homosexuales dado que hasta esa ley solo se había hablado de filiación por naturaleza y filiación adoptiva en parejas heterosexuales.

Se considera equiparable, pero con distintas salvedades que se verán⁶⁹, el trato que ha de tener la determinación de la filiación de parejas homosexuales con el de las heterosexuales. En este punto hay que hacer una distinción según si se trata de dos mujeres o de dos hombres homosexuales, puesto que la normativa diferencia ambas situaciones.

o Pareja homosexual de varones

Hay que recordar que la filiación podía ser por naturaleza (matrimonial o extramatrimonial) o por adopción. En relación con la filiación por naturaleza, los dos hombres quedan descartados pues no pueden concebir de forma natural. En este caso, si quieren tener un hijo *propio*, sólo les queda acudir a la gestación por sustitución, y una vez producido el nacimiento, el hombre que no haya aportado su material genético, adopte al hijo de su pareja una vez el padre biológico (su cónyuge) haya reclamado la paternidad. Así, con independencia de si están casados o no, el

⁶⁹ *Ibid.*, pág. 59.

que hubiese aportado su material genético podrá reclamar la paternidad a su favor⁷⁰. De ello se deduce que no por ser la pareja de quien ha ejercido la acción de reclamación, automáticamente también la filiación será determinada a su favor (dado que se deberá acudir a la adopción). Por consiguiente, en el caso de dos varones solo cabe la filiación adoptiva y no la natural.

Para entender toda esta enrevesada situación, en base a la LTRHA, LAMM⁷¹ da a conocer los supuestos ante los que se podría encontrar la mujer gestante y la pareja homosexual de varones. Para ello pone el siguiente supuesto de hecho. Ahora bien, los nombres de los protagonistas son inventados para mayor comprensión del caso.

Se está ante una pareja homosexual compuesta por 2 varones: Marcos y Carlos. Esta pareja acude a Laura para que tenga un hijo, es decir, para que actúe como madre subrogada.

- *Si Laura estuviera casada, el hijo tendría el status de hijo matrimonial de Laura y su cónyuge. Cualquier convenio o contrato entre Marcos, Carlos y Laura, teniendo por objeto la maternidad subrogada sería nulo (art. 10 LTRA). No obstante, el marido podría impugnar su paternidad si no la consintió, o si lo que consintió fue la inseminación artificial pero con fines de maternidad subrogada. Por otro lado, si el semen fue aportado por Marcos o Carlos, entonces este sería el padre genético (LTRA art. 10.3), pudiendo también impugnar esta paternidad y una vez efectuada esta impugnación, cabría luego el reconocimiento de la paternidad del padre genético.*
- *Si Laura no estuviese casada, el hijo se inscribiría con la filiación materna no matrimonial de Laura. Si Marcos o Carlos hubiesen prestado su semen, la filiación paterna (o con mayor precisión, con la vigente legislación registral civil, él sería el progenitor 1, porque el progenitor 2 sería la mujer gestante Laura), competirá a quien hubiese facilitado su célula germinal. Pero siguiendo esta última hipótesis, si el esperma corresponde a Marcos, éste tendría la filiación extramatrimonial, pero ¿Qué ocurre con Carlos? Al no derivársele ninguna filiación, tampoco tendría la patria potestad.*

⁷⁰ LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit.*, pág. 340.

⁷¹ *Ibid.*, pág. 244.

Además, si Marcos y Carlos se divorciasen Carlos no tendría ni guarda ni custodia del hijo, y tampoco derecho de visita alguno a su favor con lo cual la situación de indefensión para Carlos es absoluta.

LAMM entiende que en ambos supuestos, es decir tanto en el caso de Laura sea casada como no, una vez reconocida la paternidad de Marcos, la solución sería que Laura consintiese la adopción de su hijo que también lo es de Marcos. Repárese que se estaría en el supuesto de la adopción del hijo del cónyuge (art. 18 CC). Conforme a los actuales cambios registrales el hijo tendría dos progenitores: por un lado Marcos como progenitor 2, y ahora Carlos como progenitor 1. Obsérvese que el art. 178 CC, para pervivir la filiación del cónyuge que consiente Marcos, con la del otro cónyuge que asumirá complementariamente la filiación del hijo Carlos; aunque ambos cónyuges sean del mismo sexo.

- **Pareja homosexual de mujeres**

En este caso, se sigue un planteamiento distinto en función de si las mujeres están casadas o no.

Quando una mujer estuviere **casada**, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta 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 nacido⁷². De este modo, como la pareja está casada, la filiación del hijo será matrimonial⁷³. Es interesante tener en cuenta que aquí se determina la filiación a favor de una mujer cuyo vínculo genético con la criatura es nulo⁷⁴. En cambio, cuando se habla de parejas de mujeres **no casadas**, si se atiende a la LTRHA, se hace mención a la *mujer casada* pero no a la *mujer no casada*⁷⁵. Ello implica que la determinación de la filiación es totalmente distinta.

⁷² *Ibid.*, pág. 346: Si está casada, así como sucede en un matrimonio entre personas de distinto sexo, en este caso, bastará también con el escrito indubitado en el que ha manifestado su consentimiento, para poder inscribir como suyo al niño, sin que sea necesario acudir a la adopción. Artículo 7.3 de la LTRHA.

⁷³ *Ibid.*, pág. 347: Entonces, el hijo debe inscribirse como matrimonial, al estar la pareja destinataria casada, y en el Registro Civil, al no constar (...) las expresiones padre y/o madre; sino progenitor A y progenitor B (...).

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Artículo 7.3 de la LTRHA: Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta 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.

Efectivamente, tal y como dice LAMM, *teniendo en cuenta la actual legislación, tratándose de una pareja de mujeres no casadas, la que no es usuaria de las TRA, es decir, la que no da a luz, para poder ser madre del niño deberá adoptarlo*. Así, sólo le queda la vía de la adopción para determinar que el hijo es tan suyo como el de su compañera.

Consecuentemente, la filiación será adoptiva en el caso de una pareja de mujeres no casadas, a diferencia de lo que ocurría antes con las casadas en la que la filiación era matrimonial.

Ahora bien, la opción del legislador con respecto a la adopción tanto en las parejas heterosexuales como en las homosexuales, es totalmente absurda teniendo la posibilidad de regular la gestación por sustitución de una vez por todas. En esta línea, DE VERDA Y BEAMONTE sostiene que *supone utilizar la adopción para conseguir los efectos que se perseguían mediante la celebración del contrato de gestación por sustitución; y, si esto es así, ¿por qué no se admite directamente la gestación por sustitución y se evita un proceso más largo y complejo que va a llevar al mismo resultado?*⁷⁶

En suma, se podría decir que no hay un trato equitativo en relación con la maternidad y la paternidad por el hecho de que, mientras que en el artículo 10. 3 de la LTRHA se permite *la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico*, en cambio cuando se habla de maternidad, todo viene determinado por el aforismo de *mater semper certa est*. De ello se denota que únicamente se tiene en cuenta el aspecto genético y se descarta que la mujer que pare pueda no ser la madre genética de la criatura.

2.2.3 Varón o mujer solos

Una vez me he puesto en la tesitura de las parejas heterosexuales, de los donantes anónimos y de las parejas homosexuales que acuden a la maternidad subrogada, es preciso analizar cómo se determinaría la filiación en el caso de que acudiese un varón o una mujer solos.

⁷⁶ En ALBERT MÁRQUEZ, Marta María. "Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil". *Diario La Ley*, 2012, núm. 7863, págs. 1 a 19, pág. 6.

- **Mujer sola**

La LTRHA permite la maternidad por parte de mujeres solas⁷⁷. En este caso, por lo que respecta al gameto masculino, habrá un donante que fecundará un óvulo y el embrión será llevado por la mujer gestante. Tal y como dice LAMM, *el donante del material reproductor queda eximido de la paternidad y de cualquier responsabilidad derivada de ella (...). Conforme a lo expuesto, el vínculo legal de filiación sólo se establecerá respecto de la madre, mas ese niño carecerá de padre legal, en virtud de la imposibilidad legal de atribuirle la paternidad al donante. Luego, nada impide que se produzca la adopción del hijo, por un futuro cónyuge o compañero*⁷⁸. Es por ello que en este caso únicamente se determinará la maternidad y no la paternidad.

- **Hombre solo**

Sabiendo cómo se plantea la maternidad de una mujer sola que acude a la gestación por sustitución, LAMM lo asemeja al supuesto de la determinación de la paternidad de un hombre solo. Por ello asegura la autora que *si se reconoce el derecho a procrear a la mujer, también corresponde reconocérselo al hombre*⁷⁹. De no hacerlo, se estaría ante un supuesto claro de discriminación.

LAMM cree que se ha de tratar de forma equitativa la situación en la que la mujer recurre a un donante de gameto masculino, para poder ser madre solitaria, y el caso del hombre que recurre a una madre gestante⁸⁰. En el caso del varón se considera que el mismo ha de haber aportado su material genético dado que de lo contrario se estaría ante la figura de la adopción⁸¹.

Por ello, la autora establece que *por más raro que suene, que madre es el padre –en este caso quien aportó el elemento genético y el elemento volitivo causa*

⁷⁷ LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 107: (...) se hace referencia a una mujer que no teniendo pareja, se somete a las técnicas de reproducción asistida con intervención de donante. Puede tratarse de una mujer soltera, viuda, divorciada o separada legalmente.*

⁷⁸ *Ibid., pág. 108.*

⁷⁹ *Ibid., pág. 248.*

⁸⁰ *Ibid., pág. 247.*

⁸¹ *Ibid.*

fuente del nacimiento –entonces ese niño tendrá padre, más no madre. Y esto es precisamente lo que sucede en estos casos⁸².

LAMM afirma que por lo que respecta a la filiación en materia de maternidad subrogada, esta se ha de determinar en base a la voluntad de quien quiere tener el hijo⁸³. Lo que tienen en común el hombre y la mujer que acuden solos es que ambos tienen el mismo objetivo, que es el de tener un hijo propio.

2.3 POSIBLES SANCIONES

Dado que la maternidad subrogada se considera nula de pleno derecho, si se atiende a los artículos 1305 y 1306 del CC⁸⁴, se puede establecer que la nulidad del posible contrato de gestación por sustitución implica que todo lo que se hubiese establecido en el mismo, es inexigible por la parte perjudicada. Tal y como afirma JIMÉNEZ MUÑOZ⁸⁵, *la madre gestante que se arrepienta de lo acordado no deberá entregar al nacido ni tolerar la constitución de la filiación a nombre de la comitente, ni tampoco devolver las cantidades que hubiera podido percibir; ni, en el caso inverso, podrá imponer la recepción del niño o la constitución de la referida filiación, ni exigir la entrega de las cantidades acordadas pendientes de pago, no debiéndose tampoco indemnización alguna ni en un caso ni en el otro.*

⁸² *Ibid.*, pág. 249.

⁸³ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, op., cit., pág. 67: *En lo que respecta a la filiación, ya se vio que en la gestación por sustitución ésta se determina sobre la base de la voluntad procreacional. Consecuentemente, cuando el comitente es un hombre solo, la voluntad procreacional será aportada por éste, y por ende el niño que nazca como consecuencia de esta técnica tendrá padre, pero no madre.*

⁸⁴ Artículo 1305 del CC: *Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta. Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiera prometido.* Artículo 1306 CC: *Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: 1.ª Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido. 2.ª Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.*

⁸⁵ JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)". *Revista Boliviana de Derecho*, 2014, núm. 18, págs. 400 a 419, pág. 406.

De esta forma, una vez se ha hecho una lectura pormenorizada del artículo 10 de la LTRHA, se puede ver como solo se establece la nulidad de pleno derecho del contrato y ninguna sanción al respecto. Por lo tanto, dicha práctica no está expresamente prohibida en la normativa española. Debido a que no se establecen de forma directa las posibles sanciones que pudiera conllevar su práctica, lo que se ha establecido es una *solución alternativa* respecto a la posible sanción que se aplicaría en el caso de que se realizara sin respetar la normativa española.

Si se atiende a la sanción civil, se considera el contrato nulo de pleno derecho. En relación con la vía administrativa, no hay unanimidad entre los autores. Hay autores como VILAR GONZÁLEZ, que consideran que las conductas serán objeto de sanciones administrativas, mientras que autores como LÓPEZ PELÁEZ, se decantan por establecer que no las hay⁸⁶.

En relación con la vía penal, el Código Penal (en adelante CP) no tipifica como delito la gestación por sustitución. Es por este motivo que se ha buscado un símil con otros delitos que sí contempla el CP, como los delitos de suposición de parto, recepción de un menor mediando compensación económica y el de alteración de la paternidad (artículos 220-222 del CP⁸⁷).

En otras palabras, en sí la gestación por sustitución no tiene relevancia penal porque no se contempla como delito de forma expresa, y lo único que se hace es negar sus efectos declarando la nulidad contractual de la misma⁸⁸.

⁸⁶ VILAR GONZÁLEZ, Silvia. "Situación actual de la gestación por sustitución = Current state of surrogate motherhood", *op., cit., pág. 910: En los artículos 24 y siguientes de la Ley se establece que las infracciones en materia de reproducción humana asistida serán objeto de sanciones de tipo administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.* En cambio, está la opinión de: LÓPEZ PELÁEZ, Patricia. "Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución ("madres de alquiler") en el derecho español", *op., cit., pág. 665: (...) Por lo tanto, no hay sanción administrativa previa.*

⁸⁷ Consultar los artículos 220 a 222 del CP sobre la suposición de parto y la alteración de la paternidad, estado o condición del menor.

⁸⁸ LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 238: Cabe advertir que la relevancia penal de la maternidad subrogada vendrá marcada por la realización de algún comportamiento subsumible en alguno de esos tipos penales y no por el mero hecho de realizar el contrato de maternidad por sustitución, conducta que, como se ha indicado, es atípica y, por tanto, impune. En definitiva, la maternidad por sustitución es penalmente irrelevante, de manera que sólo plantearía su trascendencia criminal cuando, una vez nacido el niño, se altera su filiación adscribiéndolo a una familia que no le corresponde legalmente. De esta manera, la opción de política legislativa no pasa tanto por la prohibición o punición de este tipo de actividades, como por privar al contrato de efectos jurídicos y establecer la relación de*

Llama mucho la atención que las sanciones se encuentren en cuerpos legales diferentes del que se *regula* la gestación por sustitución. Por ello, la cuestión no es acudir a distintos códigos normativos, sino crear un cuerpo legal que no solo contemple las sanciones, sino que regule la maternidad subrogada: concepto, casos en los que se permitiría, responsabilidad de los profesionales que intervienen etc.

Ante la insuficiencia normativa evidente en esta materia, muchas de las personas que quieren recurrir a esta técnica, no les queda otra que ir a los países en los que es legal. Por lo tanto lo hacen a espaldas de la legislación española por considerar que la legislación extranjera es más permisiva con la gestación por sustitución⁸⁹. Esta alternativa para poder tener hijos, muchos autores la han asociado al fenómeno del *turismo reproductivo*, *turismo procreativo* o *turismo de fertilidad*⁹⁰. El conflicto no sólo se da cuando se realiza esta técnica fuera de España sino también cuando de la práctica de la misma se pretende el reconocimiento de la filiación en el país de origen⁹¹.

España no es el único país que se encuentra inmerso en esta problemática legal y práctica⁹². Ahora bien, algunos de esos países han optado por amoldar sus

filiación con respecto a la madre gestante, con independencia de que el óvulo o embrión del que procede el hijo sea suyo o no.

⁸⁹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, núm. 2, págs. 147 a 174, pág. 147: *Así sucede especialmente con los contratos de "gestación por sustitución", regulados de forma muy dispar en los diversos Estados. El problema jurídico surge cuando la filiación de los nacidos mediante dicha técnica se determinada conforme al Derecho del Estado de destino, al que se desplazan los ciudadanos de otros países en busca de leyes más permisivas, y se pretende reconocer la misma en un país en el que tal filiación no es admitida.*

⁹⁰ DURAN AYAGO, Antonia. "El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", *op., cit., pág. 271*. FARNÓS AMORÓS, Esther. "European Society of Human Reproduction and Embryology. 26th Annual Meeting". *InDret*, 2010, núm. 3, págs. 1 a 17, pág. 7: *En términos generales, el "turismo reproductivo" puede definirse como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a las TRA. De forma más precisa, el fenómeno se identifica con el desplazamiento de posibles receptores de TRA desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden obtenerla.*

⁹¹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?", *op., cit., pág. 149*: *En tales casos, el denominado turismo procreativo da un salto cualitativo y cuantitativo, en tanto que no sólo se trata de acceder a las TRA sino además crear una relación jurídica, -determinación de la filiación-, totalmente válida conforme al Derecho del Estado receptor que afecta a un tercero con individualidad jurídica propia: el nacido.*

⁹² PÉREZ MONGE, Marina. "Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad", *op., cit., pág. 42*: *(...) la regulación de la maternidad de sustitución es una cuestión delicada. (...) divergencia entre la normativa vigente y la situación real en España.*

legislaciones a la realidad ya sea modificando su legislación, o bien, permitiendo su práctica en circunstancias excepcionales.

2.4 LA CERTIFICACIÓN REGISTRAL EXTRANJERA

A continuación trataré de explicar varias cuestiones de Derecho Internacional Privado en relación con la certificación registral extranjera. Examinarlas me servirá, en los siguientes epígrafes, para entender como maniobraron las autoridades españolas ante uno de los casos que más conmocionó a la sociedad.

Para ello, he creído conveniente dividir en tres apartados este análisis. El primero de ellos sobre el reconocimiento registral de una filiación determinada conforme a una ley extranjera. El segundo sobre las posibles actuaciones de los órganos jurisdiccionales españoles, y el tercero, sobre el objeto de reconocimiento en el marco del RC. Para conseguir un mayor grado de comprensión, en cada uno de estos tres apartados, he seguido a OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS⁹³.

2.4.1 El reconocimiento registral de una filiación determinada conforme a una ley extranjera

Cuando se produce el nacimiento de un bebé en el extranjero mediante gestación por sustitución, se plantean muchas cuestiones. La más importante es conseguir la inscripción del mismo en el RC.

Así pues, a lo primero a lo que se atiende es a la cuestión de la competencia para saber quién va a llevar a cabo la inscripción del pequeño en el RC. Para ello, se ha de acudir a la nacionalidad de los padres comitentes. En el caso de que no estuviesen domiciliados en territorio español, únicamente será competente el encargado del Registro Consular (art. 68 Reglamento del Registro Civil, en adelante RRC). Por el contrario, si están domiciliados, lo será el Registro Civil Central (art.21 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil).

En el momento en el que los padres comitentes insten la inscripción ante la autoridad que compete, esta deberá verificar si el nacimiento del bebé afecta a

⁹³ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia. "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución", *op., cit., pág. 10*.

españoles. Si no atañe a españoles, al ser un hecho acaecido en el extranjero, no les afectará y no será título inscribible en el RC español.

Por lo que respecta a los padres comitentes, no plantea dudas como título inscribible una certificación registral extranjera en la que se establezca que una mujer es la madre de los nacidos⁹⁴. En cambio, como es lógico, el acceso al RC de los bebés de una pareja homosexual es discutible dado que es incuestionable que por la vía natural no pueden tener hijos.

En el caso de la mujer, el RC procedería a la inscripción en virtud del artículo 17 del Real Decreto de 24 de julio de 1889⁹⁵, que dice que *son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles*⁹⁶. En el caso de los hombres, la situación sería totalmente distinta puesto que el trato a una mujer y a un hombre a nivel registral es muy dispar. Ambos tienen semejanzas y diferencias.

En común, es que a ambos se les reconoce la maternidad y la paternidad en el extranjero, y también, que piden el reconocimiento de la filiación a las autoridades españolas. La diferencia es que *no en todos los supuestos se oculta o se puede ocultar que los niños cuyo nacimiento se quiere inscribir han sido gestados por una mujer que no constará en el asiento*⁹⁷. Y este es el caso de los hombres, dado que con la mujer las autoridades españolas no tendrán la obligación de acudir a las normas de conflicto porque las autoridades extranjeras ya habrán determinado, conforme a su

⁹⁴ *Ibid.*, pág. 12: Cuando al menos uno de los promotores de la inscripción es una mujer española, puede ocurrir que la certificación registral extranjera que se presenta como título para el asiento español no recoja la particularidad del supuesto: que se limite a acreditar que (al menos) esa mujer es la madre de los recién nacidos. La autoridad española, en este caso, es posible que no tenga conocimiento de la particular forma en que se generaron, gestaron y alumbraron los hijos. El nacimiento sería inscrito en el Registro Civil español, a partir de la certificación registral extranjera, porque no habría (y siempre que no concurrieran, por otra razón) dudas de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española (art. 23.II LRC). La inscripción se practicaría en la errada idea de que esa mujer, la comitente y promotora de la inscripción, ha dado a luz en el extranjero.

⁹⁵ Texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (Vigente hasta el 15 de Julio de 2015).

⁹⁶ Es muy importante que primero se reconozca la filiación para después saber la nacionalidad. Artículo 17.1 a) del Real Decreto de 24 de julio de 1889. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia. "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución", *op. cit.*, pág. 11: Obsérvese que, aunque este precepto permita tener en cuenta la descendencia física como un hecho suficiente para determinar la nacionalidad, pues no exige que los niños sean "hijos de españoles", sino "nacidos de padre o madre españoles" (el énfasis es mío), la generación de los hijos por parte de los comitentes en las situaciones de maternidad de sustitución no es evidente con carácter general (...).

⁹⁷ *Ibid.*, pág. 12.

derecho, que se dan los requisitos necesarios para declarar la maternidad a favor de la madre comitente.

Es decir, mientras que con la mujer no se acudirá a las normas de conflicto por no dudar de que ella es la madre del bebé, en el caso de dos hombres, como es lógico, habrá duda de que sean sus hijos, y por lo tanto, se acudirá a las normas de conflicto españolas.

Ante esta realidad creada en el extranjero y que pretende ser reconocida en España, las autoridades españolas deberán determinar si conforme a su derecho se le puede otorgar efectos o no a la decisión extranjera.

2.4.2 Posibles actuaciones de los órganos jurisdiccionales españoles

Para extender la eficacia de un pronunciamiento extranjero, y por lo tanto, otorgar efectos o no a la decisión extranjera, los padres comitentes pueden ir por la vía del reconocimiento de la filiación o por la del exequatur (o declaración de ejecutividad).

Es en este punto cuando la autoridad española, una vez la pareja comitente haya ejercitado la acción de filiación, *deberá acudir al artículo 9.4 CC para determinar conforme a qué ley ha de resolver el fondo del asunto. De ello cabe deducir que el método que haya de emplearse para dar la solución correcta al problema (reconocimiento o Derecho aplicable) dependerá en buena medida de lo que las partes requieran.*

En el momento en que se les pide a las autoridades españolas la determinación de la filiación, ello implica que se han de tener en cuenta dos cuestiones:

- **La ley aplicable:** se trata de determinar cuál es la ley aplicable ante una situación jurídica. Este conflicto de leyes implica que *si los hijos son españoles (el art. 9.4 CC declara aplicable la ley nacional del hijo), será considerada madre la mujer que dio a luz, y se presumirá que la persona casada con ésta es el padre o la segunda madre, en función de si es un hombre o una mujer,*

*respectivamente*⁹⁸. Se ha de recordar que el padre podrá reclamar la filiación como padre biológico.

- **Nacionalidad extranjera de los niños:** se refiere al caso de que para que se determine la filiación es necesario aplicar la nacionalidad del país de nacimiento.

2.4.3 Objeto de reconocimiento en el marco del RC

En la medida en que los padres comitentes tengan la intención de inscribir a los nacidos en el RC español, estos se tendrán que valer de uno de estos dos documentos:

- **Una decisión judicial** de las autoridades extranjeras en la que se haga constar la paternidad de los nacidos.
- **Una certificación registral extranjera** en la que se haya inscrito la filiación de los bebés.

Dado que a la certificación extranjera es a la que más se acude en estos casos, se harán unas últimas pinceladas en torno a ella. La certificación registral extranjera es un documento público en el que se deja constancia de que un hecho acaecido en el extranjero está inscrito en el RC de aquél país.

Ahora bien, este documento está sometido a una *prueba iuris tantum de la realidad y legalidad del hecho o del acto inscribible* (del país extranjero). Es por esta razón que la misión del RC español es comprobar que el documento se ajusta a la normativa española, y por lo tanto, que es conforme al orden público español.

Para realizar ese examen, las autoridades españolas, en concreto el encargado del registro, deberá basarse en la normativa registral española. Tendrá que verificar *su validez y la del hecho; y si además es una certificación registral extranjera, el artículo 23 LRC exigirá que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad*

⁹⁸ *Ibid.*, pág. 14.

conforme a la ley española. A este artículo 23 de la Ley del Registro Civil (en adelante LRC), se han de tener en cuenta los artículos 81 y 83 del RRC respectivamente⁹⁹.

⁹⁹ Artículo 81 del RRC: *El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales.* Artículo 83 del RRC: *No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere exequátur, deberá ser previamente obtenido. Las sentencias o resoluciones canónicas, para ser inscritas, requieren que su ejecución, en cuanto a efectos civiles, haya sido decretada por el Juez o Tribunal correspondiente.* OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia. "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución", *op. cit.*, pág. 17: *En el primer caso, no existiría, en rigor, una decisión con efectos de cosa juzgada que pudiera ser objeto de reconocimiento, de manera que la inscripción en el Registro español podría realizarse en aplicación del artículo 81 RRC (...). Pero si el ordenamiento del Estado al amparo del cual se ha establecido una relación de filiación a favor de los comitentes exige la intervención de una autoridad judicial con carácter previo o posterior al parto, la inscripción de la filiación en el Registro español precisará del previo reconocimiento de esa decisión, ex artículo 83 RRC.*

3. CRITERIO DE LA DGRN ANTE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN EN EL ORDEN ESPAÑOL

Los avances científicos han propiciado que cada vez sea más fácil ver realizado el deseo de ser padres, y por ello, cada vez más parejas españolas recurren a la gestación por sustitución a pesar de ser ilegal en España.

De entre estas parejas españolas a las que me acabo de referir, están los protagonistas del caso que revolucionó tanto la normativa como la jurisprudencia española. En los próximos epígrafes se verá una auténtica batalla judicial que empezó en 2009 y ha seguido hasta 2014. Ya se verá en un futuro como acabará todo este asunto.

3.1 RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2009

La Resolución de 18 de Febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN)¹⁰⁰, supuso un cambio de orientación en lo que se había entendido hasta ahora respecto a la inscripción del nacimiento y a la filiación de los bebés nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución¹⁰¹.

Según CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ¹⁰², esta pionera Resolución fue muy criticada, estudiada y alabada por la doctrina como también lo

¹⁰⁰ Cfr. Anexo II: Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

¹⁰¹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?", *op. cit.*, pág. 15: (...) *lejos de la realidad, que nadie en nuestro país había recurrido a este tipo de técnica de reproducción humana asistida fuera de nuestras fronteras. En cualquier caso, y gracias a los medios de comunicación, ya en el año 2003, tuvimos conocimiento del primer supuesto en este país de gestación por sustitución que en ningún momento, y de forma paradójica, suscitó duda jurídica alguna. Nos referimos al caso de una conocida aristócrata española de avanzada edad que viajó a EEUU para asistir al parto de sus gemelas. Todos los medios de comunicación de tirada nacional, se hicieron eco de la noticia. En el Registro civil del Consulado de España de Los Ángeles, no se impidió ni denegó la inscripción de las nacidas ni la filiación de las mismas. Desde entonces, el recurso a la gestación por sustitución fuera de las fronteras de España se ha generalizado. A pesar de ser una práctica "prohibida" en nuestro Estado, las autoridades españolas no ponían ningún impedimento a la hora de inscribir a los nacidos en el extranjero mediante este tipo de técnica.* También en: ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, núm. 2, págs. 5 a 49, pág. 10.

¹⁰² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol. 1, núm. 2, págs. 294 a 319, pág. 295. Entre los que

fueron las sucesivas sentencias y resoluciones a las que dio pie y que se abordarán a continuación. Las sentencias y resoluciones a las que me refiero son: la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Núm. 15 de Valencia de 15 de Septiembre de 2010, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011, y finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

Tal y como dice FARNÓS AMORÓS¹⁰³, esta polémica Resolución de 2009 no dejó indiferente a nadie y generó un nuevo debate social en relación con la posible legalización de esta técnica de reproducción asistida. Consecuentemente, la doctrina fue muy extensa y de diversa índole como también examinaré¹⁰⁴.

El supuesto de hecho que se plantea en la Resolución es el siguiente: Un matrimonio homosexual español, con la intención de crear una unidad familiar, acudió a California tras la previa contratación de una gestación por sustitución. Una vez se produjo el nacimiento de los bebés mediante esta técnica, la pareja solicitó que sus pequeños fueran inscritos como hijos de ambos en el Registro Civil Consular, y para ello, presentaron varios escritos como el certificado de nacimiento de los menores, certificados de nacimiento de la pareja, el libro de familia, etc. Sin embargo, el libro de familia no era constitutivo de filiación en la legislación española, dado que tal y como dice ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, *ninguno de los dos comitentes solicitantes de la inscripción –ambos varones– podía afirmar ser la madre alumbradora*¹⁰⁵.

Después de la solicitud, el encargado del Registro Civil Consular en un auto de 10 de noviembre de 2008, denegó la petición de la pareja invocando el artículo 10 de

criticaron la Resolución: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero". *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, tomo X, págs. 339 a 369, pág. 347: *La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 es el paradigma de cómo adaptar una argumentación a un resultado preconcebido (...). A mi juicio, sin embargo, la argumentación no fue convincente.*

¹⁰³ FARNÓS AMORÓS, Esther. "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DRGN de 18 de febrero de 2009". *InDret*, 2010, núm.1, págs. 1 a 25, pág. 2.

¹⁰⁴ DURAN AYAGO, Antonia. "El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", *op., cit.* pág. 283: *En España, la Resolución de la DGRN 18 de febrero de 2009 ha marcado un punto de inflexión en nuestro ordenamiento jurídico en relación con el tratamiento de la gestación por sustitución. Y ello porque con sus pronunciamientos ha introducido un giro copernicano en su jurisprudencia y ha dado comienzo a una singladura, con pronunciamientos judiciales de nulidad de inscripciones incluidos, de resultado incierto. Cfr. Estudio doctrinal de la gestación por sustitución en el ordenamiento español.*

¹⁰⁵ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional", *op., cit.*, pág. 9.

la LTRHA. Alegó que la práctica de la gestación por sustitución estaba expresamente prohibida en España, y además, que la madre legal de los niños era la que los había gestado (artículo 10.2 de la LTRHA).

Tras esta negativa por parte del Registro Civil Consular, el matrimonio homosexual decidió interponer un recurso ante la DGRN, pidiendo de nuevo que los bebés constaran como hijos de la pareja en el Registro Civil español. Una vez estuvo notificado el Ministerio Fiscal, el encargado del Registro Civil Consular trasladó el expediente a la DGRN para que resolviera. La Resolución que emitió la DGRN fue la de 18 de febrero de 2009 y es la que analizaré minuciosamente a continuación. Para ello, iré desgranando cada argumento que figura en la misma.

En primer término, se abordó la cuestión de las dos vías a través de las cuales una persona española, cuyo nacimiento tuviese lugar en el extranjero, podía ser inscrita en el RC. Estas dos vías eran: a través de una declaración del sujeto (art. 168 RRC) o mediante la presentación de una certificación registral extranjera donde se constatará el nacimiento y la filiación del nacido (art. 81 del RRC)¹⁰⁶. El control de legalidad que se seguiría en una y en otra sería completamente distinto¹⁰⁷. Ahora bien, como la solicitud de inscripción que realizó el matrimonio homosexual era mediante una certificación registral, es en ella en la que la DGRN giró toda su argumentación y es en la que haré hincapié.

3.1.1 Certificación registral extranjera

Respecto a la certificación registral extranjera, lo primero que trató con especial atención fue la cuestión del derecho aplicable. Argumentó que la misma había de ser

¹⁰⁶ Fundamento de Derecho Segundo de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009: *La inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de sujeto español acaecido en el extranjero puede tener lugar a través de la correspondiente declaración del sujeto (art. 168 del Reglamento del Registro Civil) o a través de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido.*

¹⁰⁷ CAMARERO GONZÁLEZ, Gonzalo J. "Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución". *Diario La Ley*, 2012, núm. 7910, págs. 1 a 10, pág. 1: *En el primer caso, estaríamos, según la citada resolución, ante una cuestión de «Derecho aplicable» en la que el encargado del Registro debería proceder a aplicar las normas de conflicto españolas y proceder a un control de legalidad de los hechos. Sin embargo, en el segundo caso se trataría de una cuestión de «validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España» que excluiría la aplicación de las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas (señaladamente el art. 10 de la Ley 14/2006), por existir ya una «decisión» extranjera.*

examinada mediante *normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español*. Cuando se pensó en normas específicas, la Resolución decidió acudir al artículo 81 del RRC¹⁰⁸.

Por lo tanto, era título inscribible una certificación registral extranjera en virtud del artículo 81 del RRC: *El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales*.

Ahora bien, fue interesante el trato respecto al acceso en el RC que la DGRN le dio a la certificación extranjera. Aseguró que el hecho de que la situación fuera una cuestión de *validez extraterritorial de las decisiones extranjeras en España* y no una cuestión de *Derecho aplicable*, implicaba que recurrir al artículo 81 del RRC, suponía que se descartara de forma taxativa la aplicación de las normas sobre conflicto de leyes (art. 9.4 CC)¹⁰⁹, y consecuentemente, la aplicación de las normas sustantivas a

¹⁰⁸ Sin embargo, hay autores que consideran incorrecto recurrir a dicho artículo. Entre ellos: HUALDE MANSO, María Teresa. "De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada", *op., cit., pág. 43: La RDGRN de 18 de febrero de 2009 al admitir la inscripción de los nacidos en el Registro español fundamentó su decisión básicamente en el art. 81RRC, cuando en realidad es el art. 85 RRC la norma específica que regula la entrada de certificaciones de registros extranjeros al Registro Civil español*. Otros critican la extensión con la que la DGRN analiza el artículo 81 del RRC: HEREDIA CERVANTES, Iván. "La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución". *Anuario de Derecho Civil*, 2013, vol. 66, núm. 2, págs. 687 a 715, pág. 699: (...) *la Resolución realiza una interpretación desproporcionadamente extensiva del artículo 81 RRC, que va mucho más allá del tenor literal de la norma. En realidad el artículo 81 RRC se limita a señalar que «El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativa o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales»*. Sin embargo, la DGRN le otorgó un contenido mucho más amplio y de facto estableció unos requisitos similares a los que se exige para la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras, todo ello con la finalidad de imponer un control de legalidad a la certificación extranjera. Es decir, intenta llegar prácticamente al mismo resultado que si recurriera al artículo 83 RRC pero aplicando una normativa errónea.

¹⁰⁹ Algunos autores han criticado el enfoque que hace la Resolución en relación con el art. 9.4 del CC. Por ejemplo: CAMARERO GONZÁLEZ, Gonzalo J. "Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución", *op., cit., pág. 7: La resolución que comentamos ha intentado eludir el grave problema de fondo con un enfoque unilateral que consiste fundamentalmente en negar el fraude de Ley y en argumentar de modo que quede desplazado el art. 9.4 CC y la función calificadora del encargado del Registro, reduciendo su papel a un control formal de la decisión registral extranjera*. También en esta línea: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009", *op., cit., pág. 298*.

la que las normas de conflicto españolas pudieran reconducir (concretamente, el art. 10 de la LTRHA).

Pero antes de continuar y estudiar el artículo 81 del RRC, hay que precisar que la cuestión de las normas de conflicto se examinó en más de una ocasión a lo largo de la Resolución.

De esta manera, además se consideró que el hecho de acudir a un país donde la maternidad subrogada era legal, a los ojos de la DGRN, no podía ser considerado un fraude a la ley española porque *los interesados no han utilizado una "norma de conflicto" ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española*¹¹⁰. Esta actuación no engañosa por parte del matrimonio homosexual, no podía ser considerada un caso de *forum shopping fraudulento*¹¹¹ pues en su actuación no se quiso dejar *la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española*¹¹².

La DGRN sopesó que tanto las normas de conflicto como las sustantivas eran de aplicación en los *supuestos que surgen ante las autoridades españolas, en los que no se haya dictado una "decisión" por parte de una autoridad pública extranjera*. En el presente caso como había un pronunciamiento por parte de la autoridad californiana, se entendió que solo eran de aplicación las normas españolas que regulaban el acceso al RC de las certificaciones extranjeras. De esta forma, la DGRN volvió a manifestarse sobre la importancia del artículo 81 del RRC. Es por este motivo que el Fundamento de Derecho Tercero y el Fundamento de Derecho Cuarto fueron dedicados única y exclusivamente al mencionado artículo.

En los referidos fundamentos de derecho, en un primer momento se insistió en que el efecto que tenía dicho artículo es que la certificación registral extranjera había de pasar un *control de legalidad*. De esta forma, primero me plantearé qué implica pasar este control, y seguidamente, los requisitos para cumplirlo.

¹¹⁰ Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. Sin embargo, hay autores que creen que se ha producido: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. "Hijos made in California". *Aranzadi Civil*, 2009, núm. 3, págs. 2117 a 2119, pág. 2118: *No es cierto que la Resolución no propicie un fraude de ley*.

¹¹¹ Sin embargo, hay autores que consideran que se ha producido un *forum shopping fraudulento*. Entre ellos: OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia. "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución", *op. cit.*, pág. 21: (...) *la pareja española acudió a California, a sus agencias, clínicas y autoridades, para eludir la aplicación de la ley española, esto es, realizando un forum shopping fraudulento*.

¹¹² Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

En primer término, la DGRN dejó claro que pasarlo no implicaba que las autoridades registrales extranjeras solucionaran el caso de igual manera a como lo hubiesen hecho las españolas¹¹³. En este punto se vio como la DGRN aceptaba la posibilidad de que un mismo caso, a nivel registral, tuviese soluciones distintas. Se verá más adelante, que de nuevo vuelve a comparar la autoridad registral extranjera con la española, pero en ese caso, no lo hace para diferenciarlas sino todo lo contrario.

Esta manifiesta falta de unanimidad en la solución, la DGRN la argumentó de la forma siguiente: Todos los Estados desarrollaban sus propias normas de Derecho Internacional Privado que aplicaban cuando se daba el caso. Si se hubiese exigido la misma solución, en los Estados protagonistas del caso, se estaría ignorando que estas normas existen. Concluye estableciendo que el hacer caso omiso a su existencia dañaría la seguridad jurídica, y consecuentemente, la tutela judicial efectiva¹¹⁴.

En suma, dispone que exigir una solución idéntica perjudicaría a las partes interesadas dado que tendrían que volver a proponer *la cuestión jurídica ante las autoridades españolas, de modo que la certificación registral extranjera no superaría el "cruce de frontera" y carecería de todo efecto jurídico en España. Con ello, además, la economía procesal sufriría un fuerte daño y se fomentarían los "dobles procedimientos", lo que perjudicaría no sólo a los particulares, sino a los Estados implicados*¹¹⁵. Con ello, la Resolución volvió a apoyar el artículo 81 del RRC en la medida en que *evita dobles procedimientos y se respeta la economía procesal*¹¹⁶.

¹¹³ Fundamento de Derecho Tercero de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009: *Con arreglo al art. 81 del Reglamento del Registro Civil, el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. En efecto, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil acoge otra perspectiva diametralmente opuesta: las certificaciones registrales extranjeras deben superar, naturalmente, un "control de legalidad", pero dicho control de legalidad 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. Esta solución es lógica y se explica por varias razones, que a continuación se exponen separada y sucesivamente, aunque todas tengan importancia similar o pareja.*

¹¹⁴ *Ibid.*: *En efecto, un mismo caso podría ser resuelto de una manera distinta en Estados distintos, de modo que la situación jurídica válidamente creada y legalmente existente en un Estado resultaría inexistente y/o inválida en España.(...)*

¹¹⁵ *Ibid.* En esta misma línea: Tal y como dice TUBELLA DOMÍNGUEZ, Mark. *Su bebé, gracias (gestación por subrogación)*, op., cit. [Consulta 18/05/15], pág. 17: *Las posiciones jurídicas de los particulares cambiarían de Estado a Estado.*

¹¹⁶ *Ibid.*: *La DGRN vuelve a determinar que el derecho internacional privado español se orienta hacia la admisión de los efectos jurídicos en España de las decisiones extranjeras para así ajustarse a la tutela judicial efectiva y al derecho a un proceso equitativo.*

En segundo término, y continuando con el control de la legalidad, la DGRN estableció los requisitos legales que tenía que cumplir la certificación extranjera para acceder al RC. En primer lugar, la certificación registral había de constar en un documento público autorizado por una autoridad extranjera¹¹⁷. La DGRN en este punto no dudó de la certeza de dicha Resolución. En segundo lugar se estableció que *la certificación registral extranjera haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españolas*.¹¹⁸

Este segundo requisito sirvió, de nuevo, para comparar la autoridad extranjera con la española. Su comparativa se hizo de forma positiva en la medida en que se exigió, en virtud del artículo 85 del RRC¹¹⁹, una análoga garantía funcional con respecto a ambas autoridades en relación con la emisión de certificados registrales.

El tercer y último requisito que se exigió fue la necesidad de realizar un control de legalidad del acto que constaba en la certificación registral extranjera para que no fuese contraria al orden público español y así pudiese *tener "fuerza en España" y acceder, de ese modo, al Registro Civil español*.¹²⁰

¹¹⁷ Fundamento de Derecho Cuarto de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009: *Con arreglo al art. 323.2° de la Ley de enjuiciamiento civil, un documento extranjero puede ser considerado como "público" cuando 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" (art. 323.2° de la Ley de enjuiciamiento civil) y siempre que se acompañe de la correspondiente legalización (art. 88 del Reglamento del Registro Civil) o apostilla. (...) En el presente caso, no cabe dudar, ni se ha dudado, de la autenticidad de la certificación registral extranjera, que se ha presentado con las exigencias formales exigidas por la legislación española. 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.*

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Artículo 85 del RRC: *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. 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.* Resolución DGRN 18 de febrero de 2009, Fundamento de Derecho Cuarto: *(...) ha intervenido en la constatación registral del nacimiento y de la filiación, con un grado de implicación sustancial y constitutivo, es decir, mediante un control del ajuste de los hechos y de los actos a la Ley aplicable. La constancia registral del nacimiento y de la filiación de los nacidos es el resultado de un proceso lógico jurídico y constitutivo llevado a cabo por la autoridad registral extranjera competente. Por tanto, puede afirmarse que, en el presente caso, la certificación registral californiana constituye una auténtica "decisión" y ello permite comprobar que el Registro Civil de California desarrolla funciones similares a las españolas.*

¹²⁰ Fundamento de Derecho Cuarto de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

3.1.2 Orden público internacional

Otro de los puntos más importantes de la Resolución fue cuando se abordó el orden público internacional. La DGRN consideró que no había sido vulnerado por la certificación registral. Para ello utilizó razones de variada índole, y la primera fue la filiación. La DGRN afirmó que la filiación a favor de los dos varones debería haber sido inscrita puesto que también se permite la filiación a favor de dos personas del mismo sexo, en el caso de los hombres cuando se habla de adopción, y en el caso de las mujeres, en base al artículo 7.3 de la LTRHA¹²¹. De no hacerlo, supondría discriminar al matrimonio homosexual¹²². Más adelante volvió a reiterar la importancia del artículo 7.3 de la LTRHA en el sentido de que la genética no podía ser el condicionante de que no se pudiese determinar la filiación natural a favor de un matrimonio de varones.

Por ello, para demostrar la importancia de su inscripción invocó, en reiteradas ocasiones, el principio del interés superior del menor¹²³ contemplado en el artículo 3 de

¹²¹HUALDE MANSO, María Teresa. "De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada", *op., cit.*, pág. 40: *El argumento fundamental (aunque no el único), esgrimido se centra en que si en Derecho español se admite la filiación a favor de 2 varones en caso de adopción, y no cabe distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, idéntica solución debe proceder también en el caso de hijos naturales. Ibid., pág. 41: Olvidó la DGRN en esa resolución que para que en Derecho español pueda inscribirse a un niño como hijo de dos mujeres caben sólo dos vías: la adopción del art. 176.2.2º CC (cauce que también pueden utilizar los matrimonios y parejas de varones en determinadas circunstancias) o por la vía del art. 7.3 LTRHA (consentimiento previo al parto otorgado por la esposa de la madre que da a luz). El simple matrimonio de las mujeres no conlleva que el hijo se inscriba como matrimonial. Si se trata de un matrimonio de hombres, la evidente imposibilidad de que haya podido cualquiera de ellos dar a luz y la imposibilidad de omitir la maternidad, hace que ni la LTRHA, ni la LRC, ni el propio Código Civil prevean mecanismo alguno para que pueda producirse una doble paternidad.*

¹²² Se verá que la Resolución es muy repetitiva en torno a la cuestión de la discriminación. Hay autores que aseguran que no se ha producido un trato discriminatorio. Entre ellos: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. "Hijos made in California", *op., cit.*, pág. 2118: *No es cierto que el artículo 14 de la Constitución determine la igualdad entre hijos adoptados e hijos naturales, puesto que las diferencias legales que puedan establecerse entre unos y otro no derivan de la discriminación por razón de nacimiento. (...) existen claras diferencias entre el régimen jurídico de uno y otros. No es cierto que el artículo 14 de la Constitución sea contrario a que el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 no pueda aplicarse a los matrimonios homosexuales integrados por varones y sí en cambio a los matrimonios homosexuales integrados por mujeres, por la sencilla razón de que se trata de situaciones distintas.*

¹²³ FARNÓS AMORÓS, Esther. "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DRGN de 18 de febrero de 2009", *op., cit.*, pág. 14: *El interés superior de los menores es el argumento principal al que recurre la DGRN para otorgar efectos a una institución, la maternidad subrogada, prohibida en España por el art. 10.1 LTRHA.* Hay autores que critican la utilización de este principio: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. "Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución". En FORNER DELAYGUA, Joaquín Joan, GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, VIÑAS I FARRÉ, Ramón. *Entre Bruselas y La Haya: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado*. 1ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2013. 912 págs. ISBN 9788415664598. Págs. 77-90, pág. 86: (...) *¿Es el interés superior del niño una puerta falsa capaz de destruir cualquier tipo de razonamiento en términos de*

la Convención sobre los derechos del niño (en adelante CDN). La DGRN equiparó este principio al derecho que tienen los bebés a una *identidad única*¹²⁴, es decir, a una filiación única se vaya al país que se vaya.

En suma, se alegó que el principio del interés superior recomendaba la inscripción del menor en el RC, incluso aunque ello implicara actuar en contra de lo establecido en la normativa española con respecto a la maternidad subrogada (art. 10.1 y 10.2 LTRHA)¹²⁵. De esta forma, en ningún momento se negó en la Resolución la ilegalidad de la maternidad subrogada en el ordenamiento español. Ahora bien, a pesar de que la pareja actuó de forma contraria a la ley española, la DGRN entendió que esta conducta estaba justificada puesto que la filiación de los menores ya había sido previamente determinada en California. Ello implicaba que lo que se había de examinar era si procedía o no la inscripción en el Registro Civil español de la certificación extranjera¹²⁶.

De todos modos, resulta contradictoria la argumentación de la DGRN en este punto de la Resolución. Ello trae causa en que la misma DGRN traza el camino a seguir para impugnar la filiación establecida en la certificación registral extranjera, al

*soluciones particulares legalmente articuladas? El uso y abuso de la noción de "interés superior del niño" hace que cualquier construcción (...) en términos de reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero pueda estar condenada a quedarse en una gran antesala técnicamente atractiva que da paso a una decisión más o menos voluntarista a la luz de las circunstancias. Hay otros que no critican su utilización: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009", *op.*, *cit.*, pág. 311: La filiación que consta en la certificación registral californiana es la filiación que mejor encaja con el interés superior del menor. *Ibid.*, pág. 315: (...) la certificación registral californiana (...) no vulnera el orden público internacional español, ya que encaja correctamente con el principio del interés del menor.*

¹²⁴ Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009: *Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea presenta un valor supracomunitario, ya que no se trata, meramente, de subrayar el derecho a la identidad única de los ciudadanos comunitarios, sino que se trata de una jurisprudencia que destaca el derecho a una identidad única referido a los menores. Ello encaja con el interés superior del menor recogido en el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989.*

¹²⁵ *Ibid.*: (...) dicho interés se impone sobre cualquiera otra consideración en juego, tal y como podría ser la represión de movimientos presuntamente fraudulentos a los que, por cierto, el auto recurrido denegatorio de la inscripción ni siquiera se ha referido. Y el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones.

¹²⁶ *Ibid.*: Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el "Derecho aplicable" a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español.

no considerarse *cosa juzgada* por no ser una sentencia judicial¹²⁷. Establecer cuáles eran las vías de impugnación en la Resolución era innecesario cuando la misma viene diciendo desde el Fundamento de Derecho Primero que debería inscribirse en el Registro Civil español la filiación de los menores. Esta puerta abierta a la posterior impugnación se debería de haber obviado dado que desluce toda la argumentación anterior para apoyar su inscripción. La DGRN puede que lo haya hecho de forma estratégica para conseguir su objetivo de inscribirla, aunque después la misma fuera impugnada.

3.1.3 Nacionalidad de las personas nacidas fruto de la gestación por sustitución

La última cuestión que se examinó fue la de la nacionalidad de los bebés fruto de la gestación por sustitución. Para ello, la DGRN la relacionó con la posible producción de un fenómeno conocido como *círculo vicioso* o *doble espejo*¹²⁸, dado el nexo existente entre la *filiación* y la *nacionalidad*. Para entender este fenómeno, hay que partir de la base de que para poder aplicar el art. 9.4 CC es determinante que exista una *nacionalidad acreditada* del hijo. El problema ante el que se encontró la Resolución es que no estaba acreditada la nacionalidad de los bebés.

Asimismo, el *doble espejo* se dio cuando se planteó el siguiente rompecabezas: era imprescindible saber la filiación del sujeto para saber su nacionalidad, y a la vez era necesario saber la nacionalidad del mismo para saber cuál era su filiación. De esta manera, el problema que planteaba el artículo 9.4 del CC fue resuelto recurriendo al art. 17.1 del CC. Así, la DGRN estableció que, aludiendo al art. 17.1. a) del CC, *el precepto citado se refiere a los "nacidos" de padre o madre españoles y no a los "hijos" de padre o madre españoles*¹²⁹. Este hecho significaba que no se exigía que la filiación de los hijos hubiese sido determinada legalmente.

¹²⁷ *Ibid.*: Por ello, cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de "cosa juzgada".

¹²⁸ *Ibid.*: En efecto, cuando no está acreditada la filiación del hijo se podría producir un "círculo vicioso" o situación de "doble espejo", pues es necesario saber qué "filiación" ostenta el sujeto para determinar si ostenta o no ostenta "nacionalidad española", mientras que es necesario también saber qué "nacionalidad" ostenta el sujeto para saber cuál es su "filiación" (art. 9.4 del Código Civil), es decir, quiénes son sus padres. Pues bien, el art. 17.1 a) del Código Civil utiliza la expresión "nacidos" de padre o madre españoles, porque con dicha expresión deshace el *circulus nextricabilis* y rompe el "doble espejo".

¹²⁹ Fundamento de Derecho Sexto de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

Para considerar a un individuo nacido de un español, era suficiente con la acreditación del hecho físico de la generación, para lo que basta que consten “indicios racionales de su generación física por progenitor español”.

Para el bienestar de los bebés nacidos a través de la maternidad subrogada, la DGRN concluyó que se había de proceder, a favor del matrimonio homosexual, a la inscripción de la filiación en el Registro Civil español de los menores, aunque ello supusiera actuar en contra de lo establecido en el art.10 de la LTRHA. Así, se estimó el recurso otorgando efectos jurídicos a la decisión extranjera.

3.1.4 Argumentos esgrimidos por la DGRN

Por último, se pueden resumir muy esquemáticamente cuales fueron los argumentos mediante los que se valió la DGRN para estimar el recurso¹³⁰:

- a) La normativa española aceptaba la filiación a favor de dos varones mediante la adopción y también se permitía la misma a favor de dos mujeres (art. 7.3 de la Ley 14/2006). Más aún, la filiación natural de un hijo no se determinaba necesariamente por la *vinculación genética*.
- b) La inaplicación del artículo 10 apartados 1 y 2 de la LTRHA debido a la no utilización de las normas españolas sobre conflicto de leyes.
- c) El interés superior del menor aconsejaba proceder a la inscripción, pues, siendo éstos de nacionalidad española, podrían quedar privados de una filiación inscrita en el Registro Civil, con la consecuente vulneración del art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño.
- d) El derecho de los menores a una *identidad única* en varios países y la no existencia de un fraude a la ley española.

Tras ser analizada con minuciosidad la Resolución, como se ha podido ir viendo¹³¹, las reacciones por parte de la doctrina no se hicieron esperar.

¹³⁰ CAMARERO GONZÁLEZ, Gonzalo J. "Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución", *op., cit., pág. 2*.

3.2 SENTENCIA NÚM. 193/2010 DE 15 DE SEPTIEMBRE, DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 15 DE VALENCIA

Tal y como dije en el epígrafe anterior, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (en adelante SJPI)¹³², era una de las sucesivas sentencias que generó la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

La SJPI fue fruto del recurso que presentó la Fiscalía mediante procedimiento ordinario contra la Resolución de 2009 en la que se decretaba la inscripción de los bebés en el RC. El motivo del recurso era muy simple: la posible falsedad documental ante el Registro Consular español en Los Ángeles.

En esta documentación no se hizo mención alguna a la figura de la madre que dio a luz a los bebés, sino que en ella se hizo constar directamente como padres al matrimonio homosexual¹³³. A diferencia de la normativa estadounidense, se sabe que en la española la filiación de los nacidos se determina por el parto¹³⁴. Como no

¹³¹ La decisión de la Resolución ha sido muy criticada. Entre ellos: ESPINAR VICENTE, José María. "Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude de la Ley", *op. cit.*, pág. 596: *Lo que sorprende (probablemente por desconocer todos los términos del recurso y porque la Resolución no lo aclara) es en qué datos biológicos fundamenta la Dirección General la españolidad de los nacidos. Y nos asombra aún más porque la Resolución comentada incluye un párrafo turbador: "Y debe también subrayarse que en la certificación registral expedida por las autoridades californianas no consta en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución. En la disyuntiva de dejar a unos menores que son indudablemente hijos de ciudadano español (art. 17.1 del Código Civil) sin filiación inscrita en el Registro Civil (...)" Hay algo que no encaja en esta construcción. (...) En un matrimonio homosexual cabe descartar la generación natural en su variante de asistida pero sólo podría determinarse en relación con uno sólo de los cónyuges. Quedan, pues, dos alternativas: que sean fruto de una gestación de sustitución o que sean adoptados. (...) la afirmación de que "son indudablemente hijos de ciudadano español" solo puede derivarse de la existencia de un contrato de gestación por sustitución. (...) En este caso la única vía jurídicamente hábil para determinar la nacionalidad española del hijo estriba en considerar que, en la certificación extranjera hay un hecho probado y otro imposible. Uno de los cónyuges es padre y, en todo caso, cada uno de los esposos podría serlo de uno de los dos niños, pero nunca los dos de los dos. (...) Sin embargo, siguen sin existir argumentos que resulten convincentes para ordenar que se proceda a la inscripción, con las menciones constantes en la certificación registral extranjera, en la que se acredita que son hijos del matrimonio estriba en considerar como "decisión" lo que no es sino una mera certificación con carácter de documento público extranjero.*

¹³² Cfr. Anexo III: SJPI de 15 de septiembre de 2010.

¹³³ En esta misma línea: TUBELLA DOMÍNGUEZ, Mark. *Su bebé, gracias (gestación por subrogación)*, *op. cit.* [Consulta 20/03/15], pág. 20. También en RUBIO TORRANO, Enrique. "Inscripción como hijo de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución". *Aranzadi Civil*, 2011, núm. 9, págs. 11 a 14, pág. 14.

¹³⁴ Cfr. el principio de *mater semper certa est* que se estudió en epígrafes anteriores.

apareció la madre que gestó a los bebés en la documentación, la Fiscalía consideró que había un posible fraude, y por ello, decidió recurrir.

Tras un estudio detallado de la SJPI, se puede ver que el Juzgado fue desarmando el cuerpo argumentativo que la DGRN hizo en la Resolución de 2009, y realmente en muy pocos aspectos ambas coincidieron dado que en la mayoría discreparon.

A grandes rasgos, se trató de una Sentencia muy crítica y contundente. Además, tenía **tres puntos clave** que a continuación se desarrollarán: el primero era el artículo 23 de la LRC, el segundo el *orden público*, y el tercero, el *forum shopping fraudulento*.

3.2.1 Análisis del artículo 23 LRC y del artículo 81 del RRC

De entrada, es imprescindible recordar que cuando se analizó la Resolución de 2009, se vio que la DGRN había llevado a cabo un estudio detallado pero muy extenso sobre el alcance del artículo 81 del RRC. Ahora bien, la SJPI mostraba su oposición con respecto al alcance del examen de fondo de la resolución¹³⁵. Dicha SJPI afirmó que la DGRN había hecho caso omiso al superior rango normativo que tenía el artículo 23 de la LRC¹³⁶ con respecto al artículo 81 del RRC. Es evidente que hubo un claro desacuerdo entre la DGRN y la SJPI con respecto al alcance del artículo 81 del RRC.

Ahora bien, la omisión del artículo por parte de la DGRN es un error grave. Si la DGRN se supone que conocía el principio de jerarquía normativa, podría plantearme la posibilidad de que haya sido, de nuevo, una estrategia a nivel argumentativo¹³⁷ para conseguir la inscripción de los mellizos en el RC. Es decir, que sabiendo que podría

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Artículo 23 de la LRC: *Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. 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. Los asientos se realizarán en lengua castellana o en la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma en que radique el Registro Civil, según la lengua en que esté redactado el documento o en que se realice la manifestación. Si el documento es bilingüe, se realizarán en la lengua indicada por quien lo presente al Registro. Todo ello, siempre que la legislación lingüística de la Comunidad Autónoma prevea la posibilidad de redacción de los asientos de los registros públicos en idioma cooficial distinto del castellano.*

¹³⁷ Recordar el comportamiento estrategia cuando en la Resolución de 2009 se hablaba del *orden público internacional*.

haber aplicado el artículo 23 de la LRC, obviarlo para así poder argumentar de forma que pudiese lograr la inscripción registral. Esta sería la posible explicación a la actuación de la DGRN dado que considero ilógico que no aplique por mayor rango normativo, la ley al reglamento.

En cierto modo, la importancia que tuvo el artículo 23 de la LRC en la Sentencia, hizo que su análisis diese un giro considerable al razonamiento que había hecho la DGRN en relación con la no aplicación de las normas sustantivas como era la LTRHA¹³⁸. Por ello, la SJPI de alguna manera corrigió el error en la elección del artículo y lo que hizo fue hacer un examen del art. 23 de la LRC.

Se ha de partir de la base de que el apartado clave del artículo que analizó la SJPI fue el siguiente: *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.* En la SJPI se abordó por separado la cuestión de la realidad del hecho inscrito y la de la legalidad conforme a la Ley española. Seguidamente, analizaré ambas cuestiones.

3.2.2 La realidad del hecho inscrito

Con respecto al primero, se ha de tener en cuenta que hablar de *la realidad del hecho inscrito* es no tener ninguna duda de que lo que consta en la certificación es real. Se estableció en la SJPI que era un deber por parte del encargado del registro verificar la realidad del hecho inscrito antes de proceder a la inscripción en el RC de una certificación extranjera (control formal). Sin embargo, también se exigió un control material que se tradujo en el hecho de que *el encargado debería verificar que realmente ambos solicitantes son los padres de los menores cuya inscripción se pretende*¹³⁹. Según se afirmó en la SJPI, el encargado del registro no realizó un control material. Además, tal y como establece el artículo 23 de la LRC, el control sobre el fondo incluye tanto el formal como el material. Por lo general, estos controles se realizan en la medida en que se quiere verificar que el contenido de la certificación registral extranjera no es contradictoria con la ley española.

¹³⁸ Fundamento de Derecho Tercero de la SJPI.

¹³⁹ *Ibid.*

La SJPI era muy clara cuando apuntaba que por mucho que en la certificación de inscripción extranjera constaran como padres de los mellizos el matrimonio homosexual, a los ojos de la normativa española no lo eran dado que *biológicamente resulta imposible*¹⁴⁰. Esta imposibilidad lógica de que dos hombres no puedan ser padres por tener ambos el mismo sexo, era lo que creaba la *duda sobre la realidad del hecho inscrito*¹⁴¹. En consecuencia, al haberse demostrado que había duda, para la SJPI resultaba inconcebible plantearse la inscripción de los niños.

3.2.3 La legalidad de la certificación registral extranjera

Que la certificación extranjera fuera legal implicaba verificar que lo era *conforme a la ley española, es decir que en el caso de que el hecho hubiera ocurrido en España se consideraría legal*¹⁴². Así pues, la labor que tenía el encargado era comprobar que la certificación, en virtud del artículo 23 de la LRC, no vulneraba lo establecido en la ley española 14/2006¹⁴³. Sin embargo, la certificación no respetaba las normas españolas que prohibían la práctica de este tipo de gestación, como demostró la SJPI.

Finalmente, podemos concluir que no se cumplieron las dos tareas encomendadas, el control material sobre el fondo y la verificación de la legalidad conforme a ley española, al encargado del RC en virtud del artículo 23 LRC. Por ello, la primera cuestión que destacó la SJPI fue la omisión del artículo 23 LRC por parte de la Resolución de 2009, con todo lo que ello implicaba.

3.2.4 El orden público

El segundo aspecto clave que examinó la SJPI era el del orden público. Tal y como se analizó en el epígrafe anterior, en la Resolución de 2009 se consideró que la

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Es en este punto donde se critica que en la Resolución de 2009, cuando se aborda la cuestión del orden público internacional, se estudie la aplicación de la Ley 14/2006. Así se encuentra en el Fundamento de Derecho Tercero de la SJPI: *es en este contexto y no en el genérico y abstracto del orden público internacional español donde debe examinarse si resulta o no de aplicación la Ley 14/2006.*

¹⁴³ *Ibid.*: *No existe duda de que la Ley 14/2006 es una ley española y por lo tanto el encargado de registro viene compelido por este artículo 23 a examinar si la certificación extranjera vulnera el contenido de esa ley y por lo tanto para resolver esta cuestión debe examinarse si existe o no vulneración de la misma.*

actuación del matrimonio homosexual no vulneraba el orden público. La SJPI discrepó sobre la no vulneración y para ello dio tres argumentos:

- a) **El primero fue reiterativo** en la medida en que volvió a insistir en que la biología de dos varones resultaba un impedimento para tener hijos de forma natural.
- b) El segundo fue contundente dado que persistió en que **el hecho de que se tratara de una pareja homosexual de varones no era el motivo por el cual se les impedía la inscripción en el Registro Civil español**. La prohibición yacía en que se había dado un contrato de gestación por sustitución y que tal contrato era nulo de pleno derecho en el ordenamiento español. Tan simple como eso¹⁴⁴. Por lo tanto, era indiferente si el contrato lo hubiesen promovido dos mujeres o una pareja heterosexual, porque se les hubiera impedido su inscripción en el Registro Civil español, de igual manera a como se les denegó al matrimonio homosexual de varones. No importaba el sexo de las personas sino las consecuencias que comportaba el actuar en contra de lo establecido en Derecho español. De esta manera, la SJPI despejó cualquier duda relativa a la posible discriminación.
- c) En el tercero dejó claro que **el principio del interés superior del menor** había recomendado que los mellizos se inscribieran para impedir que tuviesen una identidad diferente cada vez que cruzaran la frontera de un país. Se alegó que por mucho que se estuviera de acuerdo con ello, se tenía que haber tenido en consideración que para conseguir que igualmente quedaran inscritos, el ordenamiento jurídico español ya había configurado los *medios e instrumentos suficientes*, para que los mellizos fueran tenidos en cuenta como hijos del matrimonio homosexual. Es por este motivo que autores como VELA SÁNCHEZ¹⁴⁵ entendieron que dicho principio no podía ser utilizado para justificar la ilegalidad de los actos de la pareja dado que existían otras herramientas para lograr los mismos

¹⁴⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)". *Diario La Ley*, 2010, núm. 7501, págs. 1 a 7, pág. 4. También en: ALBERT MÁRQUEZ, Marta María. "Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil", *op., cit., pág. 6*.

¹⁴⁵ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011", *op., cit., pág. 10*.

resultados. Estos instrumentos eran: la reclamación de paternidad por parte del padre biológico y la posterior adopción de los bebés por parte de su cónyuge.

Sin embargo, hay autores que criticaron estas herramientas facilitadas. Entre ellos, DE VERDA Y BEAMONTE las calificó de *absurdas* estas soluciones y sostuvo que *supone utilizar la adopción para conseguir los efectos que se perseguían mediante la celebración del contrato de gestación por sustitución; y, si esto es así, ¿por qué no se admite directamente la gestación por sustitución y se evita un proceso más largo y complejo que va a llevar al mismo resultado?*¹⁴⁶ Se cree que es una sandez recurrir a otros instrumentos teniendo la posibilidad de crear un cuerpo legal específico sobre la gestación por sustitución. Además, resulta confuso que la propia normativa española, por un lado, ponga a disposición estas herramientas para evadir que les caiga todo el peso de la ley a las parejas que las llevan a cabo, y a la vez, *configure* un marco sancionador al respecto¹⁴⁷.

3.2.5 Forum shopping fraudulento

Por último, el tercer punto que examinó la SJPI fue el *forum shopping fraudulento*. La SJPI estableció que recurrir a un país en el que la gestación por sustitución estaba permitida sabiendo que en España era ilegal, tenía su razón de ser en querer inscribir en el RC la filiación de los mellizos a favor del matrimonio homosexual, con independencia de las consecuencias jurídicas que ello conllevara en un futuro. Como sabían que no podrían figurar ambos como padres en el RC español, decidieron recurrir a un Estado donde sí pudieran aparecer como tales. Es por ello que efectivamente la SJPI entendió que se había producido un *forum shopping fraudulento*.

¹⁴⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)", *op. cit.*, pág. 6.

¹⁴⁷ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, María Victoria. "La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales". *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, 2012, núm. 5, págs. 365 a 381, pág. 374: *Por otra parte, resulta llamativo que esta sentencia haga un guiño a la posibilidad de que el matrimonio de varones pueda alcanzar el mismo resultado, que se les ha negado, utilizando otros mecanismos ofrecidos por nuestro ordenamiento jurídico.*

3.2.6 Fallo de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Núm. 15, de 15 de septiembre de 2010

Concluyó la SJPI estimando íntegramente la demanda que el Ministerio Fiscal interpuso. En ella se rechazó, en contra de lo establecido por la DGRN, la posibilidad de inscribir como hijos del matrimonio homosexual a los mellizos engendrados mediante maternidad subrogada. La prohibición tenía su justificación en que la certificación extranjera no se ajustaba a la ley española. El efecto que eso produjo en la práctica fue que se canceló el asiento de la inscripción que se había ordenado en la Resolución de 18 de febrero de 2009.

Esta Resolución fue objeto de recurso y de múltiples críticas como se verá a continuación. Entre las críticas a la SJPI destacar que se ha llegado a considerar una actuación homófoba el simple hecho de recurrirla¹⁴⁸.

3.3 INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010

Tras el primer pronunciamiento de la DGRN en la Resolución de 18 de febrero de 2009 y la Sentencia de 15 de septiembre de 2010, la DGRN se manifestó de nuevo con la Instrucción de 5 de octubre de 2010¹⁴⁹.

La Instrucción que fue publicada en el BOE el 7 de octubre de 2010, su objetivo primordial fue proteger no solo a los nacidos mediante esta técnica de reproducción asistida, sino también a todas las mujeres que se sometían a la misma.

Con respecto a la madre gestante, lo que se protegía era *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 o la eventual previsión y/o posterior*

¹⁴⁸ RUBIO TORRANO, Enrique. "Inscripción como hijo de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución", *op., cit., pág. 142: Por ello se ha tachado de homófoba la actuación de la Fiscalía del Registro al recurrir la referida inscripción. En este sentido la Federación Española de Lesbianas, Gays, Transexuales y Bisexuales (FELGTB) ha denunciado que no se investiga ningún caso de vientres subrogados cuando es una pareja heterosexual (cuando la pareja es heterosexual o de lesbianas es más difícil dejar rastro) la que inscribe a sus hijos en los consulado españoles en Estados Unidos, por lo que considera que muestra una actitud "homófoba, discriminado solo a los menores con padres solteros o matrimonios homosexuales".*

¹⁴⁹ Cfr. Anexo IV: Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

*respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores*¹⁵⁰.

Para ello, la Instrucción tenía que *unificar la práctica registral* llevada a cabo en todos los registros en relación con el ejercicio de la maternidad subrogada hecha hasta el momento¹⁵¹. Así, se pretendían configurar unas garantías para determinar las pautas a seguir por el encargado del RC en la inscripción de los nacidos a través de esta técnica en el extranjero¹⁵².

Para constituir este marco protector la DGRN se centró¹⁵³:

- a) En primer lugar, en los instrumentos necesarios para que la filiación tuviese acceso al RC español cuando uno de los progenitores fuera de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento.
- b) En segundo lugar, en la inscripción registral. En ningún caso esta podía permitir que se dotara de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores.
- c) En tercer lugar, en la exigencia de que no se hubiese vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico.

Se entendió que todos estos criterios se redactaron para *dotar de plena protección jurídica al interés superior del menor*¹⁵⁴. Prueba de ello, en la Instrucción se afirmó que: *Con la presente Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la*

¹⁵⁰ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

¹⁵¹ VILAR GONZÁLEZ, Silvia. "Situación actual de la gestación por sustitución = Current state of surrogate motherhood", *op., cit., pág. 915*.

¹⁵² HUALDE MANSO, María Teresa. "De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada", *op., cit., pág. 44*.

¹⁵³ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. También en: TUBELLA DOMÍNGUEZ, Mark. *Su bebé, gracias (gestación por subrogación)*, *op., cit.* [Consulta 6/02/15], pág. 21. En esta misma línea: MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana. "Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado español", *op., cit., pág. 1378*.

¹⁵⁴ *Ibid.*

continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.

Así, se justificó la admisión de la inscripción de los nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada apoyándose, al igual que lo hizo en la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, en la protección del principio del interés superior del menor. De nuevo pesó más el principio que la nulidad de pleno derecho contemplada en la normativa española. Sin embargo, como se verá a continuación, muchos autores remarcaron que como la Instrucción tenía naturaleza reglamentaria, no podía cambiar lo que por regulación se había establecido en la LTRHA.

Ahora bien, lo más importante de esta Instrucción fue que se establecieron cuáles eran los criterios de acceso de los nacidos, mediante maternidad subrogada, al RC¹⁵⁵. Estos criterios se tradujeron en dos directrices que, como apuntaba con anterioridad, iban dirigidas a los encargados de los registros civiles consulares.

3.3.1 Primera y segunda directriz

Primera– 1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.

3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:

¹⁵⁵ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DGRN, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

a) *La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.*

b) *Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.*

c) *Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.*

d) *Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, 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.*

e) *Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.*

Segunda– En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

3.3.2 Crítica a la Resolución de 5 de octubre de 2010

Una vez se sabe cuáles fueron las directrices, a continuación se discutirán una serie de cuestiones:

- a) **En primer lugar**, si se hace una **comparativa de los dos pronunciamientos de la DGRN vistos hasta ahora, la Resolución de 2009 y la Instrucción de 2010**, se puede ver que había una serie de semejanzas y diferencias entre ellas:

Las similitudes fueron que la DGRN siguió el mismo criterio para la inscripción en el RC de los bebés nacidos por maternidad subrogada,

practicada en países en los que se consideraba legal, siempre y cuando, al menos unos de los padres fuese español¹⁵⁶. Cabe añadir que la DGRN, tanto en la Resolución de 2009 como en la Instrucción de 2010, volvió a dejar fuera de aplicación el art. 10 de la LTRHA.

Respecto a las diferencias, la primera de ellas fue, según VELA SÁNCHEZ, que en la Exposición de Motivos de la Instrucción no se hizo mención alguna acerca de las formalidades del contrato de gestación por sustitución en el sentido siguiente: no se habló del carácter oneroso o gratuito del contrato para que fuera válido, y tampoco se contempló como se iba a realizar el estudio psicofísico que se haría para *constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante*¹⁵⁷.

Otra diferencia fue que se introdujeron las directrices, estudiadas con anterioridad, para que la inscripción en España fuese posible. Además, ya no se aceptó, al contrario de lo establecido en la Resolución de 2009, *la posibilidad de inscribir la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución a través del mero certificado registral de nacimiento*¹⁵⁸. Así, según la Instrucción, se podía llegar a la conclusión de que podían ser inscritos en el RC siempre y cuando *el contrato fuese ratificado por*

¹⁵⁶ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, María Victoria. "La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales", *op., cit., pág. 375*.

¹⁵⁷ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia", *op., cit., pág. 11: Respecto de la madre gestante, aplicando los presupuestos derivados de la LTRHA, se requerirá que tenga más de dieciocho años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar (art. 5.6.º LTRHA), debiendo ser su consentimiento libre, consciente, expreso y por escrito (art. 6.1.º LTRHA). En cuanto a su estado psicofísico, deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio que incluirá las características fenotípicas y psicológicas de aquélla, así como las condiciones clínicas y analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de la realización del convenio, que la madre gestante no padece enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia (art. 5.6.º LTRHA). Todo ello deberá certificarse por dos especialistas independientes, certificación que se aportará a la persona autorizante del convenio. (...) Nada se dice en la Instrucción acerca de la formalidad del convenio de gestación por sustitución realizado en país extranjero, tan solo su Exposición de Motivos se refiere al «cumplimiento de los requisitos de perfección» del contrato y la Directriz primera, ap. 3.a) exige la «autenticidad formal... de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado». (...) Nada se dice en la Instrucción ni en su Exposición de Motivos acerca del carácter oneroso o gratuito del convenio de gestación por sustitución para que éste sea válido, de manera que, aplicando el antiguo axioma de que donde la ley no distingue, tampoco debemos distinguir nosotros, podría admitirse la onerosidad o gratuidad del pacto.*

¹⁵⁸ MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana. "Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado español", *op., cit., pág. 1377*.

*sentencia judicial en el país de nacimiento del niño*¹⁵⁹. Por ello, como se cambió la forma de acceso al RC, se entendía que la inscripción de la filiación en el mismo vendría determinada de forma previa en virtud de una resolución judicial extranjera favorable¹⁶⁰.

- b) En segundo lugar**, resultaba evidente que una vez se dio a conocer esta *nueva realidad*, **las reacciones provenientes de varios sectores de la doctrina** no se iban a hacer esperar. Como siempre, la doctrina no fue unánime. Sin embargo, se subrayarán aquellos que criticaron la Instrucción:

Destacada y sorprendente es la crítica a la Instrucción protagonizada por DURAN AYAGO. Este autor afirmó que *la DGRN no tuvo en cuenta la nueva Ley del Registro Civil cuyo proyecto ya conocía en el momento de elaborar esta Instrucción que confirma que es perfectamente posible que una certificación registral extranjera pueda acceder a nuestro Registro Civil, es verdad que no matiza por materias, pero la actual legislación tampoco*¹⁶¹.

Si ello es así, no se entiende como la DGRN en la Instrucción pudo ignorar el proyecto de la nueva LRC, que se hizo el 8 de septiembre de 2010, donde se establecía que una certificación registral extranjera era título inscribible en el RC, y el 15 de septiembre del mismo año con la Instrucción, negar que la misma pudiese acceder al RC. Este planteamiento es incoherente.

Otra crítica la llevó a cabo HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Este autor decía que la resolución judicial suponía desplazar las funciones propias del encargado del Registro Consular a los registradores¹⁶².

¹⁵⁹ GUTIÉRREZ CALVO, VERA. *Justicia busca una solución legal para los bebés de ‘vientre de alquiler’*, op., cit. [Consulta: 12/02/15].

¹⁶⁰ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. “La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”, op., cit., pág. 6.

¹⁶¹ DURAN AYAGO, Antonia. “El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, op., cit., pág. 295.

¹⁶² HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?”, op., cit., pág. 163: *Esta judicialización resulta contraria a la función primordial del Registro Civil: proporcionar certeza legal y seguridad jurídica en torno al estado civil de las personas sin tener que acudir a la jurisdicción ordinaria cada vez que haya que probar un hecho relativo al estado civil de las personas (arts. 2 y 92 LRC).*

CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ también criticaron duramente la Instrucción dado que *no satisface las necesidades sociales existentes y muestra unas carencias jurídicas alarmantes en el campo del Derecho internacional privado y del Derecho Civil*¹⁶³. También se consideró que la Instrucción era discriminatoria (art. 14 de la CE), dado que daba solución a los casos de gestación por sustitución que se produjeran en el extranjero y que pretendían su inscripción en el RC español, pero no a los casos que se practicaran en España. En otras palabras, en ningún momento se hizo mención al hipotético caso de que su práctica se llevara a cabo en España. De esta manera, se dio cobertura reglamentaria a los casos acaecidos en el extranjero pero no a los que se dieran en territorio español.

- c) **En tercer lugar**, un aspecto que ha llamado la atención es el **absoluto mutismo de la DGRN al orden público internacional**. Se esperaba que dada la gran transcendencia que se le dio en la Resolución de 2009, tuviera el mismo trato o parecido en la Instrucción de 2010¹⁶⁴. Sin embargo, no ha sido así y se trata de un error grave.
- d) **En cuarto lugar**, la Instrucción puede ser estudiada desde **dos planos diferentes**: como unas indicaciones a tomar en consideración para una futura regulación en España de la gestación por sustitución, o bien, como una incompatibilidad jerárquica con el sistema de fuentes.

Desde **la primera perspectiva** se entiende que la Instrucción estableció las bases para poder regular posteriormente la maternidad subrogada. Autores como VELA SÁNCHEZ extrajeron los puntos clave que debería tener la futura regulación¹⁶⁵. En el hipotético caso de que se hubiese hecho una

¹⁶³ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. "Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, núm. 1, págs. 247 a 262, pág. 248.

¹⁶⁴ *Ibid.*, pág. 254: *Y visto que la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse «caso por caso», son los tribunales españoles los que deben decidir la cuestión de si los efectos que produce una resolución extranjera en España vulneran, en el caso concreto, el orden público internacional español. Esta perspectiva del orden público como concepto jurídico indeterminado, universalmente admitida, ha sido ignorada por la DGRN en su Instrucción de 5 octubre 2010.*

¹⁶⁵ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011", *op., cit.*, pág. 11: *Fecundación de la mujer*

regulación teniendo en cuenta estas premisas, se hubiese dado la seguridad jurídica que tanto se anhelaba. Ahora bien, a medida que se desarrollen cronológicamente las sentencias posteriores a esta Instrucción, se verá que en la práctica no sirvieron para nada estas premisas. Seguirá sin haber una regulación propia en esta materia y se favorecerá la práctica clandestina de este tipo de reproducción asistida.

Una de las razones por las que todavía no se contempla su previsión legal tiene su razón de ser en **la segunda perspectiva**. Esta muestra la incompatibilidad de la Instrucción con la legislación y por ello muchos autores afirmaron que *la Instrucción comentada no tiene cabida posible en nuestro ordenamiento jurídico*¹⁶⁶. El fundamento de ello estuvo en que la Instrucción tenía naturaleza jurídica reglamentaria y en cambio la Sentencia de 15 de septiembre no. De esta manera, resultaba inadmisibles por inconstitucional que se pretendiese dar preferencia aplicativa a una norma de rango inferior¹⁶⁷.

- e) **En quinto lugar**, por mucho que con la Instrucción se diera un remedio para los casos más allá de las fronteras españolas, se ha de recordar que cuando se publicó la Instrucción, el artículo 10 de la LTRHA seguía prohibiendo su práctica. Por lo tanto, esta situación generó mucho desconcierto dado que, a la vez, una Ley (la LTRHA) prohibía su ejercicio y una Instrucción la permitía.

Las personas que quisieron llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución tenían toda la razón al pensar que no pasaba nada si la gestación por sustitución se celebraba en el extranjero porque mediante la Instrucción tendría validez en España. En cambio, si lo realizaban en

gestante con la aportación de material genético de, al menos, uno de los padres o madres intervinientes. Capacidad de obrar plena y consentimiento voluntario de las partes contratantes. Irrevocabilidad del consentimiento prestado. Posibilidad de que el hijo conozca su origen biológico.

¹⁶⁶ HEREDIA CERVANTES, Iván. "La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución", *op. cit.*, pág. 703. También en: JIMÉNEZ MARTÍNEZ, María Victoria. "La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales", *op. cit.*, pág. 376.

¹⁶⁷ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011", *op. cit.*, pág. 7.

España no sería legítimo¹⁶⁸. Esta situación es ilógica dado que se ha de dar el mismo trato a la materia con independencia del lugar en el que se hubiese producido.

- f) **En sexto lugar**, se denota de la Instrucción que la renuncia que hizo la madre gestante de sus derechos a favor de los padres comitentes tenía efectos legales. Ello suponía que el principio de *mater semper certa est* había quedado relegado a un segundo plano. Con respecto a la posible madre, la Instrucción implícitamente aceptó la existencia de que hubiese más de una¹⁶⁹. Esta consideración es de suma importancia porque se reconoció indirectamente la realidad del avance las nuevas tecnologías y lo que ello suponía con respecto a la diversificación de la maternidad.

Tras ver todas estas críticas, se hará la siguiente reflexión. Por un lado, fue un gran paso hacer este tipo de Instrucción dado que la misma no fue un punto y aparte, sino un punto y seguido en este complejo tema, puesto que se establecieron las pautas a seguir para una futura regulación en España de la inscripción de la filiación derivada de una gestación por sustitución¹⁷⁰. Por el otro lado, este pronunciamiento no respetó el sistema de fuentes establecido. Muchos artículos fueron interpretados a conveniencia o directamente se ignoraron, como el caso del *orden público* o el proyecto sobre la nueva LRC.

¹⁶⁸ PEREÑA VICENTE, Montserrat. "Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI. Party autonomy and affiliation: challenges of the 21st century", *op., cit.*, pág. 142: "Vaya usted a otro país a celebrar un contrato declarado nulo por el derecho español y no se preocupe por nada que, cuando regrese, el contrato va a producir todos sus efectos". Así podríamos resumir el mensaje que lanza el Ministerio de Justicia con la Instrucción del 5 de octubre de 2010. (...) Si la Dirección General reconoce esos efectos cuando el contrato se ha celebrado en el extranjero, es como si la ley ahora estableciese: "será nulo de pleno derecho el contrato celebrado en España por el que se convenga la gestación por sustitución; sin embargo, será válido el celebrado fuera de España y producirá plenos efectos en cuanto a la determinación de la filiación con arreglo a la ley española". Esta caricaturización de la situación es, lamentablemente, la realidad.

¹⁶⁹ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DGRN, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución: (...) *la inscripción del nacimiento de niños nacidos en el extranjero de madres gestantes que, en virtud de un contrato de gestación de sustitución, han renunciado a su filiación materna.*

¹⁷⁰ En este punto es interesante plantearse la siguiente pregunta: ¿por qué es delito contratar un vientre de alquiler y, sin embargo, es legal inscribir en el registro a los recién nacidos que se tienen de este modo? En PÉREZ VAQUERO, Carlos. *Diez claves para conocer los vientres de alquiler*, *op., cit.* [Consulta: 18/02/15]

4. ANÁLISIS PORMENORIZADO DE LOS PRINCIPALES ASPECTOS DE LA NUEVA LEY DE REGISTRO CIVIL: LUCES Y SOMBRAS

He creído oportuno dedicar un epígrafe a analizar la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Esta ley iba a entrar en vigor el 22 de julio de 2014. Sin embargo, en el Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, contempló en las disposiciones adicionales decimonovena a vigesimocuarta, todas aquellas medidas que afectaban al RC. Entre estas medidas, se decretó la prórroga de su entrada en vigor al 15 de julio de 2015. Es por este motivo que actualmente esta norma está en un periodo de *vacatio legis*.

Con la Ley 20/2011 gran parte de la doctrina creía que, dado que en los últimos años este tipo de reproducción asistida estaba muy presente en España¹⁷¹, aparecería alguna mención en la misma. Sin embargo, este hecho no ha ocurrido y no se ha hecho referencia alguna a la maternidad subrogada.

DURAN AYAGO asegura que *la nueva Ley del Registro Civil aporta alguna innovación respecto del actual sistema, artificialmente modificado por la Dirección General de los Registros y del Notariado, pero se trata de una legislación de carácter adjetivo que no responde a todas las cuestiones planteadas*¹⁷². Ahora bien, sí que es cierto que en el Título X se han introducido preceptos relativos a las normas de Derecho Internacional Privado, en concreto sobre el acceso de las certificaciones registrales al RC¹⁷³. Aunque en este Título X se han dado a conocer otras novedades, me centraré en la principal que es la del artículo 98 de la nueva LRC¹⁷⁴.

¹⁷¹ Cfr. *Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009*, la *Sentencia de Primera Instancia de 15 de septiembre de 2010* y la *Instrucción de 5 de octubre de 2010*.

¹⁷² DURAN AYAGO, Antonia. "El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", *op. cit.*, pág. 265.

¹⁷³ HUALDE MANSO, María Teresa. "De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada", *op. cit.*, pág. 45: (...) *el art. 98 LRC no somete las certificaciones extranjeras a un simple examen o enjuiciamiento de la legalidad formal o registral (letras a y b) sino también a un examen de legalidad material o sustancial del hecho inscrito. Este régimen provoca la imposibilidad de inscribir al nacido por gestación contratada mediante la sola presentación de la certificación registral extranjera en la medida en que el hecho contenido en ella no es válido conforme al Derecho español.*

¹⁷⁴ Artículo 98 de la Ley 20/2011. Certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros. 1. *La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos: a) Que la*

Así, no se consideran ciertos los argumentos que se dan en la Exposición de Motivos de la Ley 20/2011 para explicar la regulación, en el Título X, de la normativa de Derecho Internacional Privado que afecta a la maternidad subrogada. Se dice que se prevé esta regulación con el objetivo de realizar *una actualización de las soluciones jurídicas influidas por el avance de la legislación europea y la creciente importancia del elemento extranjero con acceso al Registro Civil. La coherencia del modelo exige a este respecto mantener la unidad, dentro de las particularidades inherentes a cada sector.* De esta manera, si la intención fuera actualizarlas por la importancia del elemento extranjero en el acceso al RC, se hubiese contemplado en la nueva LRC la maternidad subrogada.

Sin embargo, a pesar de que el artículo 98 de la nueva LRC contempla como título inscribible la certificación de asientos extendidos en registros extranjeros, en el apartado d) del mismo artículo, se establece que para su inscripción, la certificación no ha de ser incompatible con el orden público español. Este apartado se contradice con la directriz segunda de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, que afirmaba que: *En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.* De ahí que toda esta situación genere confusión y contradicción¹⁷⁵.

certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado. b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española. c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado. d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español. 2. En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley. 3. Se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan.

¹⁷⁵ DURAN AYAGO, Antonia. "El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", *op., cit.*, pág. 265: *La entrada en vigor de la Ley 20/2011 (...) supondrá (...) la constatación de una especie de esquizofrenia jurídica en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, de un lado, el art. 10 Ley 14/2006 (...) mantiene la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, especificando que la filiación así habida quedará determinada por el parto y, de otro, podrán acceder al Registro Civil en nuestro país las certificaciones registrales expedidas por las autoridades públicas competentes en los Estados en que sí se contemplan este tipo de prácticas. Sin que sea necesario ya, como lo es ahora tras la Instrucción DGRN 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por*

La primera duda que me planteo es si en el artículo 98 de la nueva LRC se puede incluir la certificación registral de la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución. Como no se excluye y como es, obviamente, una cuestión de Derecho Internacional Privado, este tipo de certificación registral queda dentro del artículo 98 de la nueva LRC¹⁷⁶. Esta cuestión puede ser examinada desde dos perspectivas diferentes:

Desde la primera perspectiva, en el hipotético caso de que una certificación registral extranjera, sobre nacidos mediante maternidad subrogada, pretendiera acceder al RC, ello no sería posible porque, tal y como hemos apuntado, en la nueva LRC se establece que no accederán aquellas que sean incompatibles con el orden público español. La certificación registral que contemple el nacimiento mediante gestación por sustitución, atentaría contra el orden público por ser una práctica expresamente prohibida por el artículo 10 de la LTRHA. Por consiguiente, por aplicación del principio de jerarquía normativa, ante este conflicto en un futuro, se resolverán las cuestiones aplicando la Ley 20/2011 en detrimento de la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

La otra perspectiva que se podría dar a este artículo 98.1.d) de la Ley 20/2011, es permitir la inscripción de la certificación registral de una maternidad subrogada, considerando que el artículo 10 de la LTRHA no es contrario al orden público, y por lo tanto, obrar en la misma línea argumentativa que la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, donde se decía que no eran aplicables las normas sustantivas a la que las normas de conflicto españolas pudieran reconducir (artículo 10 de la LTRHA)¹⁷⁷.

Llegados a este punto se ha de ser realista con la situación actual planteada. La segunda perspectiva sería la deseada pero en la práctica no hay muchas garantías de que eso se llegue a darse puesto que, tal y como está configurada la legislación vigente, la perspectiva que más adecuada es la primera.

sustitución (...) la existencia de una resolución judicial en que se constate que los intereses de todas las partes intervinientes han estado debidamente protegidos.

¹⁷⁶ HUALDE MANSO, María Teresa. "De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada", *op., cit., pág. 9*.

¹⁷⁷ ALBERT MÁRQUEZ, Marta María. "Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil", *op., cit., pág. 11*.

Cabe añadir que ante esta evidente contradicción entre la Ley 20/2011 y la Instrucción de 2010, resultó una decepción que para solucionarla no se establecieran *las bases de una futura regulación jurídica de los efectos en nuestro Derecho de la gestación de sustitución contratada fuera de España, dado que la redacción de una nueva Ley del Registro Civil habría sido el momento oportuno para cristalizar la solución cuñada por la DGRN*¹⁷⁸. VELA SÁNCHEZ por ejemplo, vio en las directrices de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre, el camino que tenía que seguir la Ley 20/2011, para de una vez por todas, regular la práctica de este tipo de reproducción asistida¹⁷⁹.

De esta forma, lo que se denota de esta falta de previsión legal es que todo el revuelvo ocasionado por los pronunciamientos de la DGRN y el de la SJPI de 2010, no han servido para darse cuenta de que hay una necesidad imperiosa de regular esta técnica de reproducción asistida. Así, sigue sin ser relevante dar un poco de luz a todo este complejo tema.

El hecho de que la nueva ley obviara el pronunciamiento de la DGRN en 2010, fue muy criticado¹⁸⁰. Entre ellos, ALBERT MÁRQUEZ¹⁸¹ afirmó que era indudable que la determinación de la filiación de los bebés nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución fuera una cuestión de Derecho Internacional Privado. Como tal, se debería de haber contemplado en la nueva ley.

Al igual que gran parte de la doctrina, considero que *se ha dejado pasar una oportunidad histórica para llevar a cabo una mejor regulación del proceso y así evitar*

¹⁷⁸ *Ibid.*, pág. 8.

¹⁷⁹ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución". *Diario La Ley*, 2011, núm. 7608, págs. 1 a 17, pág. 8.

¹⁸⁰ ALBERT MÁRQUEZ, Marta María. "Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil", *op., cit.*, pág. 8: *No sé si tiene mucho sentido plantear si este «olvido» del legislador se debe a simple imprevisión o, más bien, cabe advertir cierta voluntad de esquivar el debate público, regulando, sin nombrarla, la situación de las parejas que recurren a la gestación de sustitución en los países donde ésta es legal. En cualquier caso, trataremos en lo que sigue de plantear cuál será el régimen jurídico de las inscripciones que nos ocupan en el nuevo escenario que supone la Ley 20/2011 (LA LEY. 1168/2011), del Registro Civil. (...) En cualquier caso, y puesto que las hipótesis interpretativas planteadas distan mucho de estar completamente claras, creo que no estaría de más que se abriera un debate en la sociedad civil sobre cuál debe ser el régimen jurídico de la gestación de sustitución dentro y fuera de nuestras fronteras. Sería positivo que se emplearan los años que aún quedan para la entrada en vigor de la norma para explicar a la ciudadanía que ocurrirá con los hijos habidos en el extranjero mediante contrato de gestación de sustitución, y qué será de la vigencia efectiva del art. 10 de la LO 14/2006.*

¹⁸¹ *Ibid.*, pág. 8.

*la confusión de legislaciones*¹⁸². Se confiaba en que la nueva LRC contemplaría la gestación por sustitución y arrojaría un poco de luz a toda esta compleja materia, pero no ha sido así. Se desea que la próxima modificación que se haga a la LRC por fin unifique la legislación y regule esta modalidad de reproducción humana asistida.

¹⁸² SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, Miguel. "La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014". *Diario La Ley*, 2014, núm. 8293, págs. 1 a 6, pág. 3.

5. ESTUDIO DOCTRINAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La doctrina ha sido la que más ha analizado este fenómeno dado que como se vio en el epígrafe anterior, la ley no distinguía los tipos de gestación por sustitución. Únicamente negaba sus efectos al declarar esta práctica nula. Este análisis se ha hecho desde distintas ópticas para abordar, con mayor detenimiento, todas las cuestiones que rodean esta clase de reproducción asistida. Por lo tanto, como es lógico esta materia tiene un mayor trato doctrinal.

Ello ha generado un intenso debate en el ámbito social, biológico, religioso, jurídico y ético.¹⁸³ Tal y como dice ROCA TRÍAS, la razón por la que hoy en día continúan habiendo estos múltiples debates y variadas opiniones, es porque esta materia es muy compleja y aún no se ha creado un cuerpo legal específico sobre ella en España¹⁸⁴.

Cabe añadir, que en este epígrafe del trabajo, se verán cuáles son los argumentos de la doctrina que está a favor y en contra de la maternidad subrogada.

¹⁸³ FARNÓS AMORÓS, Esther. "European Society of Human Reproduction and Embryology, 26th Annual Meeting", *op., cit.*, pág. 10: *Así, ¿debe aceptarse la maternidad subrogada practicada con fines comerciales o sólo con fines altruistas?; ¿de optarse por la legalización de la práctica celebrada con fines altruistas, qué cuantía aproximada debe considerarse "compensación razonable" a percibir por la madre subrogada por las molestias y gastos en los que incurrió durante la gestación y el parto?; ¿debe existir algún tipo de vínculo familiar o afectivo entre la pareja comitente y la madre subrogada?; ¿únicamente deben otorgarse efectos jurídicos a la maternidad gestacional, es decir, aquella en que la madre subrogada es sólo gestante, o también debe desplegar efectos la maternidad subrogada tradicional o plena, en la que además de gestar, la madre subrogada aporta sus óvulos?; ¿cómo deben resolverse los eventuales conflictos de intereses entre las partes, especialmente los cambios de opinión de la madre subrogada que, tras el parto, se niega a entregar al nacido a la pareja comitente?; ¿a favor de quien debe determinarse la filiación del nacido en tales circunstancias?; y, finalmente, desde el punto de vista de los requisitos de acceso: de regularse la maternidad subrogada, ¿debe tan sólo permitirse a las parejas infértiles o también a las parejas e individuos que padecen la conocida como "infertilidad estructural", como los hombres solos o las parejas gays?. También en: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José María. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 1994. 166 págs. ISBN 8481550213, pág. 73. Consecuentemente, se ha cuestionado cuál era la maternidad relevante a nivel jurídico, si la genética o la gestacional. Se puede ver en: VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. "Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida", *op., cit.*, pág. 10. También en: PÉREZ MONGE, Marina. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, *op., cit.*, pág. 321.*

¹⁸⁴ ROCA TRÍAS, Encarna. "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección fundamental". II Congreso Mundial Vasco. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid: Trivium, 1988. ISBN 8486440831, págs. 19 a 46, pág. 34.

Esta división de pareceres, es el reflejo de las inquietudes y de las esperanzas de la sociedad ante esta emergente técnica de reproducción asistida¹⁸⁵.

5.1 DOCTRINA FAVORABLE

Para conocer cuáles son los argumentos en los que se apoya la doctrina que está a favor de la regulación de la maternidad subrogada, he optado por examinarlos de forma separada¹⁸⁶:

5.1.1 El derecho a procrear

Tal y como afirma ROCA TRÍAS, deriva de *diversos derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida y la integridad física y a la libertad*¹⁸⁷. En suma, el derecho a procrear se ha entendido como un *derecho legítimo universal*¹⁸⁸.

La concepción que se tenía del mismo a la que se tiene en la actualidad es muy distinta. Antes se configuraba como un derecho negativo en la medida en que se manifestaba que *el Estado no debía inmiscuirse en la libertad de procrear de las personas*. En la actualidad, se entiende que como el Estado español prohíbe la maternidad subrogada, de alguna manera este se está entrometiendo en la vida

¹⁸⁵ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?", *op., cit., pág. 149: El debate no se ha hecho esperar, existiendo opiniones divergentes que comprenden desde aquéllas que postulan por una prohibición total de este tipo de fenómeno hasta otras que defienden la armonización internacional que haga posible el deseo de ser padres, o yendo más lejos, el ejercicio de un derecho: el derecho a la procreación, como parte integrante de los derechos reproductivos, entendidos como un compendio de derechos humanos*.

¹⁸⁶ Todos los puntos que configuran el listado se han elaborado a partir de los siguientes autores: LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 215*. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?", *op., cit., pág. 151*. PÉREZ MONGE, Marina. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, op., cit., pág. 336*. LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela. "La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo", *op., cit., pág. 325*. SOUTO GALVÁN, Beatriz. "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho", *op., cit., pág. 279*.

¹⁸⁷ ROCA TRÍAS, Encarna. "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección fundamental", *op., cit., pág. 25*.

¹⁸⁸ GODOY VIDAL, Hugo. "Aspectos sociales y morales de las técnicas de reproducción asistida". *Revistas Biomédicas Latinoamericanas*, 2002, núm. 40, págs. 11 a 21, pág. 10.

procreativa de las personas. Así pues, ello condiciona a las mismas en la toma de decisiones respecto a la forma de reproducirse.

En definitiva, se cree que se está coaccionando la libertad reproductiva con la declaración de nulidad del artículo 10 de la LTRHA¹⁸⁹, dado que la gestación por sustitución se configura como una manifestación del derecho a la procreación. En esta misma línea, SILVA RUIZ dice que *el reconocimiento del derecho a procrear debe lógicamente extenderse a la decisión de cómo ese niño debe ser concebido. La jurisprudencia demuestra que el Estado no puede prohibir a una pareja la decisión de engendrar o dar a luz a un niño. (...) Una vez se decide tener un niño, el método empleado reproducción natural/coital, inseminación artificial o maternidad subrogada debe ser interpretado/entendido como parte de esta amplia garantía constitucional.*¹⁹⁰

5.1.2 Derecho a tener hijos

El derecho a recurrir a la gestación por sustitución sacia el afán por tener un hijo¹⁹¹, concretamente, el que sea *propio*¹⁹². Por lo tanto, se ha de hacer hincapié en la importancia que le da la parte comitente a la unión genética con el bebé.

Tener un hijo mediante la maternidad subrogada no sólo garantiza el derecho a la igualdad, sino también, el de no discriminación¹⁹³. Este último derecho no solo ha de ir enfocado a las parejas homosexuales, que por la vía natural no pueden tener hijos,

¹⁸⁹ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, op., cit., pág. 7. En esta línea: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José María. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, op., cit., pág. 75: (...) *si se impide o coarta la maternidad de subrogación se lesiona la libertad de quien lo desea.*

¹⁹⁰ SILVA RUIZ, Pedro: "Programación Humana Asistida: La Maternidad Subrogada, Suplente o Sustituta." Sociedad de Legislación comparada. *XIII Jornadas Franco Latinoamericanas de Derecho Comparado*, Valencia: Publicaciones de la Facultad de Medicina, Universidad de Cartagena, 1996. Págs. 1 a 19, pág. 11.

¹⁹¹ ACOSTA CIND, Arteta. "Maternidad Subrogada", op., cit., pág. 94. No solamente se puede ver cumplido ese deseo con la gestación por sustitución sino, lógicamente, también con las TRHA. En esta línea: LAMM, Eleonora. "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", op., cit., pág. 90.

¹⁹² VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia", op., cit., pág. 6.

¹⁹³ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?", op., cit., pág. 151. En esta misma línea: DURAN AYAGO, Antonia. "El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", op., cit., pág. 273. También en: LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", op., cit., pág. 7.

sino también a todas las personas que pudiendo o no, deciden recurrir a esta técnica especial de reproducción asistida. Se insiste en que para que no se produzca esta clara discriminación, la solución es proceder a la creación de un código legal en el que se permita la maternidad subrogada¹⁹⁴.

Al mismo tiempo, el derecho a tener un hijo se puede relacionar con el derecho a procrear que se ha tratado con anterioridad. El punto de conexión se encuentra en el derecho a formar una familia¹⁹⁵. Este implica que cada mujer es libre de elegir el medio a través del cual quiere formarla¹⁹⁶. Dentro de los medios se incluye el *derecho a la utilización de las técnicas existentes, entre ellas, la maternidad subrogada (...)*¹⁹⁷. Por consiguiente, la doctrina positivista entiende que el Estado, en la medida en que reconoce el acceso a la maternidad y a la paternidad, también le correspondería ofrecer las garantías necesarias para que las personas que lo desearan pudiesen recurrir a la gestación por sustitución.

5.1.3 Enfermedad. Infertilidad. Imposibilidad biológica

Ante la imposibilidad de procrear por parte de una persona por varias razones (por ejemplo: ser infértil o no tener útero u ovarios tras un cáncer), la maternidad subrogada se visualiza como la última opción a la que recurrir ante el legítimo anhelo de tener descendencia¹⁹⁸. Se considera un remedio viable cuando no se pueden solventar esos deseos mediante los mecanismos que contempla la LTRHA¹⁹⁹.

¹⁹⁴ DURAN AYAGO, Antonia. "El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", *op., cit.*, pág. 273.

¹⁹⁵ ALKORTA IDIAKEZ, Itziar. "Nuevos límites del derecho a procrear", *op., cit.*, pág. 11.

¹⁹⁶ LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *op., cit.*, pág. 40: (...) *en una sociedad liberal la gente debería elegir dentro de sus posibilidades, la forma en que desean tener hijos y el tipo de familia que quieren constituir, y no deberían ser penalizados (...)*. No solo tienen la libertad de elegir el medio sino que DURAN AYAGO, Antonia. "El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", *op., cit.*, pág. 274, habla incluso *del derecho fundamental a la reproducción enmarcado en el art. 17.1 CE (libertad personal)*.

¹⁹⁷ LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit.*, pág. 215.

¹⁹⁸ PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando. "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, núm. 15, págs. 129 a 160, pág. 133.

¹⁹⁹ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia", *op., cit.*, pág. 2. También en: VILAR

Por este motivo, la doctrina positivista entiende que debe permitirse su práctica dado que muchas personas se encuentran en esta tesitura. Asimismo, al entenderse la gestación por sustitución como un modo de superar estas enfermedades, muchos autores hablan de su carácter solidario²⁰⁰.

En suma, se considera que no es justo que estas mujeres que han sufrido alguna enfermedad se las prive en España de acudir a esta técnica de reproducción, cuando en otros países, mujeres con las mismas enfermedades, ven realizado su sueño de ser madres con la maternidad subrogada²⁰¹. Este planteamiento invita a la reflexión.

5.1.4 Diversificación de la maternidad. La madre gestante no quiere ser la madre del bebé gestado

La doctrina positivista apoya que se haya producido una diversificación de la maternidad, y consecuentemente, que no haya una sola madre. Esta situación no se contemplaba jurídicamente como se vio anteriormente. Además, afirma que no se puede considerar madre a aquella que solo pare y que no desea cuidar en un futuro al bebé²⁰². De hacerlo, no se ajustaría ni *con la voluntad de las partes ni con el interés superior del niño*²⁰³.

La mujer con la que se pacta para gestarlo no quiere ser la verdadera madre, que sí lo quiere ser aquella que ha contratado sus servicios. Por consiguiente, como el deseo de tener hijos es por parte de la pareja comitente y no de la gestante, el principio de *mater semper certa est*, se ha de suprimir. Es por esto que SPAR dice que *la maternidad se debería definir más por la intención que por la presunción*²⁰⁴.

GONZÁLEZ, Silvia. "Situación actual de la gestación por sustitución = Current state of surrogate motherhood", *op., cit., pág. 911*.

²⁰⁰ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José María. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español, op., cit., pág. 74*. En esta misma línea: SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos", *op., cit., pág. 28*.

²⁰¹ LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 225*.

²⁰² LLEDÓ YAGÜE, Francisco. "El alquiler de útero y el problema de las madres sustitutas o por encargo", *op., cit., pág. 441*.

²⁰³ LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 291*.

²⁰⁴ SPAR, DEBORA L. *Baby business. Cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad, op., cit., pág. 154*. En esta línea: DURAN AYAGO, Antonia. "El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", *op., cit., pág. 274: En el caso de la*

El deseo, la voluntad o la intención de quienes quieran ser los padres del bebé es lo que ha de primar por encima de la consideración de este axioma romano. Por ello se cree que la mujer gestante no ha de asumir toda la carga de la maternidad cuando ella no quiere ser la madre de la criatura. En otras palabras, en los tiempos que corren la noción tradicional de madre cae por su propio peso. Esto es, este papel no lo lleva a cabo solamente una mujer en la maternidad subrogada, sino que son varias. Así pues, se entiende que *el Derecho debe resolver cuál es la maternidad relevante jurídicamente, la maternidad genética o la gestacional*²⁰⁵.

Uno de los argumentos que plantea la doctrina que está en contra de la gestación por sustitución, y que se verá a continuación, es el hecho de que se puede dar el caso de que la madre gestante quiera quedarse con el bebé cuando nazca. La doctrina que está a favor considera que esto es absurdo²⁰⁶. Cuando las mujeres se ofrecen saben que ese bebé no será suyo dado que solo lo van a gestar²⁰⁷. Dicho de otro modo, entregar *algo* que no les pertenece no les genera ningún daño emocional²⁰⁸, al contrario de lo que gran parte de la doctrina que está en contra piensa.

Se ha de demostrado que las mujeres gestantes no tienen problemas psicológicos tras la entrega del bebé²⁰⁹. Lo único que tienen psicológicamente es la satisfacción de haber dado una criatura a unas personas que no podían tener hijos.

gestación por sustitución, si de deshacer un conflicto de maternidades se trata, lo más beneficioso para el menor sería optar por la madre que ha querido a ese niño, por la maternidad intencional, independientemente de que esta mujer haya aportado o no su material genético.

²⁰⁵ PÉREZ MONGE, Marina. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, op., cit., pág. 320.

²⁰⁶ LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", op., cit., pág. 215.

²⁰⁷ VAN NIEKERK, Anton y VAN ZYL, Liezl. "Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood". *Journal of Medical Ethics*, 2000, núm. 26, págs. 404 a 409, pág. 2: *I never think of the child as mine. After I had the baby, the mother came into the room and held the baby. I couldn't relate that it had any part of me; I don't think of the baby as my child. I donated an egg I wasn't going to be using; The baby isn't mine. I am only carrying the baby.*

²⁰⁸ LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", op., cit., pág. 9: *Estas observaciones demuestran que el embarazo no hace a la madre y que el desprenderse del niño que han gestado no importa necesariamente un daño.* En esta misma línea: SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos", op., cit., pág. 15.

²⁰⁹ LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", op., cit., pág. 9: (...) *la gestación por sustitución no atenta contra la salud física y psíquica de la gestante. Los estudios no han encontrado ningún tipo de trastorno en las mujeres que han actuado como gestantes.* También en: HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?", op., cit., pág. 151.

5.1.5 El Interés superior del niño

De entrada, la doctrina positivista ya sabe que se trata de un concepto jurídico indeterminado. Sin embargo, lo alega positivamente en dos sentidos. En el primero para esclarecer que, de permitir la inscripción en el RC de la filiación de los bebés nacidos mediante maternidad subrogada, se protegerían los derechos fundamentales de los mismos²¹⁰. En el segundo sentido para sostener que con la gestación por subrogación no se transgrede este principio, *debido a que el niño nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución*²¹¹.

5.1.6 Adopción

Las parejas comitentes quieren tener un hijo *propio* dado que la adopción no la ven como una vía para tenerlo. Su razón de ser está en que el adoptado no está vinculado genéticamente con los padres adoptivos²¹². En cambio, en la mayor parte de los casos, el bebé nacido de madre gestante, tiene un lazo genético con los padres²¹³. SÁNCHEZ ARISITI afirma que *ciertamente, quienes acuden a la gestación por sustitución no pretenden convertirse en padres adoptivos sino en progenitores naturales de la criatura engendrada por la mujer gestante*²¹⁴.

Por ello la doctrina positivista rebate a la que está en contra, argumentando que con la adopción no se persigue el mismo objetivo²¹⁵: *La primera gran diferencia es*

²¹⁰ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo". *Diario La Ley*, 2013, núm. 8162, págs. 1 a 14, pág. 3.

²¹¹ LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *op., cit., pág. 9*. También en: LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 215*.

²¹² *Ibid.*: (...) mediante la maternidad de sustitución se busca la procedencia genética del nacido, respecto de la persona o pareja comitente. (...)

²¹³ ACOG COMMITTEE OPINION. *Surrogate Motherhood*. [En línea]. The American College of Obstetricians and Gynecologists. Women's Health Care Physicians. Núm. 397. Febrero de 2008. Disponible en: <http://www.acog.org/Resources-And-Publications/Committee-Opinions/Committee-on-Ethics/Surrogate-Motherhood> [Consulta: 5/03/15]: *Adoption, however, does not provide a genetic link to the child, an important consideration for some prospective parents. Surrogacy is chosen by some prospective parents because of a desire for genetic linkage or for practical reasons, such as the scarcity of adoptable children.*

²¹⁴ SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos", *op., cit., pág. 13*.

²¹⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)", *op., cit., pág. 6*: (...) en definitiva, supone utilizar la

que mientras en la maternidad subrogada, el objetivo es obtener un embarazo o el bebé para los padres infértiles, en la adopción el objeto es obtener una familia para el bebé o niño²¹⁶.

LAMM establece varias razones por las que cree que se recurre antes a la gestación por sustitución que a la adopción²¹⁷:

- a. *Los arduos y largos procesos para adoptar un niño impulsan a muchas parejas a buscar esta alternativa²¹⁸.*
- b. *Ha descendido el número de niños dados en adopción (especialmente en EE.UU.).*
- c. *No es justo ni moral establecer un doble estándar para las personas que no tienen problemas para concebir y otro para las que sí los tienen: deber moral de adoptar para unos y exclusión del mismo para otros.*
- d. *La gestación por sustitución permite que al menos un comitente aporte su material genético.*

Por esta razón, lo que intenta la doctrina positivista es que no se asimilen ambas figuras puesto que considera que sus objetivos y la situación en la que se encuentran, es completamente distinta.

5.1.7 La gestación por sustitución no equivale a comercio

Conviene resaltar, por parte de la doctrina positivista, que en la maternidad subrogada *no se trata al niño como una mercancía*²¹⁹. El bebé no se ha de considerar bajo ningún concepto objeto de cambio.

adopción para conseguir los efectos que se perseguían mediante la celebración del contrato de gestación por sustitución; y, si esto es así, ¿por qué no se admite directamente la gestación por sustitución y se evita un proceso más largo y complejo, que va a llevar al mismo resultado?

²¹⁶ LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 198*.

²¹⁷ LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *op., cit., pág. 9*.

²¹⁸ También está de acuerdo con ello: VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo", *op., cit., pág. 1*.

Es necesario insistir en que no se está explotando o cosificando el cuerpo de la mujer gestante puesto que la misma se ofrece a llevar a cabo esta técnica sin que nadie la obligue²²⁰.

El cuerpo de la mujer es un derecho. Este es el eslogan que se ha utilizado en innumerables ocasiones por la doctrina positivista para dejar claro que todas las decisiones sobre el cuerpo de una mujer las decide ella y nadie más²²¹. La decisión de la mujer gestante es libre, consciente, sin presión alguna y es tomada en base al ejercicio de los derechos y las prerrogativas que ostenta²²². Y en el peor de los casos, si se pudiese hablar de explotación, se considera que no es motivo suficiente como para que continúe prohibida la maternidad subrogada en la legislación española²²³, dado que se entiende que no se hace daño a terceros llevándola a cabo.

Paralelamente, la privación a la mujer de utilizar su cuerpo para engendrar un bebé para otro/a, afecta a la privacidad y a la autodeterminación de la misma²²⁴. Al mismo tiempo, no se atenta contra su dignidad²²⁵ por el hecho de que *la gestación por*

²¹⁹ PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando. "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución", *op., cit., pág.* 133. En esta línea: SOUTO GALVÁN, Beatriz. "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho", *op., cit., pág.* 291: *El argumento de que se trata al niño como una mercancía, lo que es contrario a su dignidad como persona, es discutible: puede contestarse que no se comercializa al niño, sino simplemente la capacidad generativa de una mujer (que tiene el derecho a disponer libremente de su cuerpo), a fin de satisfacer el legítimo deseo de tener un hijo de la pareja comitente.*

²²⁰ LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *op., cit., pág.* 7: *En cuanto al argumento de la explotación o cosificación de la mujer gestante, se sostiene que tratándose de un acuerdo voluntario y libre no hay por qué hablar de explotación, ni aun interviniendo dinero (...).*

²²¹ SOUTO GALVÁN, Beatriz. "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho", *op., cit., pág.* 279: *Las madres gestantes tienen derecho a servirse de sus propios cuerpos y de acuerdo con un libre albedrío.*

²²² APARISI, Ángela y LÓPEZ GUZMÁN, José. "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada". *Cuadernos de Bioética*, 2012, vol. 23, núm. 78, págs. 253 a 267, pág. 258. En esta misma línea: ACOSTA CIND, Arteta. "Maternidad Subrogada", *op., cit., pág.* 94.

²²³ WILKINSON, Stephen. "The exploitation argument against commercial surrogacy". *Revista Bioethics*, 2003, vol. 17, núm. 2, págs. 169 a 187, pag.186: *We should conclude therefore that although permitting commercial surrogacy may allow poor women to be exploited, this is not a sufficient reason for prohibiting (...).*

²²⁴ LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág.* 215: *Se entiende que el argumento de la cosificación o comercio priva a la mujer del derecho a la privacidad y autodeterminación y las trata injustamente (...).* También en: VAN NIEKERK, Anton y VAN ZYL, Liezl. "Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood", *op., cit., pág.* 404: *To prohibit or invalidate such contracts would be to violate women's right to self-determination (...).*

²²⁵ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", *op., cit., pág.* 361: *La dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo parió y, en supuestos ordinarios, no se le causa ningún daño. La dignidad de los "comitentes"*

*sustitución no parece contradecir los grandes principios que inspiran la bioética y que nuestra Constitución recoge (principio de dignidad y de daño, es decir, no causar un daño injustificado, de autonomía y de igualdad)*²²⁶.

5.1.8 Venta de óvulos y espermias. Prostitución

La gestación por sustitución se ha de considerar un mercado al igual que lo es la comercialización de espermias y óvulos. Es por este motivo que es incoherente que una vez se alteró ya en su día la naturaleza con la venta de gametos, se siga prohibiendo la maternidad subrogada alegando que esta cambia el curso natural de las cosas²²⁷. Tanto en la venta como en la maternidad subrogada, existe una manipulación de gametos y embriones.

Tal y como afirma VERDERA IZQUIERDO, *la doctrina se ha cuestionado el hecho de que se permita la donación de óvulos o embriones y en cambio, se prohíba la maternidad por sustitución*²²⁸. Con la venta de óvulos por ejemplo, se permite que las mujeres sin ovarios puedan tener un hijo. En el caso de que no tuvieran útero, también se las podría ayudar a tener hijos con la maternidad subrogada²²⁹. Permitir un caso y no el otro supone una discriminación²³⁰. *No entiendo por qué es legal trasplantar un corazón o donar ovocitos y, sin embargo, una mujer con problemas para*

tampoco se ve afectada y, lo que parece más delicado, la dignidad de la madre gestante está tan salvaguardada cuando consciente y libremente decide prestar su cuerpo para gestar, como cuando consciente y libremente decide ingresar en un convento de clausura.

²²⁶ HEREDIA CERVANTES, Iván. "La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución", *op., cit., pág. 710*.

²²⁷ ALKORTA IDIAKEZ, Itziar. *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*. 1ª edición. Navarra: Thomson Aranzadi, cop., 2003. 460 págs. Colección: Monografías Aranzadi. Derecho Civil; núm. 288. ISBN 9788497672337, pág. 288.

²²⁸ VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. "Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida", *op., cit., pág. 10*.

²²⁹ LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 197*.

²³⁰ PÉREZ MONGE, Marina. "Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad", *op., cit., pág. 45: Desde una perspectiva científica, se aduce que no existe diferencia alguna entre la gestación que se inicia en un útero receptivo tras el tratamiento de donación de ambos gametos o en el caso de adopción embrionaria, y la que tiene lugar en los casos que una pareja por ausencia de útero decide realizar una fecundación in vitro con sus gametos y transferir su embrión a un útero donde tampoco existe vinculación genética alguna.*

*concebir no puede recurrir a una madre de alquiler*²³¹. Esto es lo mismo que se pregunta una y otra vez la doctrina positivista.

Por último, esta también compara la gestación por sustitución con la prostitución. No se concibe que el Estado español permita esta última y no la maternidad subrogada²³².

5.1.9 Retribución económica

Se sabe que a los donantes de gametos masculinos y femeninos se les compensa económicamente por las molestias que sufrieran en el proceso. Esta situación, la doctrina positivista entiende que se podría asimilar al caso de las mujeres gestantes, y de esta manera, pagarles por todas aquellas incomodidades o gastos generados en el proceso de gestación²³³.

Sin embargo, no solo se refieren a compensarles por ello sino, lógicamente, por gestar a un bebé. Económicamente, a las mujeres gestantes ello les supone tener una serie de ingresos²³⁴. La doctrina positivista insiste en que ofrecerse como madres gestantes no es únicamente por temas económicos. No obstante, hay que ser realistas y ver que también les es un estímulo.

Respecto a este beneficio económico²³⁵, un sector reducido de la doctrina positivista lo asemeja al caso de mujeres que transfieren a otras el uso limitado de su cuerpo en contratos laborales, como por ejemplo las niñeras o las enfermeras²³⁶.

²³¹ PRATS, Jaime. *Busco madre de alquiler... en el extranjero*. [En línea]. 9 de noviembre de 2008. Disponible en: http://elpais.com/diario/2008/11/09/sociedad/1226185201_850215.html [Consulta: 11/03/15].

²³² PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando. "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución", *op., cit., pág. 133*: (...) *no acabo de ver claro qué legitimación tendría para reprimir tales conductas un Estado que tolera la prostitución y permite actividades mucho más peligrosas que un embarazo para la integridad física de quien las realiza; al menos mientras no se pruebe que la "gestación por cuenta ajena" tiene un impacto psicosocial negativo en la criatura.*

²³³ EL PAÍS, *Ofrécese útero*. [En línea]. 3 de agosto de 2006. Disponible en: http://elpais.com/diario/2006/08/03/opinion/1154556003_850215.html [Consulta: 17/01/15].

²³⁴ SPAR, DEBORA L. *Baby business. Cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad*, *op., cit., pág. 124*.

²³⁵ ACOSTA CIND, Arteta. "Maternidad Subrogada", *op., cit., pág. 94*.

²³⁶ LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 215*.

5.1.10 Otros

A nivel económico, el nacimiento de bebés mediante esta técnica, al igual que cualquier nacimiento, genera aspectos positivos.

El primero de ellos un aumento de la natalidad que se traduce en mejoras a nivel financiero, social, cultural, etc.²³⁷. El segundo, implica *reducir el desequilibrio entre la oferta y la demanda de niños en adopción que actualmente existe*²³⁸. Es decir, habría un número parecido de niños adoptados y de niños nacidos mediante maternidad subrogada. El tercero, una mejora de la actividad económica *que involucra a una gran cantidad de actividades industriales o profesionales*²³⁹.

En último lugar, no se considera que se vulnere el orden público porque los efectos de esta práctica son reconocer la filiación a un nacido, aunque sea mediante esta técnica prohibida en el ordenamiento español²⁴⁰.

5.1.11 Conclusiones de la doctrina a favor

Si se recapitula, la doctrina positivista cree que ante esta insuficiencia e incongruencia del actual panorama normativo español²⁴¹, la solución no es simplemente anular la gestación por sustitución en España sino regularla como es debido. Además, esta hace un esfuerzo por demostrar que esta técnica tendrá que legalizarse en un futuro dado que cada vez son más los niños que nacen a través de misma y mayor es la oferta de madres gestantes. *La nulidad no soluciona los problemas que pueden derivarse de la maternidad subrogada*²⁴². Ello es así y la

²³⁷ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia", *op., cit., pág. 2*.

²³⁸ *Ibid., pág. 6*.

²³⁹ *Ibid., pág. 7*.

²⁴⁰ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", *op., cit., pág. 362: (...) la gestación por sustitución, en sí misma considerada, no vulnera el orden público español: lo vulneraría, por ejemplo, la situación en la que se ha ejercido algún tipo de violencia contra la madre gestante para obligarla a acceder a esta técnica; (...). Ibid., pág. 339: El hecho de que la gestación por subrogación no altere el régimen ordinario de la filiación en Derecho material español no es razón suficiente para considerar contrario al orden público el reconocimiento de las llevadas a cabo en el extranjero.*

²⁴¹ VILAR GONZÁLEZ, Silvia. "Situación actual de la gestación por sustitución = Current state of surrogate motherhood", *op., cit., pág. 912*.

²⁴² LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 226*.

prueba está en que, aún y existiendo la prohibición legal, se recurre a otros países para llevarla a cabo²⁴³.

Además, sobre este fenómeno en expansión, se insiste en una unificación normativa a nivel internacional para evitar inseguridad jurídica²⁴⁴. En suma, se remarca la necesidad de ir homologando las decisiones extranjeras relativas a la filiación de niños nacidos mediante esta técnica en virtud del principio superior del menor²⁴⁵. De esta manera, la doctrina positivista deja ver que no hay impedimentos éticos para que no se proceda a su normativización. Con ello se denota un deseo profundo de modificar la regulación actual española en esta materia²⁴⁶.

En síntesis, se puede concluir que toda mujer tiene el derecho a procrear y a tener hijos. Ante impedimentos para ello, ya sean enfermedades, o imposibilidades biológicas, se abre la puerta a recurrir a la gestación por sustitución. Recurrir a ella no implica comerciar con el bebé dado que también se habla de comercialización cuando hay donaciones de óvulos y espermias. Al mismo tiempo, tampoco lleva consigo que la madre gestante acabe queriendo quedarse al bebé que ha gestado para otra persona.

²⁴³ *Ibid.*, pág. 288. En esta misma línea: SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos", *op., cit.*, pág. 28.

²⁴⁴ VELARDE D'AMIL, Yvette. "Comentario de la sentencia de la Audiencia provincial de Valencia núm. 949/2011: no inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución". *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, 2012, núm. 3, págs. 61 a 70, pág. 68: *Lo deseable sería que existiera una directriz a nivel internacional que unificara criterios respecto a la inscripción registral de los nacidos como consecuencia de los contratos de gestación por sustitución.*

²⁴⁵ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?", *op., cit.*, pág. 153.

²⁴⁶ DE TORRES PEREA, José Manuel. "Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor". *Diario La Ley*, 2014, núm. 8281, págs. 1 a 17, pág. 7: *De hecho, nos consta que la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado está elaborando un convenio específico para regular este tipo de gestaciones, pues no se puede cerrar los ojos ante la realidad, dado la multiplicación exponencial de estas gestaciones por sustitución que exigen de una pronta regulación internacional.* También en: ARISTI, Rafael. "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos", *op., cit.*, pág. 29: *Los legisladores de países como España deben plantearse si no es más sensato dotar a esta figura de una regulación, aunque sea contemplarla restrictivamente y rodear su práctica de los requisitos que se estimen convenientes, que mantener una prohibición de trazo grueso y escasa efectividad real (...).* También en: DURAN AYAGO, Antonia. "El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", *op., cit.*, pág. 274: *Lo cierto es que una vez que nos hemos percatado de que nuestro sistema no ofrece una respuesta adecuada a los casos de gestación por sustitución, todo el tiempo que reste hasta que se remedie será tiempo perdido. Ibid., pág. 304: (...) o se acepta la gestación por sustitución y se la dota de un contenido material en el que se garanticen los intereses de todos los implicados, o estaremos haciendo equilibrios con cuestiones sobre las que no cabe realizar malabarismos.*

En resumen, la actitud del Estado ante ello no ha de ser seguir prohibiendo su práctica sino regularla ya que proporciona muchos beneficios. Además, se considera que esta figura debería permitirse ante la innegable diversificación de la maternidad. Por último, no es una técnica de reproducción que pueda conseguir el mismo fin que la adopción, tampoco contraviene el orden público español, y consecuentemente, todos los nacidos mediante maternidad subrogada han de inscribirse en el RC en virtud del principio superior del menor.

5.2 DOCTRINA CONTRARIA

En este apartado se conocerán cuáles son los argumentos en contra de la legalización de la gestación por sustitución. Para ello, he confeccionado, al igual que en el caso de la doctrina a favor, un listado²⁴⁷.

5.2.1 La noción tradicional de madre

Este sector de la doctrina defiende que madre es la que pare y ello ha de ser siempre con independencia de las TRA. Esta noción tradicional no permite la renuncia a la maternidad por parte de la madre que gesta a la criatura, salvo que se acuda a la adopción, en cuyo caso, esta renuncia se permite. Asimismo, se entiende que la maternidad subrogada permite *concebir a un hijo para abandonarlo posteriormente*²⁴⁸.

Esa negación de la mujer como madre del bebé²⁴⁹, *implica una ruptura con la forma tradicional de concebir y de vivir la maternidad*²⁵⁰. Este es uno de los motivos

²⁴⁷ Ha sido confeccionado a partir de: LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 211*. PÉREZ MONGE, Marina: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, op., cit., pág. 334*. MARTÍN CAMACHO, Javier. *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*. [En línea]. 2009. Disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf> [Consulta: 1/03/15].

²⁴⁸ LLEDÓ YAGÜE, Francisco. "El alquiler de útero y el problema de las madres sustitutas o por encargo", *op., cit., pág. 330*. También en: APARISI, Ángela y LÓPEZ GUZMÁN, José. "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", *op., cit., pág. 260*. En esta misma línea: SOUTO GALVÁN, Beatriz. "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho", *op., cit., pág. 279*.

²⁴⁹ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional", *op., cit., pág. 21*.

²⁵⁰ APARISI, Ángela y LÓPEZ GUZMÁN, José. "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", *op., cit., pág. 255*: *En este contexto, en muchos casos, también*

por los que la doctrina negativista considera inadmisibles esta técnica de reproducción asistida. Por ello, resulta indiferente la cuestión genética, es decir, de quién sea el material con el que se ha engendrado al bebé. **Maternidad no equivale a genética sino a parto.**

En consecuencia, siempre primará la maternidad gestacional sobre la genética. Es por esta razón que entienden que ha de prevalecer el vínculo físico y emocional²⁵¹ entre madre y bebé, a la conexión genética entre los mismos. La madre siempre se determinará por el parto. Consecuentemente, el principio de *mater semper certa est* no puede ser modificado por culpa de la gestación por sustitución. Teniendo en cuenta eso, se descarta cualquier debate sobre una posible filiación fragmentada²⁵².

5.2.2 Indisponibilidad del cuerpo humano. Convierten a la madre y al hijo en objetos de comercio

La gestación por sustitución es considerada inmoral porque no se puede permitir la cosificación ni la del bebé ni la de la madre²⁵³. Ello implica que ambos son una *res extra commercium*²⁵⁴. Además, se considera contrario a la moral que la persona en sí misma sea objeto contractual, ya que *la capacidad de gestar es indisponible, intransferible y personalísima*²⁵⁵, porque afecta a actos *intuitu personae*²⁵⁶.

se pierde el carácter íntimo e interpersonal del proceso de gestación. También en: APARISI, Ángela y BALLESTEROS, Jesús. *Por un feminismo de la complementariedad: Nuevas perspectivas para la familia y el trabajo*, op., cit., pág. 157.

²⁵¹ SPAR, DEBORA L. *Baby business. Cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad*, op., cit., pág. 140.

²⁵² APARISI, Ángela y LÓPEZ GUZMÁN, José. "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", op., cit., pág. 261.

²⁵³ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?", op., cit., pág. 151.

²⁵⁴ No solo por eso sino también porque *la maternidad es un proceso natural e incorporar otras variables que desnaturalicen el proceso es moralmente inaceptable*, en MARTÍN CAMACHO, Javier. "Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores", op., cit. [Consulta: 1/03/15].

²⁵⁵ VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. "Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida", op., cit., pág. 10. También en: LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", op., cit., pág. 221. En esta misma línea: MARTÍN CAMACHO, Javier. "Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores", op., cit. [Consulta: 1/03/15]: *Utilizar el cuerpo de la mujer como medio para obtener un hijo es inmoral, es una forma más de apropiación, control, sojuzgamiento y explotación de la mujer (...)*.

²⁵⁶ LLEDÓ YAGÜE, Francisco. "El alquiler de útero y el problema de las madres sustitutas o por encargo", op., cit., pág. 330.

Gran parte de la doctrina negativista insiste en esta cuestión en la medida en que asegura que siempre prevalecen **los derechos del niño, al derecho al niño**²⁵⁷. Como el cuerpo humano no es *alquilable*, no se pueden poner a disposición las funciones reproductivas para comercializar y obtener una compensación económica²⁵⁸. Esta *manipulación del cuerpo femenino*, lleva a considerar a la mujer como una *máquina*, una *recipiente*, una *incubadora* o una *granja de la fertilidad*²⁵⁹.

5.2.3 Vulnera la dignidad

Al ser considerada la mujer gestante y el bebé como objetos o mercaderías contractuales²⁶⁰, la gestación por sustitución atenta contra su dignidad. Permitir el *alquiler* del cuerpo humano elimina *la dignidad de esa mujer reduciendo su cuerpo a una cosa*²⁶¹.

En otras palabras, este tipo de reproducción no tiene en cuenta los derechos y libertades consagradas en el artículo 10 de la 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*.

La incompatibilidad con la dignidad de la persona²⁶² se da dado *que su propia integridad física deja de ser contemplada como un fin en sí mismo para pasar a ser un*

²⁵⁷ LLEDÓ YAGÜE, Francisco. "Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica". En DÍAZ MARTÍNEZ, ANA. *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 2006. 216 págs. ISBN 8497728149. Págs. 155-176, pág. 175.

²⁵⁸ APARISI, Ángela y LÓPEZ GUZMÁN, José. "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", *op., cit., pág. 259*.

²⁵⁹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?", *op., cit., pág. 149*. También en: SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos", *op., cit., pág. 14*. En esta misma línea: APARISI, Ángela y LÓPEZ GUZMÁN, José. "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", *op., cit., pág. 257*.

²⁶⁰ DURAN AYAGO, Antonia. "El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", *op., cit., pág. 277*.

²⁶¹ LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 233*.

²⁶² *Ibid.*, pág. 221: (...) *entiende que sería un lesivo atentado a su dignidad ser tratado como un objeto o mercancía, cual si se tratase de algo de interés patrimonial y no como alguien que constituye una finalidad per se, y no un medio objeto de satisfacción de pretendidos derechos*

medio a través del cual otras personas consiguen satisfacer sus intereses y aspiraciones²⁶³.

5.2.4 Nulidad absoluta

Como fundamento legal a su oposición, la doctrina negativista se apoya, entre otros²⁶⁴, como es lógico, en el artículo 10 de la LTRHA y en los artículos 1271, 1255 y el 1275 del CC²⁶⁵. Asimismo, sostiene que este tipo de contratos son ilícitos porque atentan contra el orden público internacional español, además de a las leyes, a la moral y a las buenas costumbres.

Al ser una práctica contraria al ordenamiento, no se puede permitir el reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de filiación cuando deriven de una gestación por sustitución²⁶⁶, puesto que *lo relativo a la filiación y al estado civil de las personas, sus normas reguladoras se caracterizan por su carácter imperativo y de orden público, por lo que cualquier renuncia a la filiación materna por parte de la madre gestante o sustituta es un acto que incide sobre una materia que escapa a la autonomía de la voluntad y, por tanto, en la que no cabe ni renuncia ni disposición*²⁶⁷.

Teniendo en cuenta que no se respeta ni la normativa ni el orden público, no se puede inscribir una filiación que sea contraria a todo ello. De esta manera, el Estado lo

individuales tales como el derecho a ser madre y/o derecho al hijo ad arbitrium (a voluntad de uno). (...) Por ser incompatible con la dignidad humana. (...) contravienen la más elemental regla de orden público: el respeto a la dignidad y el valor de la persona humana, de la cual deriva, en principio, su indisponibilidad. También en: APARISI, Ángela y BALLESTEROS, Jesús. Por un feminismo de la complementariedad: Nuevas perspectivas para la familia y el trabajo, op., cit., pág. 169.

²⁶³ SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos", op., cit., pág. 14.

²⁶⁴ Cfr. epígrafe *posibles sanciones* en el apartado del *análisis normativo*.

²⁶⁵ Artículo 1271 del CC: *Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.* Artículo 1255 del CC: *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.* Artículo 1275 del CC: *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.* Artículo 15 de la CE: *Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.* Artículo 39 CE: *Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

²⁶⁶ JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)", op., cit., pág. 401.

²⁶⁷ PÉREZ MONGE, Marina. "Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad", op., cit., pág. 47.

que deja claro es que permite el derecho a la reproducción mediante aquellas técnicas de reproducción asistida que sean legales para el Derecho español, y precisamente, la gestación por sustitución no lo es.

5.2.5 Implican la utilización/explotación de las mujeres pobres por las ricas

Muchas mujeres pobres o vulnerables son coaccionadas para llevar a cabo estas prácticas por la elevada compensación económica que ello supone²⁶⁸.

Se entiende que las personas ricas incitan, con cantidades importantes de dinero, a las mujeres de baja condición económica para que estas comercialicen con su útero²⁶⁹. Es aquí donde se plantea: *¿es ético pagar por alquilar un útero?*²⁷⁰. Tanto si se ha pagado como si no, este tipo de reproducción asistida no se puede admitir²⁷¹. La/s madres/s o padre/s comitente/s intercambia/n dinero por derechos²⁷². Pagar por los derechos que conlleva ser padre es moralmente inaceptable. La doctrina negativista teme que se acabe creando *un tráfico nacional de mujeres explotadas por sus facultades y funciones reproductivas*²⁷³.

Llegados a este punto hay que decir que la mayoría de la doctrina que está en contra considera que las mujeres gestantes acceden a la gestación por sustitución mediante coacción. Ahora bien, también podría darse el caso de que accedieran

²⁶⁸ ACOG COMMITTEE OPINION. "Surrogate Motherhood", *op., cit.* [Consulta: 9/02/15]. También en: LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 211: (...) la maternidad permitirá a una élite económica utilizar a mujeres necesitadas como productoras de hijos (...)*.

²⁶⁹ FARNÓS AMORÓS, Esther. "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DRGN de 18 de febrero de 2009", *op., cit., pág. 6*. ACOSTA CIND, Arteta. "Maternidad Subrogada", *op., cit., pág. 94: (...) rechazo por parte de movimientos feministas, pues consideran que las mujeres son manipuladas como si fuesen cautivas, siendo esta una forma más de apropiación, control y explotación de la mujer, ya que es posible que exista un abuso de las situaciones socioeconómicas que puedan estar atravesando, en ese caso la decisión no es libre sino que está motivada por ejemplo por una necesidad económica imperiosa. En casos de extrema vulnerabilidad y pobreza, algunas mujeres pueden ser reclutadas y explotadas aprovechándose de sus difíciles situaciones, simplemente para usarlas como medios para gestar y parir hijos.*

²⁷⁰ EL PAÍS, *Ofrécese útero*, *op., cit.* [Consulta: 17/03/15].

²⁷¹ LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 230*.

²⁷² *Ibid., pág. 233*.

²⁷³ SPAR, DEBORA L. *Baby business. Cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad*, *op., cit., pág. 140*.

libremente²⁷⁴. Tanto si lo hacen en uno u otro caso, se considera que esta práctica es inmoral.

Es indiferente si se paga por la criatura, por los servicios o simplemente se está dando una indemnización por lo que el embarazo haya podido conllevar (molestias, ausencias del trabajo, etc.). En todos los supuestos se está ante el mismo hecho ilegal.

5.2.6 Pueden provocar perjuicios al bebé

Se afirma que estas prácticas provocan una serie de consecuencias en los bebés que nacen de ellas. La primera es que puede generar confusión *en la mente del niño acerca de quiénes son sus padres y ocasionarle alteraciones psicológicas*²⁷⁵. Ello puede ser la secuela de llegar a tener, por ejemplo, hasta cinco progenitores: *Los ovocitos (madre biológica) pueden ser donados, también el semen (padre biológico), procurar un útero de alquiler (madre de nacimiento) y finalmente los dos padres sociales que serán reconocidos por el niño como los padres afectivos*²⁷⁶.

Este rechazo del vínculo madre-hijo, puede provocar también dificultades sociales de aceptación²⁷⁷. Estos problemas no podrían desarrollarse en un futuro únicamente en el bebé, sino también en la madre. Dicho de otro modo, podría generarle sufrimientos emocionales ser forzada, por motivos económicos, a alumbrar a un bebé que no será suyo. Estos daños físicos y psíquicos son las consecuencias de la explotación física, emocional y económica de estas mujeres²⁷⁸. Pero no solo eso. También podría darse el caso de que sintieran nostalgia de ese bebé que han gestado²⁷⁹, y consecuentemente, que quisieran quedárselo y no entregárselo a los

²⁷⁴ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, op., cit., pág. 5.

²⁷⁵ SCOTTI, Luciana B. "El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas", op., cit., pág. 277.

²⁷⁶ GODOY VIDAL, Hugo. "Aspectos sociales y morales de las técnicas de reproducción asistida", op., cit., pág. 2.

²⁷⁷ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, op., cit., pág. 6. También: MARTÍN CAMACHO, Javier. *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, op., cit. [Consulta: 1/03/15].

²⁷⁸ PÉREZ MONGE, Marina. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, op., cit., pág. 334.

²⁷⁹ APARISI, Ángela y LÓPEZ GUZMÁN, José. "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", op., cit., pág. 259: *Por ello, en muchos casos las madres portadoras sufren por tener que entregar obligatoriamente a los niños que han llevado en su seno.*

padres comitentes²⁸⁰. Estos ejemplos muestran la actitud incierta de la madre gestante una vez producido el alumbramiento.

5.2.7 La gestación para otro no es una terapia que cure la esterilidad

La doctrina negativista entiende que tras la gestación por sustitución hay una frustración por no haber sido madre o padre, por parte de los comitentes. Como se vio, esta insatisfacción podía darse por muchos motivos²⁸¹.

Al mismo tiempo, ha generado un gran debate social que este deseo tenga sus raíces en la desesperación por tener descendencia y ser madre o padre a toda costa²⁸². La doctrina negativista también rechaza esta técnica no solo por eso sino también porque existen otras vías, como otras TRA o la adopción, que consiguen el mismo fin pero que no transgreden la normativa española²⁸³.

5.2.8 No recurrir al *interés superior del menor*

Muchos de los casos en los que se pretende la inscripción en el RC de la filiación derivada de una gestación por sustitución, se alega el principio del *interés superior del menor*. Ahora bien, esta invocación se considera indiscriminada y es utilizada para camuflar la vulneración del artículo 10 de la LTRHA. No es un principio absoluto ni ilimitado que pueda servir de coartada para inscribir una filiación proveniente de una práctica prohibida expresamente en el ordenamiento español²⁸⁴.

²⁸⁰ VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. "Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida", *op.*, *cit.*, pág. 11.

²⁸¹ Cfr. el apartado de *factores* en el epígrafe de *la gestación por sustitución en Derecho español*.

²⁸² MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José María. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, *op.*, *cit.*, pág. 161: *Tenemos que preguntarnos si es verdaderamente normal ese "ansia absoluta" de tener hijos (...)*.

²⁸³ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, María Victoria. "La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales", *op.*, *cit.*, pág. 375: *(...) mediante la vía de la adopción se puede alcanzar el mismo resultado que el que se prohíbe mediante el contrato de maternidad subrogada (...)*.

²⁸⁴ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo", *op.*, *cit.*, pág. 10. *Ibid.*, pág. 2: *¿Realmente es el principio esencial del interés superior del menor, recogido por nuestra legislación interna y por la internacional —básicamente se alega el art. 3 Convención sobre los Derechos del Niño—, suficiente para desvirtuar la prohibición del convenio de gestación por encargo recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA), y para posibilitar la inscripción en nuestro Registro Civil de la filiación surgida de aquel contrato nulo?*. En esta misma línea: HUALDE MANSO, María Teresa. "De nuevo sobre la filiación de los naci-

5.2.9 Conclusiones de la doctrina en contra

La doctrina que está en contra de este tipo de reproducción asistida es muy tajante y cree que ha de continuar siendo ilegal por mucho que haya casos desoladores en los que se podría recurrir, como por ejemplo, una extirpación de útero²⁸⁵. Es una temática muy polémica y cuenta con el respaldo de que gran parte de la sociedad se opone. Este debate abierto sobre su legalización o no, es perfectamente comprensible dado que hay una confrontación entre la moral y la normativa.

Tras este estudio, se ha podido ver que los motivos por los que su práctica es inmoral son muy diversos y las consecuencias también. Bajo ningún concepto ha de alegarse de forma indiscriminada el principio del *interés superior del menor* para camuflar este tipo ilícito de reproducción asistida.

A todo esto, la doctrina que está en contra y la que está a favor, aún y manteniendo posturas enfrentadas, comparten la necesidad de una mayor regulación sobre esta materia.

dos mediante gestación contratada”, *op., cit.*, pág. 46: *El interés del niño no puede alegarse como paraguas después de violar la ley.*

²⁸⁵ PÉREZ MONGE, Marina. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, op., cit.*, pág. 369: *Me parece adecuada la regulación, ya que la finalidad es que estas prácticas no se realicen.*

6. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL FENÓMENO CON ESPECIAL MENCIÓN A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014

6.1 SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (en adelante SAP) núm. 949 de 23 de noviembre de 2011²⁸⁶, fue fruto del recurso de apelación que presentó el matrimonio homosexual tras la SJPI núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. En esta última Sentencia se canceló la inscripción en el RC de los bebés nacidos mediante gestación por sustitución. A continuación voy a exponer los puntos clave de la SAP.

6.1.1 Artículos 81 y 83 del RRC y el 23 de la LRC

De lo que se trataba en esta Sentencia era de decidir si una certificación registral extranjera, que documentaba la filiación de dos nacidos mediante gestación por sustitución, podía acceder al Registro Civil español pese a la prohibición de la ley española²⁸⁷.

Para empezar, la SAP negó la inscripción en base al principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la CE) y se ratificó en que prevalecía el artículo 23 de la LRC a los artículos 81 y 83 del RRC²⁸⁸.

En otras palabras, la SAP le dio la razón al Juzgado de Primera Instancia con respecto a que antes de acordar la inscripción de la certificación extranjera en el RC, se tenía que haber realizado un control de legalidad sobre la misma, tal y como dice el artículo 23 de la LRC y el artículo 85 del RRC²⁸⁹. Por este motivo, se exigía que no hubiese duda de la realidad del hecho inscrito conforme al ordenamiento español. En

²⁸⁶ Cfr. Anexo V: SAP de 23 de noviembre de 2011.

²⁸⁷ Fundamento Jurídico Primero de la SAP de 2011.

²⁸⁸ *Ibid.*: (...) ni el artículo 85 del Reglamento del Registro Civil (...) ni tampoco el artículo 81 de la misma norma (...) pueden ser invocados para contrariar los dispuesto con claridad por el precepto legal transcrito, en virtud del principio de jerarquía normativa reconocido en el artículo 9-3 de la Constitución.

²⁸⁹ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, María Victoria. "La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales", *op.*, *cit.*, pág. 377.

este caso, la SAP se reafirmó en los argumentos que se habían expuesto en la SJPI con respecto a que como sí había dudas, no procedía su inscripción.

6.1.2 Orden público español

Para reconocer el pronunciamiento extranjero se exigió cumplir con una serie de requisitos. Uno de los más importantes era que no fuera contrario al orden público internacional español. En este caso, quedó probado que la certificación registral californiana no se ajustaba al mismo y ello impedía la inscripción en el RC de la filiación pretendida. Para ello, se utilizaron varios argumentos como²⁹⁰:

- a. **La indisponibilidad de la persona** (*La persona humana no puede ser objeto de comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, el niño no puede ser objeto de transacción*)²⁹¹.
- b. **La dignidad de la persona (art. 10. 1 CE).**
- c. **La integridad moral (art. 15 CE).**
- d. **La protección integral por parte de los poderes públicos de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil (art. 39. 2 CE).**

Al mismo tiempo, la SAP insistió en que no era necesario que la decisión extranjera coincidiera con la que se hubiera adoptado aplicando el Derecho español²⁹². En este plano, incluso la misma Audiencia Provincial recordó la prohibición del artículo 10 de la LTRHA al que consideró una norma policía²⁹³: (...) *que lo sea implica negar la posibilidad de aplicar la figura del orden público atenuado, en tanto que la filiación es causa directa del contrato de gestación por sustitución (FJ4º)*²⁹⁴.

²⁹⁰ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?”, *op., cit., pág. 161*.

²⁹¹ Fundamento Jurídico Segundo de la SAP de 2011.

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?”, *op., cit., pág. 161*.

6.1.3 Principio de igualdad y no discriminación

El matrimonio homosexual de varones alegó que dado que se podía determinar la filiación a favor de dos mujeres en virtud del artículo 7.3 de la LTRHA, de no hacerlo a su favor, supondría una discriminación. La SAP volvió a determinar que no se produjo una discriminación por razón de sexo a este matrimonio: *Sin embargo el Tribunal, con razón, considera que por la propia naturaleza de la raza humana las parejas de dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación. De este modo, no puede considerarse discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual*²⁹⁵.

La SAP ratificó el FJ4 de la SJPI y aseguró que no se trataba de una cuestión de sexo la determinación de la no inscripción, sino que en el hipotético caso de que hubiesen sido dos mujeres las interesadas, también se les hubiese aplicado el art. 10 de la LTRHA y se les hubiese impedido la inscripción de los bebés en el RC. Al tratarse de una modalidad reproductiva nula de pleno derecho, era indiferente quien la hubiese llevado a cabo porque su consideración como nula hubiese sido igual. En resumen, aquí la no inscripción no venía determinada por el sexo de las personas que la instaban, sino por el hecho de que la gestación por sustitución en España es ilegal.

Conviene resaltar que no implicaba una infracción del principio de igualdad la negación a la determinación de la filiación a favor de un matrimonio de varones. Así pues, no era discriminatoria la actuación del Juzgado de Primera Instancia cuando dictaminó que no procedía su inscripción.

6.1.4 El interés superior del menor

La SAP aseguró que era cierto que toda resolución que afectaba a los menores de edad debía tener como guía el principio del interés del menor. No obstante, su reconocimiento no había de hacerse infringiendo lo establecido en la ley, y aún con más motivo, cuando era la propia ley la que contemplaba varias vías para conseguir el mismo fin²⁹⁶, como la adopción o la acción de reclamación de paternidad por parte del padre biológico (artículo 10. 3 de la LTRHA).

²⁹⁵ Fundamento Jurídico Cuarto de la SAP de 2011.

²⁹⁶ Fundamento Jurídico Quinto de la SAP de 2011: *Es cierto que toda resolución que afecte a los menores de edad debe tener como guía el principio del interés del menor (...), pero la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley máxime cuando la propia*

6.1.5 Fallo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011

Finalmente se desestimó el recurso, y por lo tanto, la SAP ratificó la decisión del Juzgado de Primera Instancia de 2010 de dejar sin efecto la inscripción del nacimiento de los hijos del matrimonio homosexual en el RC.

6.2 SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014

El Tribunal Supremo (en adelante TS) con fecha 6 de febrero de 2014²⁹⁷, se pronunció, por primera vez, en un caso de gestación por sustitución internacional²⁹⁸.

Después de que en 2009 el Registro Civil Consular de los Ángeles dejara sin efecto la inscripción de los dos hijos del matrimonio homosexual al ser la gestación por sustitución nula en Derecho español, que estos acudieran a la DGRN, a Primera Instancia en 2010 y a la Audiencia Provincial en 2011, finalmente la Sentencia de esta última fue recurrida y el caso llegó al TS. Antes de llegar al TS, únicamente la Resolución de la DGRN admitió su inscripción. Así, tanto la SJPI como la AP, la denegaron.

La Sentencia del TS (en adelante STS), que arrastra una larga historia jurisprudencial como se ha visto, es el último eslabón en el que, de momento, los Tribunales españoles se han pronunciado. Como se verá más adelante, este asunto acabará siendo objeto de análisis por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH).

De este modo, a continuación expondré los puntos clave del recurso de casación contra la SAP de 23 de noviembre de 2011.

ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados (...).

²⁹⁷ Cfr. Anexo VI: STS de 2014.

²⁹⁸ Antecedente de hecho Undécimo de la STS 247/2014: *Mediante providencia de 5 de diciembre de 2012, se señaló para votación y fallo el día 18 de diciembre de 2012, se designó Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana y, advertida la posibilidad de que la resolución que hubiera de recaer en el presente recurso pudiera formar doctrina, se acordó someter su conocimiento al Pleno. Antecedente de hecho Duodécimo de la misma sentencia: Debido al número de asuntos señalados para conocimiento del Pleno, así como a la complejidad de los mismos, el recurso de casación núm. 245/2012 no fue objeto de deliberación en la fecha referida, por lo que, se señaló nuevamente para votación y fallo por el Pleno de la Sala el día 16 de diciembre de 2013, fecha en la que tuvo lugar.*

6.2.1 Único motivo del recurso: infracción del artículo 14 de la CE

El recurso de casación se planteó en torno a un único motivo: *Infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989*²⁹⁹. El matrimonio homosexual desgranó este único motivo en los siguientes argumentos:

- a. **Principio de igualdad.** Era discriminatorio no permitir la inscripción de la filiación en el RC de los menores a favor del matrimonio homosexual de varones.
- b. Suponía una **vulneración del principio del interés superior del menor** por tres razones. En primer lugar porque los recurrentes eran el mejor referente paternal para sus hijos, puesto que la mujer gestante únicamente llevó a cabo lo acontecido en el contrato: gestarlos y entregárselos al matrimonio al nacer. En segundo lugar, los niños tenían derecho a una identidad única cada vez que cruzaran la frontera, y en tercer lugar, se estaba perjudicando su posición jurídica, dado que se les estaba dejando desprotegidos.
- c. **El orden público español no se había vulnerado** con el reconocimiento de la filiación en la certificación registral de California. Alegaron que en España no se consideraba válido un contrato de gestación por sustitución, y por lo tanto, no se ejecutaba. A pesar de ello, se permitía inscribir una filiación cuyo origen estuviera en un contrato de este tipo (se referían al artículo 10.3 LTRHA: *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*)³⁰⁰.

²⁹⁹ Fundamento de Derecho Segundo de la STS 247/2014.

³⁰⁰ DE TORRES PEREA, José Manuel. "Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor", *op., cit., pág. 10: La STS de 6 de febrero de 2014 al aplicar el art. 10 LTRHA cae en la misma contradicción que guarda dicha norma, pues en su párrafo tercero da cobertura para defraudar el espíritu que justifica su consecuencia jurídica y a pesar de considerar nulos los contratos de gestación por sustitución por inmorales, ofrece el cauce jurídico idóneo para poder inscribir la filiación de los así nacidos a favor de los comitentes, con lo que más que disuadir contribuye al fomento de este tipo de gestación.*

Una vez planteados los motivos por la parte recurrente, el TS procedió a resolver el recurso. Para ello, he expuesto por separado los tres argumentos a los que me acabo de referir y he ido analizando cuál era la postura del TS en cada uno de ellos.

6.2.2 Inexistencia de discriminación por razón de sexo y orientación sexual

El TS consideró inadmisibles, que se tratara de discriminatoria, la posibilidad de inscribir la filiación de hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida en el RC a favor de dos mujeres (artículo 7.3 LTRHA), y no a favor de un matrimonio homosexual de varones³⁰¹. Para argumentarlo, estableció que como un supuesto y otro no eran comparables, no se podía dar discriminación alguna. De nuevo se insistió en que se impidió la inscripción porque la maternidad subrogada era ilegal en España, no porque quienes la hubiesen llevado a cabo fuese una pareja de varones³⁰². Además, su razonamiento recordó al que se siguió en la SAP de 23 de noviembre de 2011 que decía: (...) *de modo que no puede considerarse discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual*³⁰³.

6.2.3 Interés superior del menor

El TS dedicó un extenso apartado al principio del interés superior del menor. Lo primero que hizo fue establecer el marco legal de referencia del mismo³⁰⁴.

³⁰¹ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *op. cit.*, pág. 6: *Estas últimas, si la mujer de la pareja heterosexual o alguna de las dos de la pareja homosexual puede gestar, no han de recurrir a una madre gestante —aunque precisen del concurso de donantes de gametos—, por lo que parten de una situación de ventaja, inadmisibles jurídicamente, respecto de los homosexuales varones.*

³⁰² Fundamento Jurídico Cuarto de la SAP de 23 de noviembre de 2011: (...) *en el supuesto de que una pareja de mujeres acudiera a la gestación por sustitución también le sería aplicable la prohibición, de modo que la misma no implica una discriminación por razón de sexo, sino que se fundamenta en la modalidad utilizada para la procreación de los menores, que la ley española considera nula.* Fundamento de Derecho Cuarto de la STS 247/2014: *Los argumentos expuestos en la sentencia recurrida muestran con claridad que la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California. Por tanto, la solución habría de ser la misma si los contratantes hubieran constituido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho, o una sola persona, hombre o mujer.*

³⁰³ Fundamento Jurídico Cuarto de la SAP de 23 de noviembre de 2011.

³⁰⁴ Fundamento de Derecho Quinto STS 247/2014: *El art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de*

Hay que tener en cuenta la novedad de que se exigiera la protección de este principio en virtud del artículo 3 de la CDN y no en base al artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es como se había hecho hasta ahora. Hay autores como DE TORRES PEREA, que destacaron la importancia de este giro en la línea de referencia normativa seguida hasta ese momento por el TS³⁰⁵.

Al mismo tiempo, el TS analizó y se posicionó acerca de los argumentos de la parte recurrente en relación con este principio. Así en un primer momento, el matrimonio homosexual consideró que la única vía para que no se vulnerara el interés superior del menor, era reconocer la filiación que había sido recogida en el asiento registral realizado por la autoridad californiana³⁰⁶.

El TS no admitió esta argumentación por parte de los recurrentes. Estableció que *la aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma*³⁰⁷.

Ahora bien, el TS tenía que ponderarlo con otros principios que se habían tomado en consideración³⁰⁸. Estos otros principios eran: (...) *el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en*

noviembre de 1989 y ratificada por España, establece: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Este principio también se establece en el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tiene anclaje constitucional en el art. 39 de la Constitución española, se recoge en la legislación interna, en concreto en la regulación de las relaciones paterno-filiales del Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y ha regido la jurisprudencia de este Tribunal, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 5 de noviembre de 2002, caso Yousef contra Países Bajos, de 10 de enero de 2008, caso Kearns contra Francia, y de 7 de marzo de 2013, caso Raw y otros contra Francia).

³⁰⁵ DE TORRES PEREA, José Manuel. "Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor", *op., cit., pág. 1*.

³⁰⁶ Fundamento de Derecho Quinto de la STS 247/2014.

³⁰⁷ *Ibid.* En esta misma línea lo hace la SAP en su Fundamento Jurídico Quinto.

³⁰⁸ DE TORRES PEREA, José Manuel. "Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor", *op., cit., pág. 4: Es decir, mientras que en la línea jurisprudencial anterior se otorgaba prioridad al ISM que debería primar siempre sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; ahora queda como «una consideración primordial» a la que hay que atender junto a otras consideraciones primordiales en atención a los bienes jurídicos en juego y sobre los que habrá que ponderar. Evidentemente el matiz es diferente, pues en un caso se trata como «la consideración primordial» y en el otro como «una consideración especial», y esto evidentemente tiene importantes consecuencias jurídicas pues puede implicar cuestionar toda la construcción jurisprudencial que hasta ahora se ha formulado sobre esta materia.*

que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza³⁰⁹, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación³¹⁰.

Esta ponderación había de hacerse intentando perjudicar en la menor medida posible a los niños. Ello equivalía a no reconocer *una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación*³¹¹. No solo le preocupaba al TS lo anterior, sino también la *sustracción, venta o tráfico de niños*,³¹² que resultaran de la gestación por sustitución.

Tal y como he anunciado anteriormente, se consideró que se había producido una vulneración del principio del interés superior del menor por tres razones:

- **Los menores tenían derecho a una identidad única cada vez que cruzaran las fronteras.** Para apoyar este argumento, los recurrentes se hicieron valer de unas sentencias internacionales³¹³ que, en opinión del TS, no servían para nada. La razón estaba en que en estas sentencias, aquellos menores tenían una vinculación efectiva con dos Estados distintos (*por la diferente nacionalidad de sus padres o por ser distinto el estado de residencia del estado de nacionalidad*)³¹⁴. Sin embargo, los menores del matrimonio homosexual español, no tenían vinculación efectiva alguna con California. Consecuentemente, al no tener esta vinculación, dado que la pareja solo fue allí a llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución, no se estaba poniendo en riesgo en ningún momento el derecho a una identidad única.
- **Desprotección en la que quedarían los menores de no inscribirlos en el RC.** El TS reconoció que no inscribirlos podía provocarles una serie de

³⁰⁹ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional", *op., cit.*, pág. 12: *Seguramente el argumento que con mayor fuerza puede impactar en la sensibilidad del ciudadano es el de la falta de igualdad económica de las partes. (...) Con todo, quizás el contrato de maternidad subrogada no sea el objeto más apropiado para tener in mente cuando se piensa en un esquema de contratación entre iguales, pues es un contrato en el que una de las partes siempre es una mujer, mientras que ese factor –el del género– es variable respecto del/los comitente/s, es decir, el/los padre/s intencional/es.*

³¹⁰ Fundamento de Derecho Quinto de la STS de 2014.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² Fundamento de Derecho Tercero de la STS de 2014.

³¹³ Estas sentencias se pueden encontrar en el Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución de la DGRN: (...) *el derecho de dicho menor a una "identidad única", como ha destacado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE 2 octubre 2003, caso G. A., STJUE 14 octubre 2008, caso G. -P.).*

³¹⁴ Fundamento de Derecho Quinto de la STS de 2014.

consecuencias. No obstante, estableció que no podía protegerse a los menores de la misma manera en la que lo hicieron las autoridades californianas en su momento por dos motivos: en primer lugar, porque allí la gestación por sustitución estaba permitida y aquí no, y en segundo lugar, porque allí se determinaba la filiación en favor de los padres comitentes y no en favor de la gestante, al contrario de cómo se acordaba aquí en España.

- **La mujer gestante únicamente se limitó a dar cumplimiento al contrato de gestación por sustitución, por lo que los mejores padres eran el matrimonio de varones.** Para los recurrentes, la madre que les dio a luz no era la madre de los menores dado que ellos fueron quienes desde un principio quisieron ser los padres de los bebés³¹⁵. La mujer gestante no tenía ningún tipo de interés en cuidar a los pequeños. En este punto, el TS dejó abierta la posibilidad de determinar la filiación a favor de los recurrentes mediante otras vías que no fueran contradictorias con el orden público internacional español³¹⁶. Por ejemplo, a través de un acogimiento familiar o de la reclamación de la paternidad por parte del padre biológico (artículo 10.3 LTRHA) y de la posterior adopción del cónyuge.

6.2.4 El reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español

Una de las partes más importantes de la STS fue cuando examinó si procedía el reconocimiento, por parte de las autoridades del Registro Civil español, *de la inscripción del nacimiento de los menores realizada por las autoridades del estado norteamericano de California*³¹⁷ en que se fijaba la filiación a favor de los hoy recurrentes. Para determinarlo, como la filiación ya fue decretada previamente por las autoridades californianas, y no había de ser determinada por primera vez por una

³¹⁵ Argumento reiterado en el Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, en el Fundamento de Derecho Cuarto de la SJPI de 2010 y en el Fundamento de Derecho Quinto de la SAP de 23 de noviembre de 2011. El TS lo recuerda también en su Fundamento de Derecho Quinto: *Denegar la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral extranjera vulnera también el citado precepto por cuanto el interés superior de los menores, recogido en el art. 3 de la citada Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño "la protección y el cuidado que [son] necesarios para su bienestar".*

³¹⁶ Fundamento de Derecho Quinto de la STS de 2014. También en: Fundamento Jurídico Quinto de la SAP de 2011.

³¹⁷ Fundamento de Derecho Tercero de la STS de 2014.

autoridad española, se tenía que acudir al método de reconocimiento y no al del conflicto de leyes. El TS insistió en que de lo que se trataba era de determinar si una filiación conforme a una autoridad extranjera, en este caso la californiana, podía ser reconocida y desplegar sus efectos en España.

Para hacerlo valer, insistió en que se debía recurrir al artículo 23 de la LRC que desarrollaba los artículos 85 y 81 del RRC. De esta forma, no se podía acudir únicamente a los artículos del RRC, tal y como lo hicieron los recurrentes en el Fundamento Derecho Segundo y Tercero de la Resolución de 18 de febrero de 2009. Ello suponía que el encargado del RC había de realizar un examen sobre el fondo y no llevar a cabo únicamente un control formal, por mucho que la certificación registral extranjera no produjera efectos de cosa juzgada.

Este reconocimiento de la certificación registral extranjera había de ajustarse a la *legalidad conforme a la Ley española*. Ello implicaba que se habían de respetar *las normas, principios y valores* que configuraban el orden público internacional español. De entre estas normas, se encontraba el artículo 10 de la LTRHA. Por lo tanto, si se vulneraba el artículo 10 de la LTRHA se transgredía el orden público internacional español³¹⁸.

En este punto, el TS elaboró un listado de las normas y derechos que conformaban el orden público español³¹⁹.

- a. **Derecho al libre desarrollo de la personalidad**, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (artículo 10.1 de la CE).

- b. **Derecho a contraer matrimonio (artículo 32 de la CE).**

- c. **Derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1 de la CE).**

³¹⁸ DE TORRES PEREA, José Manuel. "Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor", *op., cit., pág. 10*. En esta misma línea: VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014", *op., cit., pág. 2*.

³¹⁹ Fundamento de Derecho Tercero de la STS de 2014.

- d. **Protección de la familia, protección integral de los hijos**, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, **y de las madres**, cualquiera que sea su estado civil (artículo 39 de la CE). También la **protección de la infancia**, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (artículo 39.4 de la CE).
- e. **Derecho a la integridad física y moral de las personas** tiene reconocimiento constitucional (artículo de la 15 CE).
- f. **Respeto a su dignidad** constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (artículo 10.1 de la CE)³²⁰.

He de añadir que muchos autores³²¹ han hablado de que debería darse un orden público atenuado en este asunto. Sin embargo, el TS es muy tajante: *la intensidad de tal atenuación es menor, cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España*³²².

Con ello, lo que el TS quiso esclarecer era que no siempre el orden público internacional español tenía el mismo grado de atenuación, sino que se debía atender al caso concreto. En este caso, los vínculos que tenían los recurrentes eran intensos por lo que el orden público internacional español se tenía que atenuar en menor grado.

Esta mayor intensidad a la que se refiere el TS se materializó en que los recurrentes única y exclusivamente acudieron a California³²³ para llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución, con todo lo que ello implicaba: *gestación, parto y entrega de los niños*³²⁴. Para el TS esta situación se trataba de un fraude a la ley española.

³²⁰ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional", *op., cit., pág. 18: Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil.*

³²¹ Entre ellos se puede encontrar por ejemplo a: JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)", *op., cit., pág. 413.*

³²² Fundamento de Derecho Tercero de la STS de 2014.

³²³ *Cfr.* epígrafe sobre el *análisis normativo*, en concreto sobre la *determinación de la filiación y las posibles sanciones.*

³²⁴ Fundamento de Derecho Tercero de la STS de 2014.

El TS añadió que la inscripción de la filiación pretendida no era una consecuencia periférica de dicho contrato, sino que precisamente *la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes.*

Por ello, el TS concluyó que la actuación de los recurrentes vulneró el orden público internacional español porque su acción resultaba *incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia*³²⁵.

6.2.5 Fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014

Finalmente, se acabó desestimando el recurso de casación que el matrimonio homosexual presentó contra la SAP de 23 de noviembre de 2011 por todos los motivos anteriormente expuestos. El TS instó al Ministerio Fiscal a ejercitar las acciones oportunas para determinar correctamente la filiación de los menores.

De todo lo examinado hasta ahora se pueden sacar varias conclusiones. En primer lugar, el TS avaló las tesis sostenidas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, y después, las de la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011. Y en segundo lugar, asentó las bases en materia de inscripción de una filiación determinada en el extranjero proveniente de un contrato de gestación por sustitución³²⁶.

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ PARRÓN CAMBERO, María Jesús. "Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus est". *Diario La Ley*, 2014, núm. 8269, págs. 1 a 5, pág. 4: *Conforme a esta nueva doctrina no se permite las inscripciones solo en base a certificaciones registrales extranjeras, como era el caso, pero sí las inscripciones a través de la vía señalada del reconocimiento de resolución judicial en línea con lo apuntado por el voto particular (vía exequátur, cuando proviene de un procedimiento contencioso o vía de reconocimiento incidental por el registrador cuando proviene de un procedimiento de jurisdicción voluntaria).*

6.2.6 Voto particular

Por último, hay que analizar el voto particular que hicieron cuatro magistrados³²⁷ que discrepaban con la STS de 2014 en tres aspectos:

- a. **El acceso al RC de la certificación expedida por la autoridad administrativa de California.** Hay que partir de la base de que los magistrados estaban de acuerdo en que la técnica aplicable era la de reconocimiento y no la del conflicto de leyes. No obstante, estos se reafirmaban en el Fundamento de Derecho Segundo de la Resolución de 2009 de la DGRN en relación con que la filiación de los niños ya había sido previamente determinada en el extranjero³²⁸. Consecuentemente, entendieron que, en primer lugar, no se trataba de debatir sobre la ley aplicable (dado que la certificación era legal conforme a la ley californiana³²⁹), sino sobre el reconocimiento en España de la certificación registral extranjera, y en segundo lugar, se tenía que determinar si la decisión de la autoridad extranjera era contraria o no al orden público. Ello suponía que era de aplicación el artículo 81 del RRC porque la certificación registral era un título que podía acceder al RC. La aplicación de este artículo excluía la del artículo 10 de la LTRHA.

- b. **El orden público.** Para abordar esta cuestión, los magistrados establecieron varios puntos:

³²⁷ Se formuló por el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana. Se añadieron los Magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol.

³²⁸ Para entender los motivos de la exclusión, hay que acudir al Fundamento de Derecho Segundo de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009: *La aplicación del art. 81 del Reglamento del Registro Civil 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, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son sólo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una "decisión" por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación.*

³²⁹ Segundo apartado del voto particular de la STS de 2014: (...) *se habría aplicado correctamente el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil en el sentido de que el documento presentado era de los que permiten la inscripción en el Registro Civil sin necesidad de controlar su legalidad conforme a la ley española, al haberse producido conforme a la ley californiana.*

- I. En primer lugar, se insistió en que **el objeto central del asunto era determinar si se reconocía o no una decisión extranjera en España, cuando la misma era válida y legal para la normativa de otro Estado**. Aseguraban que en ningún momento se estaba poniendo en manos de las autoridades españolas la determinación de la legalidad del contrato de gestación por sustitución. Los magistrados entendían que única y exclusivamente se debía denegar la inscripción cuando ello supusiera una vulneración al principio del interés superior del menor. Es por este motivo que el orden público internacional español había de valorarse en función de la protección a realizar a este principio.

- II. Creyeron que **no se vulneraba la dignidad de la madre gestante, ni se producía una mercantilización de la filiación**, por los siguientes motivos:
 - i. *Supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso.*

 - ii. *No se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante.*

 - iii. *El consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias.*

 - iv. *Tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere. Es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica³³⁰.*

³³⁰ El que es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño, tiene su punto de conexión con el argumento de que debía prevalecer en todo momento los derechos del niño, al derecho al niño. *Cfr. epígrafe sobre el estudio doctrinal sobre la gestación por sustitución, concretamente sobre la indisponibilidad del cuerpo humano. Convierten a la madre y al hijo en objetos de comercio.*

- III. En derecho comparado cada vez es más frecuente que los países vayan permitiendo y regulando este tipo de reproducción humana asistida en sus ordenamientos. El orden público había sido el protagonista en informes en los que se habían intentado **unificar los acuerdos internacionales para procurar una regulación internacional** de la gestación por sustitución³³¹. Esta unificación no produciría una vulneración del orden público internacional, lo que implicaría estar ante un orden público atenuado. De esta manera, los magistrados insistieron en que se había de valorar caso por caso para saber si había esta vulneración y no generalizar.
- c. España ya dio un paso adelante cuando la DGRN estableció las directrices, en la **Instrucción de 5 de octubre de 2010**, para permitir la inscripción de un menor nacido mediante gestación por sustitución en el RC. Los magistrados criticaron que se hubiese utilizado el orden público a conveniencia, es decir, que en este caso, se hubiese alegado su vulneración para no permitir la inscripción de los menores, pero en otros casos recientes no se alegara su transgresión cuando el supuesto de hecho era el mismo³³². Pusieron como ejemplo los casos en los que se habían reconocido prestaciones por paternidad o maternidad a los padres comitentes que habían llevado a cabo este tipo de reproducción en el extranjero³³³.
- d. Los magistrados apuntaron que las autoridades españolas habían de centrarse únicamente en **valorar, en cada caso, si la certificación era contraria a los principios que emanaban de la CE** y bajo ningún supuesto, determinar los posibles efectos que se diesen como consecuencia de la anulación de la gestación por sustitución en la LTRHA³³⁴.

³³¹Voto particular de la STS de 2014, apartado segundo: *En cuarto lugar, el orden público se vuelve a poner en evidencia en el informe preliminar a la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya de 10 de marzo de 2012, sobre los problemas derivados de la gestación por sustitución, en el que lejos de rechazarlo trata de uniformar los acuerdos internacionales y de procurar una regulación internacional que dé respuesta a una realidad social evidente, propiciada por el aumento de los casos.*

³³² *Ibid.*: *Este orden público atenuado, o inexistente en la práctica (...).*

³³³ *Sentencia del Juzgado de lo social núm. 2 de Oviedo de 9 de abril de 2012, confirmada por la Sentencia del TSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012; Sentencias del TSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012 y 13 de marzo 2013, y Sentencia TSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2012*

³³⁴ Voto particular de la STS de 2014, apartado segundo: *Finalmente, la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse caso por caso. Son los tribunales españoles los que deben decidir la cuestión de si los efectos que produce una resolución extranjera en*

- e. **Interés superior del menor.** Los magistrados aseguraron que el interés superior del menor, estaba afectado de forma grave dado que los nacidos se encontraban en una situación incierta³³⁵ por mucho que se intentara evitar, instando al Ministerio Fiscal, a que llevara a cabo las acciones oportunas para que se determinara correctamente la filiación de los mismos³³⁶. El principio del interés superior del menor era un principio a proteger de forma prioritaria tanto por parte de las autoridades extranjeras como las españolas, aunque ello implicara, en el caso de las españolas, no sopesar el orden público como se haría en otros casos³³⁷.

En este punto se dieron dos enfoques distintos del interés superior del menor. El TS en la Sentencia aseguró que se había de mantener la prohibición contenida en el artículo 10 de la LTRHA. En cambio, el voto particular, acudiendo al mismo principio,

España contrarían los principios constitucionales, no los que emanan de una ley que anula el contrato, pero que no elimina sus consecuencias una vez producidas (...).

³³⁵ En esta misma línea: LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto". *Tribuna de Actualidad*, 2014, vol. 2, págs. 43 a 50, pág. 46: *En definitiva, según el TEDH si bien un Estado parte del Convenio podría prohibir la gestación por sustitución, esa opción del legislador nacional no puede provocar el desconocimiento de su filiación y así proyectarse sobre la identidad de los niños, a los que de otro modo se les sitúa en una situación de incertidumbre jurídica sobre su identidad.*

³³⁶ Voto particular de la STS de 2014, apartado segundo: *El interés del menor queda también afectado gravemente. A los niños, de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados unos niños que siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles.*

³³⁷ *Ibid.:* (...) *no se procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos, y es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, (...).* Autores como DE TORRES PEREA apoyan este enfoque del principio del interés del menor hecho por los magistrados en el voto particular. DE TORRES PEREA, José Manuel. "Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor", *op., cit., pág. 7: Además si analizamos la solución aportada por la sentencia comentada desde la perspectiva del ISM — que consiste en hacer prevalecer su interés sobre los demás concurrentes en el caso concreto— resulta que la vía indirecta deja desprotegido al menor y en una situación notablemente peor a la que tendría de haberse seguido la vía directa. De haberse seguido una vía directa, se hubiese reconocido el procedimiento seguido en el país de origen y por tanto los comitentes quedarían vinculados por el consentimiento inicialmente otorgado al contratar con carácter previo la maternidad por sustitución. Dicho consentimiento es irrevocable y determina la relación paterno-filial entre los comitentes y el menor que nazca. Sin embargo, al no haberse admitido dicha vía indirecta resulta que los comitentes quedan desvinculados del menor, y en caso de arrepentimiento podría darse el caso de que el menor quedase desprotegido, al menos respecto al miembro de la pareja que no fuera progenitor biológico que podría optar por negarse a adoptar al menor a posteriori. (...) Sin duda, desde la perspectiva del ISM contemplamos una vez más, como si bien todos los operadores jurídicos tienen por premisa su protección, en la práctica al final el niño se convierte en una víctima del sistema, una víctima inocente.*

estableció que se había de permitir la inscripción porque de lo contrario se vulneraría dicho principio.

De esta forma, se puede concluir que los magistrados con el voto particular pidieron que se mantuviese la inscripción que se había acordado en la Resolución de 18 de febrero de 2009. De haber sido así, ello hubiese implicado que se revocara la SJPI núm. 15 de Valencia, de 15 septiembre 2010, y también, la SAP de 23 de noviembre de 2011.

6.3 EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Como apunté al inicio de este epígrafe, el TEDH acabará pronunciándose en un futuro en relación con este asunto. El mismo año en que se dictó la STS, hubo una Sentencia que tuvo el mismo alcance y los mismos fundamentos que la analizada en el presente trabajo. Esta Sentencia, de 26 de junio de 2014, tenía un doble asunto a resolver: **Menesson contra Francia y Labassee contra Francia**.

El TEDH acabó condenando al Estado a reconocer la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución³³⁸. El TS era consciente de que esta Sentencia estaba en trámite de resolución en el momento de dictar la suya³³⁹.

³³⁸ TUBELLA DOMÍNGUEZ, Mark. *Su bebé, gracias (gestación por subrogación)*, op., cit. [Consulta: 8/03/15], pág. 25: *Se trata de matrimonios heterosexuales de origen francés que ante la prohibición de Francia de la gestación por sustitución habían recurrido a dos estados de EEUU, concretamente California y Minnesota, para llegar a ser padres. En ambos casos los respectivos maridos aportaron el semen y el óvulo procedía de una donante. Francia les negó el acceso al Registro Civil por considerar que atentaba contra el orden público internacional. Aunque dichas familias son verdaderas uniones familiares, sin ser reconocidos los hijos como ciudadanos franceses. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que denegar dicha inscripción en el Registro Civil vulnera el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que reconoce el derecho que tienen los niños al respeto a su vida privada que puede verse afectada por la indeterminación de su identidad filial. Además, los niños eran hijos biológicos de los padres y las autoridades francesas se negaron a reconocer este hecho. Se observa que el TEDH considera que el interés superior del menor debe prevalecer en todo caso. No obstante, reconoce el derecho que tienen todos los estados a regular de la forma que consideren oportuna la gestación por sustitución, aunque rechazar la filiación de los menores por el hecho de haber nacido de gestación por sustitución ignorando la paternidad biológica que en ambos casos existía es excederse en el proceder de valoración por parte de las autoridades francesas. Además, negar la nacionalidad es un elemento de la identidad de las personas. Así, el TEDH condenó a Francia por no reconocer la filiación de niños nacidos por vientre de alquiler.*

³³⁹ Voto particular de la STS de 2014, apartado segundo: *En consecuencia, no resulta aplicable el artículo 10 de la Ley 14/2006, puesto que la filiación ya ha sido determinada por una autoridad extranjera ("decisión de autoridad"), con lo que el problema se trasladaría a resolver si esta decisión contraría o no el orden público internacional, que es el argumento utilizado en algunas resoluciones dictadas en países de nuestro entorno en los que este tipo de contratos*

Curiosamente, cuando el TEDH se acabó pronunciando al respecto, se pudo ver como echaba *por tierra la pretendida defensa del interés superior del niño que argumentaba el TS. El TEDH viene a precisar qué debe entenderse por interés superior del niño en los casos de gestación por sustitución, estableciéndolo como criterio imperante en toda decisión*³⁴⁰.

Por ello, se puede ver que la jurisprudencia del TS difiere de la del TEDH dado que la ponderación que hacen con respecto al interés superior del menor y al orden público es distinta. Mientras que el TEDH prioriza el interés superior del menor al orden público, el TS lo hace en sentido contrario: prima el orden público al interés superior del menor.

Además, LAMM insiste en que: *La solución más conveniente e igualitaria y lo mejor para el niño es que desde su nacimiento tenga su filiación legalmente reconocida sobre la base de la voluntad procreacional respecto de ambos comitentes o del comitente, sin supeditarla a la comprobación de ningún vínculo genético y sin hacer distinciones según este haya sido o no aportado. Incluso aunque pudiera exigirse que al menos uno de los comitentes aporte su material genético, ello solo debiera ser a los efectos de acceder a la gestación por sustitución, no a los efectos de establecer la filiación*³⁴¹. Así, tanto el TEDH como LAMM persisten en la importancia del interés superior del menor como guía en cualquier decisión que les afecte.

Los pronunciamientos del TEDH, alteraron los efectos de la STS de 2014. En suma, *sucede que aunque estas sentencias no conciernen directamente a España, sientan un precedente para todos los Estados que son parte del Convenio europeo de derechos humanos que debe ser tenido en cuenta*³⁴². Esta alteración se plasmó en que se obligó a España a replantearse, en julio de 2014, la determinación de la filiación a favor del matrimonio homosexual de varones³⁴³.

está prohibido por su legislación, algunos incluso en trámite de resolución ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos Menesson y Labasse, en Francia, y caso Paradiso y Capanelli, en Italia), y ver si puede ser introducida en el orden jurídico español para surtir en España los efectos legales correspondientes.

³⁴⁰ LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”, *op. cit.*, pág. 45.

³⁴¹ *Ibid.*, pág. 47.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ NOTICIAS JURÍDICAS. *El TEDH declara contraria al Convenio Europeo de los derechos humanos la negativa a reconocer la filiación a los hijos nacidos de vientre de alquiler*. [En línea]. 2 de julio de 2014. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3900-el-tedh-declara-contraria-al-convenio-europeo-de-los-derechos-humanos-la-negativa-a-reconocer-la-filiacion-a-los-hijos-nacidos-de-vientre-de-alquiler/> [Consulta: 5/06/15].

A la vista de todo ello, el 9 de julio de 2014 el Ministerio de Justicia publicó una nota de prensa en la que daba a conocer que representantes del Ministerio se han comprometido con los miembros de la asociación *Son Nuestros Hijos* a mejorar la última modificación de la Ley del Registro Civil aprobada el pasado 13 de junio para la inscripción de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, adaptándola a lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los fines de facilitar la inscripción en favor del niño de la forma más rápida posible³⁴⁴. De momento, la cuestión se ha quedado en *stand by*.

En definitiva, si el TEDH se llega a pronunciar en un futuro sobre este caso español, no podrá fallar en sentido contrario a como lo hizo en los casos franceses que se vieron con anterioridad. Por consiguiente, tendrá que condenar a España por no inscribir en el RC la filiación de estos menores nacidos por maternidad subrogada en EEUU. Para confirmarlo, se deberá esperar a que el TEDH se manifieste en un futuro.

6.3.1 Conclusión

Esta STS de 2014 ha de servir como toque de atención al legislador dado que este caso es la muestra de la falta de seguridad jurídica existente en el ordenamiento español. Ya se verá si se da un cambio de rumbo en la legislación española referente a esta materia cuando el caso sea examinado por el TEDH.

³⁴⁴ LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto", *op. cit.*, pág. 49. También en: VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución «pueden» ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014". *Diario La Ley*, 2014, núm. 8415, págs. 1 a 13, pág. 9.

7. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Con el objetivo de arrojar un poco de luz a toda esta enrevesada situación y de la incuestionable necesidad de una regulación en esta materia, he creído idóneo crear una propuesta de ley sobre la gestación por sustitución. Para dar un poco de realidad al asunto, he simulado que se encuentra en un período de *vacatio legis*. Con esta propuesta, he tratado de dar una serie de pinceladas básicas de lo que pienso que debería tener una ley sobre esta materia.

Para llevarla a cabo, he confeccionado mi proposición fijándome en dos autores, VELA SÁNCHEZ y LAMM, y en una Iniciativa Legislativa Popular (en adelante ILP)³⁴⁵, que elaboró la Asociación por la Gestación Subrogada en España³⁴⁶.



Ley Orgánica 10/2015, de 30 de abril, de la gestación por sustitución

Sumario

- **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**
 - I.
 - II.
 - III.
 - IV.

- **Título I: Disposiciones generales**
 - Art. 1. Objeto
 - Art. 2. Concepto y sujetos
 - Art. 3. Capacidad

³⁴⁵ Cfr. Anexo VII: *Lege ferenda*.

³⁴⁶ VELA SÁNCHEZ, Antonio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. 1ª edición. Granada: Comares, 2012. 174 págs. ISBN 9788498369694, pág. 127. LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág.* 293. LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, op., cit.* 301. ASOCIACIÓN POR LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA. *Texto de la ILP*. [En línea]. Disponible en: <http://www.xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/texto-ilp> [Consulta: 5/06/15]

- **Título II: De los requisitos de las partes**
 - Art. 4. Requisitos de la madre gestante
 - Art. 5. Requisitos de la parte comitente
 - Art. 6. Consentimiento e irrevocabilidad

- **Título III: Formalidades del convenio de gestación por sustitución**
 - Art. 7. Forma

- **Título IV: De la autorización judicial**
 - Art. 8. Autorización judicial
 - Art. 9. Requisitos petición

- **Título: Requisitos para la homologación del acuerdo**
 - Art. 10. Homologación del acuerdo
 - Art. 11. Derechos personalísimos de la gestante
 - Art. 12. Carácter altruista
 - Art. 13. Seguro

- **Título VI: Del registro de gestantes**
 - Art. 14. Registro de gestantes
 - Art. 15. Información del Registro

- **Título VII: De los efectos de la resolución judicial**
 - Art. 16. Resolución judicial
 - Art. 17. Deberes de los centros de reproducción asistida intervinientes en la ejecución del convenio de gestación por sustitución
 - Art. 18. Partida y certificado de nacimiento
 - Art. 19. Intervención judicial

- **Título VII: Efectos del cumplimiento e incumplimiento del convenio de gestación por sustitución**
 - Art. 20. Cumplimiento
 - Art. 21. Incumplimiento

- **Título VIII: Del derecho a conocer el origen biológico del hijo**
 - Art. 22. Derecho a conocer

- **Título IX: De los efectos de la falta de autorización judicial**

Art. 23. Normas aplicables

- **Disposiciones finales**

Primera. Modificación del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Segunda. Modificación del Código Civil

Tercera. Modificación del Código Penal

Cuarta. Modificación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

Quinta. Carácter de la Ley

Sexta. Entrada en vigor

Felipe VI,

Rey de España

A todos los que la presente vieren y entendieren. Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley.

Ley Orgánica 10/2015, de 30 de abril, de la gestación por sustitución

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I.

Las técnicas de reproducción asistida fueron la solución a los problemas de esterilidad de muchas personas que querían crear una familia. La LTRHA dio la regulación y la seguridad jurídica necesaria. Esta ley declara nula, en su artículo 10, la gestación por sustitución.

II.

La necesidad de una regulación se impone en los tiempos actuales. Prueba de ello está en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN. La gestación por sustitución es una realidad tanto en España como en los demás países del mundo. Es por este motivo que hay la obligación de crear de un marco legal que admita y regule esta figura y que supere el axioma romano *mater semper certa est*. De hacerlo, se eludirían situaciones discriminatorias e injustas. Consecuentemente, se respetaría el principio de igualdad y se evitaría el turismo reproductivo. No se concibe en la sociedad continuar prohibiendo la gestación por sustitución puesto que resulta

incuestionable la existencia de una diversificación de la maternidad y de la creación de nuevos modelos familiares.

III.

Con respecto a los niños que nacieran de esta práctica, su regulación evitaría que se encontraran en un limbo jurídico. Tendrían una filiación determinada correctamente y sería la mejor manera de respetar el principio del interés superior del menor. A su vez, se descartaría considerar al menor como una mercancía y a la mujer como un objeto al que explotar.

IV.

A pesar de que no haber una aceptación unánime en todos los ordenamientos jurídicos, esta situación en España debe legalizarse y regularizarse. Es por ello que la presente ley tiene como objetivo normativizar la gestación subrogada, garantizando los derechos de todas las partes intervinientes en el proceso, y de esta manera, lograr la inscripción de los nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada.

Título I: Disposiciones generales

Artículo 1.

Objeto

La presente ley tiene por objeto regular la gestación por sustitución

Artículo 2.

Concepto y sujetos

1. La gestación por sustitución es un tipo de reproducción asistida mediante la cual un varón, una mujer o una pareja (comitentes) que quieren tener un hijo, encargan a otra mujer (la madre gestante) para que lleve a efecto la gestación, previa inseminación artificial o fecundación in vitro correspondiente para, una vez producido el nacimiento, renunciar a la filiación materna y entregar el niño a los contratantes, de manera que aparezca legalmente desde el principio como hijo de éstos.

2. Sujetos intervinientes:

- a. Parte comitente: Persona/s que acceden a la paternidad, mediante la maternidad subrogada, pudiendo aportar o no su material genético a tal efecto.
- b. Mujer gestante: Mujer que se ofrece o a la que se le contrata para gestar a un bebé pudiendo aportar su material genético o no.

Artículo 3.

Capacidad

1. Tanto la madre gestante como la/s persona/s comitente/s, deberán ser plenamente capaces.

Título II: De los requisitos de las partes

Artículo 4.

Requisitos de la madre gestante

1. La mujer gestante:

- a) Puede o no aportar su material genético³⁴⁷.
- b) Tener buena salud psicofísica.
- c) No haberse sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces.
- d) Tener más de veinticinco³⁴⁸.
- e) Podrá ser una persona ajena a los comitentes o ser un pariente colateral o por afinidad.
- f) Haber dado o no a luz previamente a un hijo propio³⁴⁹.
- g) Tendrá derecho a una indemnización razonable por los gastos de embarazo y parto aunque la gestación no culmine por causas imputables a ella.
- h) Deberá asumir los riesgos de las consecuencias que le pueden producir el embarazo y el parto.
- i) Quedan al margen de todo contrato los derechos personalísimos. Tales como: la libertad personal, privacidad e integridad física.

³⁴⁷ No estoy de acuerdo con la propuesta que proporciona LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, op., cit., pág. 305*. Se vio en el primer epígrafe del programa que en el tipo de gestación por sustitución plena, la mujer gestante aporta tanto su útero como sus propios óvulos. Por lo tanto, considero que la mujer gestante puede aportar su material genético o no.

³⁴⁸ No comparto el criterio establecido en el artículo 3.1 de la ILP que establece la edad mínima de la mujer gestante en 18. Creo que los 25 años es una edad prudencial dado que no encuentro lógico que una niña con 18 años lleve a cabo todo este proceso por mucho que tenga factores favorables como la salud.

³⁴⁹ Podría darse el caso de que la mujer gestante no quisiera tener hijos propios y que únicamente quisiera dar a luz a bebés para otras personas que sí quisieran tener hijos. Por ello no estoy de acuerdo con que la mujer gestante haya de haber dado a luz, al menos, a un hijo propio. No comparto la propuesta que proporciona LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, op., cit., pág. 304*, ni la que propone LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 296*.

Artículo 5.

Requisitos de la parte comitente

1. La parte comitente:

- a) Puede ser una persona sola o una pareja (casada o no), con independencia de la condición sexual.
- b) Ha de ser mayor de veinticinco años. En caso de pareja, basta con que uno haya alcanzado dicha edad.
- c) Podrá o no aportar su material genético tanto si se trata de una pareja casada como de una persona sola³⁵⁰.
- d) Puede tener o no imposibilidad para procrear o gestar, sin riesgo para su salud o para la salud del bebé por nacer. En el caso de tener imposibilidad biológica por no poder procrear o gestar sin riesgo, debe acreditarse mediante certificación médica.
- e) La/s persona/s comitente/s deben tener dos años de residencia ininterrumpida en el país. En el caso de ser una pareja, bastará con que cumpla tal condición una de ellas.
- f) Deberán aceptar que el recién nacido sea discapacitado psíquica o físicamente.
- g) Pueden acceder sin haber agotado previamente las otras técnicas de reproducción asistida³⁵¹.

³⁵⁰ Discrepo con VELA SÁNCHEZ, Antonio José. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo, op., cit., pág. 127*. También con: LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, op., cit., pág. 305*. Me opongo a estos dos autores con respecto a que han de aportar necesariamente sus gametos para poder acceder a este tipo de reproducción asistida. Siguiendo la tesis de estos dos autores, una pareja estéril no podría llevar a cabo una gestación por sustitución. Creo que se podría acceder sin necesidad que uno de ellos lo aporte. Por ejemplo: podría darse el caso de que los dos miembros en una pareja fueran estériles y recurrieran a donantes de semen y óvulos. Creado el embrión con material genético anónimo, se podría implantar en una mujer gestante. Esta situación considero que no es justa y, por ello, la he redactado tal y como está expuesta.

³⁵¹ No me parece razonable que el artículo 2.2 de la ILP, que hizo la Asociación por la gestación subrogada en España, se expusiera que para poder aplicar esta técnica *el progenitor o progenitores subrogantes deberán haber agotado o ser incompatibles con otras técnicas de reproducción humana asistida*. En esta misma línea se encuentra: LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., pág. 295: La mujer que quiere tener un hijo recurriendo a la maternidad subrogada, sólo podrá acudir a este procedimiento cuando sea estéril o incapaz de llevar a término un embarazo por poner en riesgo su salud o la salud del niño*. No estoy de acuerdo dado que creo firmemente que las TRHA están a disposición de la sociedad y no al revés. Las personas han de tener la libertad, en todo momento, de decidir a qué técnica acudir y no ser la ley la que decida a cuál, dado que se les estaría restringiendo su acceso. Todo ello al margen de otros requisitos como la edad de la madre gestante, por ejemplo.

Artículo 6.

Determinación de la filiación³⁵²

1. La filiación del recién nacido mediante gestación por sustitución, se determinará a favor de la parte comitente.
2. En el caso de que la parte comitente sea una pareja casada o de hecho, con independencia del sexo, se presume que la filiación será considerada por naturaleza matrimonial. Esta presunción es *iuris tantum*. En el caso de probarse que uno de los dos miembros no quiere que la filiación quede determinada a su favor, se seguirá lo estipulado en el apartado cuarto de este precepto.
3. En el supuesto de que una pareja tanto de hombres como de mujeres no esté casada, la filiación será considerada por naturaleza no matrimonial. En el caso de que finalmente se acaben casando, la filiación entonces será matrimonial conforme al apartado dos de este precepto.
4. En el caso de que sea un hombre o una mujer en solitario, se determinará la filiación únicamente a su favor. En la partida de nacimiento exclusivamente constará esta persona como padre o madre.

Artículo 7.

Consentimiento e irrevocabilidad

1. El consentimiento emitido deberá ser libre y voluntario, sin que medie dolo, error, violencia o intimidación.
2. El consentimiento prestado tanto por la parte comitente como por la madre gestante serán irrevocables. La parte comitente no podrá impugnar la filiación del hijo nacido como consecuencia de la gestación por sustitución.

Título III: Formalidades del convenio de gestación por sustitución

Artículo 8.

Forma

1. El convenio de gestación por sustitución se formalizará por escrito en documento público notarial. El notario interviniente deberá verificar que se cumplan todos los requisitos y deberá solicitar todos los documentos legalmente establecidos.

³⁵² En la propuesta de ley que hace LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, op., cit., pág. 301*, no se establece un precepto sobre determinación de la filiación expresamente. Únicamente se encuentra una breve referencia en el artículo 16, segundo párrafo, sobre *los efectos de la resolución judicial*. Considero ilógico este hecho dado que uno de los puntos más importantes de la propuesta de ley es saber cómo se determinará la filiación en estos casos. Sin embargo, la ILP sí que dedica un artículo a ello.

Título IV: De la autorización judicial

Artículo 9.

Autorización judicial

1. Todo acuerdo de gestación por sustitución debe ser judicialmente autorizado de conformidad con las disposiciones previstas en la presente ley y en las normativas que se dicten a estos fines.

Artículo 10.

Requisitos petición

1. Las partes que intervengan en un contrato de este tipo deben solicitar al juez que autorice la técnica. La presentación debe contener, además de la petición, los siguientes documentos³⁵³:

- a) Copia del documento de identidad de las partes que intervengan.
- b) Certificado médico que acredite la buena salud psicofísica de la gestante.
- c) Certificado médico que acredite que la persona o las personas son incapaces para concebir o gestar un bebé, y que de hacerlo, supondría no solo poner en peligro la vida del bebé sino también la de la mujer.
- d) Certificado médico en el que figure de quien es el material genético aportado.
- e) Certificado de idoneidad de los comitentes para ser progenitores a través de la gestación por sustitución.
- f) Certificado que acredite que todas las partes han recibido asesoramiento médico y psicológico adecuado.
- g) Acta conforme los comitentes se quedarán con el nacido con independencia, de si a consecuencia del parto, nace con taras.
- h) Otros necesarios para poder autorizar la práctica por el juez.

Título: Requisitos para la homologación del acuerdo

Artículo 11.

Homologación del acuerdo

1. El juez homologará el acuerdo siempre y cuando:

- a) Todos los certificados de los profesionales médicos hayan sido favorables.

³⁵³ Si se atiende a LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, op., cit., pág. 305*, veo que se piden los mismos requisitos en la pág. 305, sobre los requisitos de la petición a la autorización judicial, que en la pág. 306, al hablar sobre el dictamen del equipo multidisciplinario. Como considero que es repetitivo, he hecho un solo artículo que fusionara los dos.

- b) La madre gestante acepta que no tiene vínculos jurídicos con el recién nacido. Queda a salvo la posible relación afectiva o de contacto que entre ellos pueda haber en un futuro.
- c) La filiación esté correctamente determinada conforme a las disposiciones de este código.
- d) Todas las partes integrantes en el contrato hayan prestado su consentimiento de forma libre, plena y previa.

Artículo 12.

Carácter altruista

1. La gestación subrogada nunca se contratará con carácter lucrativo. Únicamente se podrá compensar económicamente por parte de la parte comitente a la gestante por las molestias derivadas del embarazo, gastos médicos, etc.
2. Las compensaciones estarán exentas de tributación en el IRPF³⁵⁴.

Artículo 13.

Seguro

1. La parte gestante contratará un seguro que esta misma costeará y será a favor de la gestante. Cubrirá cualquier riesgo que se pueda derivar de la gestación por sustitución. La cantidad del mismo deberá pactarse con la mujer gestante.
2. En caso de disconformidad con la cantidad del mismo, se podrá acudir a mediación.

Título VI: Del registro de gestantes

Artículo 14.

Registro de gestantes

1. Deberá figurar en un Registro nacional de gestación por sustitución, todas aquellas mujeres que hayan acudido a la misma. Este Registro servirá, entre otras cosas, para saber qué mujeres han hecho de madres gestantes, además de verificar que estas no accedan más de dos veces a esta técnica.
2. Este Registro también servirá para facilitar a la parte comitente toda aquella información de la mujer gestante siempre y cuando la misma lo haya autorizado.

³⁵⁴ Se valora muy positivamente que la ILP contemple este precepto. Sin embargo, los otros modelos a los que he acudido no lo recogen en sus propuestas.

Artículo 15.

Información del Registro

1. El juez debe consultar al Registro de gestantes toda la información necesaria antes de autorizar un acuerdo de gestación por sustitución.

Título VII: De los efectos de la resolución judicial

Artículo 16.

Resolución judicial

1. Una vez se haya autorizado el contrato de gestación por sustitución, el juez emitirá una resolución judicial.
2. La resolución judicial declarará que la madre gestante no tendrá vínculos jurídicos con el nacido y sí los tendrá la parte comitente, con independencia de que esta última haya aportado su material genético o no.
3. La parte comitente no podrá impugnar la filiación que se le haya determinado a su favor, siempre y cuando haya prestado su consentimiento y se haya autorizado judicialmente esta práctica.

Artículo 17.

Deberes de los centros de reproducción asistida intervinientes en la ejecución del convenio de gestación por sustitución

1. Tras la autorización judicial en la que se autorice la gestación por sustitución, el centro médico realizará una transferencia embrionaria a la mujer gestante de acuerdo con lo previsto en la Ley 14/2006 sobre TRHA. La madre gestante debe consentir la implantación del preembrión creado mediante *fecundación in vitro*, o a través de una inseminación artificial (bien con el espermatozoides del donante o el del padre comitente).
2. Los centros de reproducción asistida exigirán que las partes presenten el convenio de gestación por sustitución homologado judicialmente.

Artículo 18.

Partida y certificado de nacimiento

1. En la partida de nacimiento deberá constar la filiación a favor de la parte comitente.
2. La madre gestante no figurará en ningún caso.
3. Será decisión de la parte comitente que en la partida o el certificado de nacimiento figure que el bebé ha nacido mediante gestación por sustitución³⁵⁵.

³⁵⁵ No estoy de acuerdo con la aportación que realiza LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, op., cit., pág. 308*. Esta autora considera que: *En ningún caso, la partida o el certificado puede reflejar datos de los que se*

Artículo 19.

Intervención judicial

1. El mismo juez que autorizó judicialmente el acuerdo de gestación por sustitución deberá resolver cualquier discordancia que de tal acuerdo pueda derivarse.
2. Toda decisión judicial ha de estar amparada en el principio del interés superior del menor y en la voluntad de las partes.

Título VII: Efectos del cumplimiento e incumplimiento del convenio de gestación por sustitución

Artículo 20.

Cumplimiento

1. Ambas partes deben satisfacer lo estipulado en el contrato una vez este haya sido autorizado judicialmente.
2. Su cumplimiento lleva implícitamente aceptar los efectos filiales contemplados en distintos preceptos de este código.

Artículo 21.

Incumplimiento

1. La mujer no puede interrumpir su embarazo voluntariamente sin la conformidad de los comitentes. En caso de hacerlo, deberá reembolsar las cantidades recibidas hasta el momento a la parte comitente. Se exceptúa el caso en el que un comité clínico lo determine por motivos médicos, tal y como se estipula en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
2. La madre gestante incurrirá en la responsabilidad penal y civil establecida conforme a la legislación vigente en cada código cuando se niegue a entregar al recién nacido o cuando transgreda la posible cláusula de confidencialidad establecida en el contrato.
3. Si la parte comitente se niega a hacerse cargo del nacido mediante esta técnica, se atenderá a lo que la legislación vigente establezca sobre la guarda, el acogimiento, la tutela o la adopción. Todo ello se adoptará sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad penal.³⁵⁶

pueda inferir que el niño ha nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución. Esta opacidad carece de sentido dado que toda normativa ha de ser siempre transparente. De esta manera, creo que si se siguiera esta aportación no lo sería.

³⁵⁶ No estoy de acuerdo con la solución que aporta LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op.*,

Título VIII: Del derecho a conocer el origen biológico del hijo

Artículo 22.

Derecho a conocer

1. Se permitirá al recién nacido, mediante esta técnica de reproducción asistida, conocer a la madre gestante.

Título IX: De los efectos de la falta de autorización judicial

Artículo 23.

Normas aplicables

1. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Disposiciones finales

Primera.

Modificación del art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

El artículo 10 quedará redactado como sigue: *1. Será admisible el convenio de gestación por sustitución con los requisitos y formalidades que se establezcan en la Ley Orgánica 10/2015, de 30 de abril, de la gestación por sustitución. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución corresponderá a la parte comitente, y en ningún caso, a la madre gestante. 3. Para las demás exigencias legales para llevarlo a cabo, consultar la ley específica sobre gestación por sustitución.*

Segunda.

Modificación del Código Civil

Se añade un cuarto párrafo al artículo 1271 CC: *La gestación por sustitución puede ser objeto de contrato en los términos que establezca su ley específica.*

Tercera.

Modificación del Código Penal

- a. Se añade al artículo 220. 1 y 220. 2: *Queda excluida de tal consideración la gestación por sustitución.*

cit., pág. 301, en caso de que o la madre gestante se niegue a entregar al bebé como los comitentes de recibirlo. Esta autora asegura que acudir a la mediación es la solución. Creo que esta situación no es la adecuada, dado que no se trata de que las partes por sí mismas sean capaces de solucionar este conflicto guiados por un tercero imparcial, sino que han de cumplir con lo que la irrevocabilidad del consentimiento conlleva. En este caso, quedarse o desprenderse del nacido según el caso. En los otros casos, como el contrato de un seguro, podrá acudirse a mediación.

- b. Se añade al artículo 221. 1: *Queda excluido de tal supuesto la gestación por sustitución.*
- c. Se añade un segundo párrafo al artículo 223: *Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación en el caso de que la mujer gestante no entregue a la parte comitente el nacido de un contrato de gestación por sustitución.*

Cuarta.

Modificación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

- a. Se añade un nuevo párrafo al artículo 14: *La mujer gestante no tendrá derecho a una interrupción del embarazo cuando se trate de un contrato de gestación por sustitución.*
- b. Se añade un nuevo párrafo al artículo 15: *Podrá interrumpirse la gestación cuyo origen está en un contrato de gestación por sustitución cuando un comité clínico lo determine*

Quinta.

Carácter de la Ley

La presente ley tiene el carácter de Ley Orgánica.

Sexta.

Entrada en vigor

La presente ley entrará en vigor a los cinco meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

CONCLUSIONES

- I. No puede negarse la evidente diversificación de la maternidad y todo lo que ello conlleva. Así, al margen de la polémica generada por la terminología y por la naturaleza de la gestación por sustitución, resultan indiferentes los factores y el tipo de personas que acudan a esta técnica de reproducción asistida.

- II. La maternidad subrogada ha provocado acentuar el cambio en la forma de entender la reproducción. Ello ha desencadenado la supresión de axiomas históricos como es el de *mater semper certa est*. Entiendo que este y otros principios han sido desplazados por nuevos que se adaptan a la perfección a esta técnica.

Seguidamente, he constatado que la regulación existente era insuficiente. El artículo 10 de la LTRHA no puede pretender ser el origen de la solución a todos los problemas que se generan con la determinación de la filiación. En suma, tampoco puede servir como único sustento para prohibir el gran fenómeno del turismo reproductivo.

Finalmente, tampoco concibo que deba acudir a otros cuerpos legales, como por ejemplo el Código Penal, para sancionar una práctica que ni tan siquiera es contemplada como delito.

- III. A pesar de considerar contradictorios algunos de los argumentos empleados por la Resolución de la DGRN de 2009, no puede negarse que la misma utiliza razones de peso para inscribir a los hijos del matrimonio homosexual en el Registro Civil.

A continuación, tras examinar la SJPI de 2010, he podido constatar que la contraargumentación a la Resolución de la DGRN es muy convincente. No obstante, no comparto el fallo. Además, he dejado patente como la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 resolvió de la misma manera y con idéntico enfoque a como lo hizo la SJPI de 2010.

Asimismo, entiendo que la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 marca las pautas o directrices para una futura regulación en España de la

materia. Sin embargo, se llevó a cabo obviando lo establecido en el proyecto de ley de la nueva Ley del Registro Civil. Este hecho considero que se trata de un error grave. Con esta nueva ley, se está dejando escapar una ocasión histórica de regular esta técnica de reproducción asistida y de solventar la caótica situación en la que se encuentra la gestación por sustitución en este momento. Consecuentemente, con estos incomprensibles descuidos se creó un panorama todavía más confuso del ya existente previamente.

- IV.** La doctrina que está a favor de su legalización hace un gran esfuerzo argumentativo en demostrar que carece de sentido que se siga prohibiendo la gestación por sustitución en Derecho español. Comparto todos y cada uno de los argumentos que expone.

Por lo que a las doctrinas contrarias se refiere, comprobé que los españoles tienen muy enraizada la noción tradicional de maternidad y de quién es madre. Me resulta difícilmente explicable que gran parte de la sociedad actual se apoye en argumentos insuficientes y que se encuentran rezagados en el tiempo.

- V.** Seguidamente, tras analizar la novedosa STS de 2014 en esta materia, considero que a pesar de que en muchos argumentos es intachable la coherencia seguida, creo que el ambicioso e interesante voto particular que figura en la misma echa por tierra gran parte de los argumentos seguidos por el TS.

- VI.** Una vez llegué hasta aquí, quise dar una solución a la insuficiente normativa que me había encontrado durante todo el trabajo. En vista de ello, decidí hacer una propuesta de ley en la que se estableciera perfectamente la determinación de la filiación en esta materia. Creo que la propuesta que he elaborado es muy acertada en la medida en que trata de dar unas pinceladas claves para una futura ley en España sobre la gestación por sustitución.

- VII.** Finalmente, tras investigar la situación actual de la gestación por sustitución en Derecho español, se ha podido confirmar la hipótesis planteada al inicio del trabajo.

Por un lado, la legalización de la maternidad subrogada causaría una gran evolución y adaptación de la normativa española. Esta evolución estoy convencida de que implicaría un progreso colosal y una inmensa tarea para adaptar la actual normativa española, visto el panorama normativo en el que se apoya la gestación por sustitución.

Por el otro lado, entiendo que la sociedad no está preparada para que se legalice esta práctica. Su razón de ser está en que aún se cree firmemente en argumentos, como por ejemplo la noción tradicional de madre o la indisponibilidad del cuerpo humano, que tras el avance de las TRHA, carecen de sentido. Estoy convencida de que esta barrera al progreso acarreará grandes consecuencias para todos los nacidos mediante esta técnica, y además, situaciones todavía más confusas. Por lo tanto, la solución es crear un código en el que se regule y se legalice la gestación por sustitución.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOG COMMITTEE OPINION. *Surrogate Motherhood*. [En línea]. The American College of Obstetricians and Gynecologists. Women's Health Care Physicians. Núm. 397. Febrero de 2008. Disponible en: <http://www.acog.org/Resources-And-Publications/Committee-Opinions/Committee-on-Ethics/Surrogate-Motherhood> [Consulta: 5/03/15].
- ACOSTA CIND, Arteta. "Maternidad Subrogada". *Revista Ciencias Biomédicas*, 2011, vol. 2, núm. 1, págs. 91 a 97.
- ALBERT MÁRQUEZ, Marta María. "Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil". *Diario La Ley*, 2012, núm. 7863, págs. 1 a 19.
- ALKORTA IDIAKEZ, Itziar. "Nuevos límites del derecho a procrear". *Derecho Privado y Constitución*, 2006, núm. 20, págs. 9 a 61.
- ALKORTA IDIAKEZ, Itziar. *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*. 1ª edición. Navarra: Thomson Aranzadi, cop., 2003. 460 págs. Colección: Monografías Aranzadi. Derecho Civil; núm. 288. ISBN 9788497672337.
- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, núm. 2, págs. 5 a 49.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero". *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, tomo X, págs. 339 a 369.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. "Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución". En FORNER DELAYGUA, Joaquín Joan, GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, VIÑAS I FARRÉ, Ramón. *Entre Bruselas y La Haya: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado*. 1ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2013. 912 págs. ISBN 9788415664598. Págs. 77-90.

- APARISI, Ángela, y BALLESTEROS, Jesús. *Por un feminismo de la complementariedad: Nuevas perspectivas para la familia y el trabajo*. 1ª edición. Pamplona: EUNSA, 2002. 208 págs. Colección: Astrolabio Ciencias Sociales. ISBN 9788431320201.
- APARISI, Ángela y LÓPEZ GUZMÁN, José. "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada". *Cuadernos de Bioética*, 2012, vol. 23, núm. 78, págs. 253 a 267.
- ASOCIACIÓN POR LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA. *Texto de la ILP*. [En línea]. Disponible en: <http://www.xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/texto-ilp> [Consulta: 5/06/15].
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles. "Reproducción asistida y determinación de la filiación". *REDUR*, 2010, núm. 8, págs. 25 a 37.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. "Hijos made in California". *Aranzadi Civil*, 2009, núm. 3, págs. 2117 a 2119.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol. 1, núm. 2, págs. 294 a 319.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. "Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, núm. 1, págs. 247 a 262.
- CAMARERO GONZÁLEZ, Gonzalo J. "Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución". *Diario La Ley*, 2012, núm. 7910, págs. 1 a 10.

- DE TORRES PEREA, José Manuel. "Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor". *Diario La Ley*, 2014, núm. 8281, págs. 1 a 17.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)". *Diario La Ley*, 2010, núm. 7501, págs. 1 a 7.
- DELCLÓS, TOMÁS. *¿Puede alquilarse un vientre?* [En línea]. 27 de julio de 2014. Disponible en:
http://elpais.com/elpais/2014/07/25/opinion/1406307767_057258.html
 [Consulta: 5/04/15].
- DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS INTERIORES. *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*. [En línea]. Departamento temático C. Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales. Mayo de 2012. Disponible en:
[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf) [Consulta: 1/02/15].
- DOBERING GAGO, Mariana. "El derecho comparado en la reproducción asistida". En GARCÍA TINAJERO, Rafael. *Reproducción asistida. Elementos para el debate legislativo*. 1ª edición. Méjico, D.F.: UNAM, 2004. 52 págs. ISBN no tiene. Págs.11-24.
- DURAN AYAGO, Antonia. "El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución". *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2012, tomo XII, págs. 266 a 283.
- EL PAÍS, *Ofrécese útero*. [En línea]. 3 de agosto de 2006. Disponible en:
http://elpais.com/diario/2006/08/03/opinion/1154556003_850215.html
 [Consulta: 17/01/15].

- ELEONORA CANO, María. *Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada*. [En línea]. Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm> [Consulta: 4/04/15].
- ESPINAR VICENTE, José María. "Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude de la Ley". En IGLESIAS BUHIGUES, José Luis. *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea*. 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. 981 págs. ISBN 9788490049754. Págs. 589-604.
- FARNÓS AMORÓS, Esther. "European Society of Human Reproduction and Embryology. 26th Annual Meeting". *InDret*, 2010, núm. 3, págs. 1 a 17.
- FARNÓS AMORÓS, Esther. "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DRGN de 18 de febrero de 2009". *InDret*, 2010, núm.1, págs. 1 a 25.
- GODOY VIDAL, Hugo. "Aspectos sociales y morales de las técnicas de reproducción asistida". *Revistas Biomédicas Latinoamericanas*, 2002, núm. 40, págs. 11 a 21.
- GUTIÉRREZ CALVO, Vera. *Justicia busca una solución legal para los bebés de 'vientre de alquiler'*. [En línea]. 3 de julio de 2014. Disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2014/07/03/actualidad/1404415792_455988.html [Consulta: 12/02/15].
- HEREDIA CERVANTES, Iván. "La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución". *Anuario de Derecho Civil*, 2013, vol. 66, núm. 2, págs. 687 a 715.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, vol. 6, núm. 2, págs. 147 a 174.

- HUALDE MANSO, María Teresa. "De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada". *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2012, vol. 1, núm. 10, págs. 35 a 47.
- IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, María y CASADO BLANCO, Mariano. "Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada". *Revista española de medicina legal: órgano de la Asociación Nacional de Médicos Forenses*, 2014, vol. 40, núm. 2, págs. 59 a 62.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, María Victoria. "La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales". *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, 2012, núm. 5, págs. 365 a 381.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)". *Revista Boliviana de Derecho*, 2014, núm. 18, págs. 400 a 419.
- LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética". Directora: María Casado González. Tesis doctoral - Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho, Barcelona, 2010.
- LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto". *Tribuna de Actualidad*, 2014, vol. 2, págs. 43 a 50.
- LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. 1ª edición. Barcelona: Publicacions i edicions de la Universitat de Barcelona, 2013. 336 págs. ISBN 978-84-475-3757-0.
- LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho". *InDret*, 2012, núm. 3, págs. 1 a 49.
- LAMM, Eleonora. "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida". *Revista de Bioética y Derecho*, 2012, núm. 24, págs. 76 a 91.

- LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela. "La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo". *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1994, núm. 7, págs. 317 a 338.
- LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela. "Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana". *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1995, núms. 8-9, págs. 237 a 264.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco. "El alquiler de útero y el problema de las madres sustitutas o por encargo". II Congreso Mundial Vasco. *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid: Trivium, 1988, págs. 319 a 346.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco. "Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica". En DÍAZ MARTÍNEZ, ANA. *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 2006. 216 págs. ISBN 8497728149. Págs. 155-176.
- LÓPEZ PELÁEZ, Patricia. "Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución ("madres de alquiler") en el derecho español". En ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina y MOLINER NAVARRO, Rosa María. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*. 1ª edición. Valencia: Publicacions de la Universitat de València, 2008. 1740 págs. ISBN 9788437071756. Págs. 661-676.
- MARTÍN CAMACHO, Javier. *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*. [En línea]. 2009. Disponible en:
<http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>
 [Consulta: 1/03/15].
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José María. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*. 1ª edición. Madrid: Dykinson, 1994. 166 págs. ISBN 8481550213.

- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana. "Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado español". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2012, núm. 731, págs. 1363 a 1391.
- NOTICIAS JURÍDICAS. *El TEDH declara contraria al Convenio Europeo de los derechos humanos la negativa a reconocer la filiación a los hijos nacidos de vientre de alquiler*. [En línea]. 2 de julio de 2014. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3900-el-tedh-declara-contraria-al-convenio-europeo-de-los-derechos-humanos-la-negativa-a-reconocer-la-filiacion-a-los-hijos-nacidos-de-vientre-de-alquiler/> [Consulta: 5/06/15].
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia. "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución". En NAVAS NAVARRO Susana y DE LAMA AYMÁ, Alejandra. *Iguales y Diferentes ante el Derecho privado*. 1ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012. 933 págs. Colección: Homenajes y Congresos. ISBN 9788490046470. Págs. 465-516.
- PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando. "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, núm. 15, págs. 129 a 160.
- PARRÓN CAMBERO, María Jesús. "Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus est". *Diario La Ley*, 2014, núm. 8269, págs. 1 a 5.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat. "Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI. Party autonomy and affiliation: challenges of the 21st century". *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (IUS)*, 2012, vol. 6, núm. 29, págs. 130 a 149.
- PÉREZ MONGE, Marina. "Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad". *Revista de Derecho Privado*, 2010, núm. 94, págs. 41 a 64.

- PÉREZ MONGE, Marina: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. 1ª edición. Madrid: Colegio de Registradores, 2002. 424 págs. ISBN 9788495240569.
- PÉREZ VAQUERO, Carlos. *Diez claves para conocer los vientres de alquiler*. Noticias Jurídicas. [En línea]. 1 de diciembre de 2010. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4601-diez-claves-para-conocer-los-vientres-de-alquiler/> [Consulta: 18/02/15].
- PRATS, Jaime. *Busco madre de alquiler... en el extranjero*. [En línea]. 9 de noviembre de 2008. Disponible en: http://elpais.com/diario/2008/11/09/sociedad/1226185201_850215.html [Consulta: 11/03/15].
- ROCA TRÍAS, Encarna. "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección fundamental". II Congreso Mundial Vasco. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid: Trivium, 1988. ISBN 8486440831, págs. 19 a 46.
- RUBIO TORRANO, Enrique. "Inscripción como hijo de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución". *Aranzadi Civil*, 2011, núm. 9, págs. 11 a 14.
- SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, Miguel. "La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014". *Diario La Ley*, 2014, núm. 8293, págs. 1 a 6.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos". *Revista Humanidades Médicas*, 2010, núm. 49, págs. 1 a 31.
- SCOTTI, Luciana B. "El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas". *Revista Pensar en Derecho*, 2013, núm. 1, págs. 267 a 289.
- SILVA RUIZ, Pedro: "Programación Humana Asistida: La Maternidad Subrogada, Suplente o Sustituta." Sociedad de Legislación comparada. *XIII Jornadas Franco Latinoamericanas de Derecho Comparado*, Valencia:

Publicaciones de la Facultad de Medicina, Universidad de Cartagena, 1996.
Págs. 1 a 19.

- SOUTO GALVÁN, Beatriz. "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho". *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2005, núm. 1, págs. 275 a 292.
- SOUTO GALVÁN, Beatriz. "Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución". *Revistas - Feminismo/s*, 2006, núm. 8, págs. 275 a 292.
- SPAR, DEBORA L. *Baby business. Cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad*. 1ª edición. Barcelona: Tendencias, 2006. 448 págs. ISBN 84-934642-5-2.
- TUBELLA DOMÍNGUEZ, Mark. *Su bebé, gracias (gestación por subrogación)*. [En línea]. Barcelona: Master de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, 2010. Disponible en:
https://campusvirtual2.ub.edu/pluginfile.php/1338923/mod_resource/content/1/Unidad%20%20-%20Prof.%20Mark%20Tubella.pdf [Consulta: 25/04/2015].
- UNIVERSITAT DE BARCELONA. *Criterios de la Universitat de Barcelona (CUB)*. [En línea]. Disponible en: <http://www.ub.edu/cub/criteris.php> [Consulta: 25/04/ 2015].
- VAN NIEKERK, Anton y VAN ZYL, Liezl. "Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood". *Journal of Medical Ethics*, 2000, núm. 26, págs. 404 a 409.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España". *Diario La Ley*, 2015, núm. 8457, págs. 1 a 15.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011". *Diario La Ley*, 2012, núm. 7815, págs. 1 a 15.

- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo". *Diario La Ley*, 2013, núm. 8162, págs. 1 a 14.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia". *Diario La Ley*, 2013, núm. 8055, págs. 1 a 14.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución". *Diario La Ley*, 2011, núm. 7608, págs. 1 a 17.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. 1ª edición. Granada: Comares, 2012. 174 págs. ISBN 9788498369694.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución «pueden» ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014". *Diario La Ley*, 2014, núm. 8415, págs. 1 a 13.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. "Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014". *Diario La Ley*, 2014, núm. 8309, págs. 1 a 14.
- VELARDE D'AMIL, Yvette. "Comentario de la sentencia de la Audiencia provincial de Valencia núm. 949/2011: no inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución". *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, 2012, núm. 3, págs. 61 a 70.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. "Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida". *Actualidad Civil*, 2007, Tomo I, núm. 10, págs. 1109 a 1124.
- VILAR GONZÁLEZ, Silvia. "Situación actual de la gestación por sustitución = Current state of surrogate motherhood". *RDUNED*, 2014, núm. 14, págs. 897 a 932.

- WILKINSON, Stephen. "The exploitation argument against commercial surrogacy". *Revista Bioethics*, 2003, vol. 17, núm. 2, págs. 169 a187.

ANEXOS

ANEXO I: DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN Y RECLAMACIÓN DE LA PATERNIDAD

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN Y RECLAMACIÓN DE LA PATERNIDAD

PAREJAS HETEROSEXUALES

- **CASADAS**
 - Padre: presunción de paternidad
 - Madre que quiere someterse a las TRHA, tanto si el padre da el consentimiento como si no → Hijo suyo.
 - Donante anónimo: No reclamación de paternidad por el donante → Padre el cónyuge.
- **NO CASADAS**
 - Filiación recae en el varón que ha consentido independientemente de que sea una procreación asistida homóloga o heteróloga → Filiación paterna se considera no matrimonial.

PAREJAS HOMOSEXUALES

- **DOS VARONES**
 - Filiación natural: imposible.
 - Casados y no casados → Filiación adoptiva: Acción de reclamación de la paternidad del padre biológico y posterior adopción del hijo por parte de la pareja.
- **DOS MUJERES**
 - Filiación natural: imposible.
 - Casadas: Mujer gestante acude al RC español para la determinación de la filiación a favor de su pareja → Filiación matrimonial.
 - No casadas: Adopción del bebé de su pareja → Filiación adoptiva.

PERSONAS SOLAS

- **MUJER:** determinación de la maternidad a su favor. El niño carece de padre legal.
- **HOMBRE:** determinación de la paternidad a su favor. El niño carece de madre legal.

ANEXO II: RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2009

8/6/2015 Resolución D.G.R.N. de 18 de febrero de 2009. Inscripción de nacimiento acaecido en California por medio de técnicas de «gestación por sustitución».

Resolución D.G.R.N. de 18 de febrero de 2009

RESUMEN:

Nacimiento: Solicitud de dos ciudadanos españoles de la inscripción de nacimiento de sus hijos acaecido en California mediante «gestación de sustitución». Valoración del interés superior de los menores. Estando la filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera y siendo españoles los «nacidos» de español o española, procede estimar el recurso y ordenar la inscripción en el Registro Consular.

HECHOS

Primero.-Mediante escrito presentado en el Registro Civil Consular de L. (Estados Unidos), Don I. y Don J., ambos ciudadanos españoles, solicitan la inscripción de nacimiento de sus hijos C. y M., nacidos en S. (Estados Unidos) el 24 de octubre de 2008 mediante "gestación de sustitución". Adjuntan como documentación: Certificados de nacimiento de los menores, certificados de nacimiento de los promotores, libro de familia de los interesados, que contrajeron matrimonio en V. el 30 de octubre de 2005.

Segundo.-El Encargado del Registro Civil Consular, mediante auto de fecha 10 de noviembre de 2008, deniega lo solicitado por los interesados, con invocación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, cuyo artículo 10.1 establece una categórica prohibición de la denominada "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, y cuyo artículo 10.2 establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, por tanto la mujer que da a luz, que en virtud de un contrato de gestación por sustitución que nuestro Derecho no reconoce como válido, será considerada como madre legal del niño.

Tercero.-Notificados los interesados, éstos interponen recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español.

Cuarto.-Notificado el recurso al Ministerio Fiscal, que no presenta alegación alguna al respecto, el Encargado del Registro Civil Consular remite el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-Vistos los artículos 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre de 1989; 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Consejo de Europa) hecho en Roma el 4 noviembre 1950; 14 y 39 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978; 7.3 y 10 de la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida; 9.4, 12.4, 12.6 y 17.1 del Código Civil; 323.2º de la Ley de enjuiciamiento civil; 2 de la Ley del Registro Civil; 81, 85, 86 y 88 del Reglamento del Registro Civil y las Resoluciones de 23 noviembre 2006 y de 25 septiembre 2006.

Segundo.-La inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de sujeto español acaecido en el extranjero puede tener lugar a través de la correspondiente declaración del sujeto (art. 168 del Reglamento del Registro Civil) o 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 por declaración, el Encargado del Registro deberá proceder a un control de legalidad de los hechos referidos en la declaración y de ésta misma. Para ello, el Encargado deberá aplicar las normas jurídicas pertinentes y si el supuesto presenta elementos extranjeros, deberá, en primer término, concretar la Legislación, española o extranjera, reguladora de dichos hechos y declaraciones. A tal efecto, el Encargado deberá aplicar inexcusablemente, las normas de conflicto españolas, que son aplicables de oficio (art. 12.6 del Código Civil). Es decir, en estos supuestos surge una cuestión de "Derecho aplicable" a ciertos hechos y declaraciones y ello exige la precisión de la Ley reguladora de los mismos a través de las normas de conflicto españolas.

Por el contrario, en el caso de inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido, la solución legal es completamente distinta. Una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las

certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Perspectiva metodológica que ha asumido nuestro legislador. En efecto, para estos supuestos, el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el art. 81 del Reglamento del Registro Civil. La certificación registral extranjera constituye una "decisión" adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. 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.

La aplicación del art. 81 del Reglamento del Registro Civil 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, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son sólo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una "decisión" por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación.

Tercero.-Con arreglo al art. 81 del Reglamento del Registro Civil, el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. En efecto, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil acoge otra perspectiva diametralmente opuesta: las certificaciones registrales extranjeras deben superar, naturalmente, un "control de legalidad", pero dicho control de legalidad 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. Esta solución es lógica y se explica por varias razones, que a continuación se exponen separada y sucesivamente, aunque todas tengan importancia similar o pareja.

En primer lugar, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría desconocer que cada Estado dispone de su propio Derecho y de su propio sistema de Derecho internacional privado, y que, como regla general, y en virtud del principio de exclusividad del Derecho internacional privado, las autoridades públicas de un Estado sólo aplican a la resolución de los casos internacionales que se les plantean, sus propias normas de Derecho internacional privado.

En segundo lugar, pero no en menor importancia, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría también un perjuicio muy notable para la seguridad jurídica, valor superior de un ordenamiento jurídico consagrado en el artículo 9 de la Constitución Española, en el contexto internacional. En efecto, un mismo caso podría ser resuelto de una manera distinta en Estados distintos, de modo que la situación jurídica válidamente creada y legalmente existente en un Estado resultaría inexistente y/o inválida en España. Ello no es deseable, pues las posiciones jurídicas de los particulares cambiarían de Estado a Estado, y se quebraría la coherencia de reglamentación de las situaciones privadas internacionales y su continuidad en el espacio, como ha subrayado recientemente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJUE de 2 de octubre de 2003, García Avello, y STJUE de 14 de octubre de 2008, Grunkin-Paul). Por otra parte, en el contexto internacional, la realización efectiva de la "tutela judicial" exige que la solución jurídica alcanzada en un Estado sea segura, estable y continua. Así, con carácter general, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el derecho a un proceso equitativo (art. 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 noviembre 1950) comprende el derecho de "acceso a un tribunal" y el derecho a una "ejecución efectiva de la decisión obtenida" (STEDH de 19 de marzo de 1997, caso Hornsby vs. Grecia). La tutela judicial efectiva exige evitar, hasta donde sea posible, las "decisiones claudicantes", inefectivas e inejecutables en el extranjero. Ello conduce a una clara conclusión: el Derecho internacional privado español se orienta, como regla general, hacia la admisión de los efectos jurídicos en España de las decisiones extranjeras para así ajustarse, como no puede ser de otro modo, a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución española) y al derecho a un "proceso equitativo" (art. 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 noviembre 1950).

En tercer lugar, a mayor abundamiento, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría igualmente para los particulares un elevado coste, pues les obligaría a volver a plantear la cuestión jurídica ante las autoridades españolas, de modo que la certificación registral extranjera no superaría el "cruce de frontera" y carecería de todo efecto jurídico en España. Con ello, además, la economía procesal sufriría un fuerte daño y se fomentarían los "dobles

procedimientos", lo que perjudicaría no sólo a los particulares, sino a los Estados implicados. Es por ello que el art. 81 del Reglamento del Registro Civil permite que las certificaciones registrales extranjeras puedan acceder al Registro Civil español, ya que de ese modo, se evitan dobles procedimientos y se respeta la economía procesal.

Cuarto.-El art. 81 del Reglamento del Registro Civil dispone que: "el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales". A tenor de dicho precepto, el documento extranjero debe satisfacer diversas exigencias legales para acceder al Registro Civil español. Tales exigencias legales conforman el control de legalidad requerido a las certificaciones registrales extranjeras. Dicho control de legalidad se compone de diversos requisitos.

En primer lugar, se exige que la certificación registral extranjera sea un documento "público", esto es, un documento autorizado por una autoridad extranjera. Con arreglo al art. 323.2º de la Ley de enjuiciamiento civil, un documento extranjero puede ser considerado como "público" cuando 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" (art. 323.2º de la Ley de enjuiciamiento civil) y siempre que se acompañe de la correspondiente legalización (art. 88 del Reglamento del Registro Civil) o apostilla. Debe recordarse que quedan eximidos de legalización los documentos cuya autenticidad le consta directamente al Encargado del Registro, o los que le han llegado por vía oficial o por diligencia bastante. En el presente caso, no cabe dudar, ni se ha dudado, de la autenticidad de la certificación registral extranjera, que se ha presentado con las exigencias formales exigidas por la legislación española. 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.

En segundo lugar, se requiere también que la certificación registral extranjera haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españolas. Así lo exige 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", como ha tenido ocasión de subrayar también este Centro Directivo (RDGRN de 23 de noviembre de 2006, RDGRN de 25 septiembre de 2006). Nada hay que dudar en el presente supuesto, en el que la autoridad registral californiana no se ha limitado a "dar fe" de unas manifestaciones de voluntad de los interesados, sino que ha intervenido en la constatación registral del nacimiento y de la filiación, con un grado de implicación sustancial y constitutivo, es decir, mediante un control del ajuste de los hechos y de los actos a la Ley aplicable. La constancia registral del nacimiento y de la filiación de los nacidos es el resultado de un proceso lógico jurídico y constitutivo llevado a cabo por la autoridad registral extranjera competente. Por tanto, puede afirmarse que, en el presente caso, la certificación registral californiana constituye una auténtica "decisión" y ello permite comprobar que el Registro Civil de California desarrolla funciones similares a las españolas.

En tercer lugar, se deduce del art. 81 del Reglamento del Registro Civil la necesidad de un control de legalidad del acto contenido en la certificación registral extranjera. Al Registro Civil español sólo acceden documentos en los que constan actos presumiblemente "válidos", lo que se acredita con la función de la calificación de la certificación extranjera presentada, que debe realizar el Encargado. No obstante, a tal efecto, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil no exige que se lleve a término una aplicación de las normas de conflicto españolas y de la Ley española o extranjera a la que conducen tales normas de conflicto españolas, como antes se ha adelantado. El art. 81 del Reglamento del Registro Civil no exige que la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera sea "idéntica" a la solución jurídica que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de las normas legales españolas, como tampoco se exige que la Ley extranjera designada por nuestras normas de conflicto presente un contenido "idéntico" al de las Leyes españolas (vid. art. 9.4 del Código Civil). Lo que exige el art. 81 del Reglamento del Registro Civil es que la certificación registral extranjera cumpla con determinadas exigencias imperativas ineludibles para que pueda tener "fuerza en España" y acceder, de ese modo, al Registro Civil español. Aparte de la exigencia de la competencia de la autoridad registral extranjera y del respeto, en su caso, de los derechos de defensa de los interesados, extremos de los que no cabe dudar en el presente caso, se exige, como no puede ser de otro modo, que la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español.

Quinto.-En relación con el ajuste al orden público internacional español de la certificación registral californiana presentada, debe subrayarse que dicha certificación registral extranjera no vulnera dicho orden público internacional. En efecto, dicha certificación no lesiona los principios jurídicos básicos del Derecho español que garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española. Es decir, la incorporación de esta certificación registral extranjera al orden jurídico español no daña los intereses generales, esto es, no perjudica la estructura jurídica básica del Derecho español y, por ello, tampoco lesiona la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad española. En consecuencia, la introducción en la esfera jurídica española de la

8/6/2015 Resolución D.G.R.N. de 18 de febrero de 2009. Inscripción de nacimiento acaecido en California por medio de técnicas de «gestación por sustitución... certificación extranjera presentada no altera el correcto y pacífico funcionamiento de la sociedad española, como estructura supraindividual, establecido por el legislador. En concreto, el ajuste de la certificación registral extranjera presentada al orden público internacional español se explica por los siguientes motivos.

En primer término, 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, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 de la Constitución española). Si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales.

En segundo término, 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 en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo (art. 7.3 de la Ley 14/2006). Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el art. 14 de la Constitución Española de 27 diciembre 1978.

En tercer lugar, el interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero y en la certificación registral extranjera a favor de dos mujeres o dos varones. En efecto, en el caso de rechazar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, podría resultar que los hijos, de nacionalidad española, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil. Ello vulnera el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (BOE núm.313 de 31 diciembre 1990), en vigor para España desde el 5 enero 1991, cuyo texto indica que: "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas." Denegar la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral extranjera vulnera también el citado precepto por cuanto el interés superior de los menores, recogido en el art. 3 de la citada Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño "la protección y el cuidado que [son] necesarios para su bienestar".

En cuarto lugar, debe recordarse que el "interés superior del menor" al que alude el antes citado art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 se traduce en el derecho de dicho menor a una "identidad única", como ha destacado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE 2 octubre 2003, caso G. A., STJUE 14 octubre 2008, caso G. -P.). Este derecho de los menores a una identidad única se traduce en el derecho de tales menores a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera. 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. Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea presenta un valor supracomunitario, ya que no se trata, meramente, de subrayar el derecho a la identidad única de los ciudadanos comunitarios, sino que se trata de una jurisprudencia que destaca el derecho a una identidad única referido a los menores. Ello encaja con el interés superior del menor recogido en el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989.

En quinto lugar, es preciso recordar que en el Derecho español, la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la "vinculación genética" entre los sujetos implicados, como se deduce el antes citado art. 7.3 de la Ley 14/2006, precepto que permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo. Por ello, no existen obstáculos jurídicos a la inscripción en el Registro Civil español de una certificación registral extranjera que establezca la filiación en favor de dos varones españoles.

En sexto lugar no cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley, fenómeno al que aluden el art. 12.4 del Código Civil para los casos internacionales y, en general, el art. 6.4 del Código Civil. Los interesados no han utilizado una "norma de conflicto" ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California. Y tampoco se puede estimar que los interesados hayan incurrido en el conocido como "Forum Shopping fraudulento" al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin

de eludir la Ley imperativa española. En efecto, la certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa estado de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible erga omnes. Dicho aspecto debe ser vinculado con el interés del menor, que es un interés "superior" (vid. de nuevo el citado art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989), de forma, modo y manera que dicho interés se impone sobre cualquiera otra consideración en juego, tal y como podría ser la represión de movimientos presuntamente fraudulentos a los que, por cierto, el auto recurrido denegatorio de la inscripción ni siquiera se ha referido. Y el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones.

En séptimo lugar, es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas (vid. art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Es indudable también que "la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto" (art. 10.2 de la Ley 14/2006). Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el "Derecho aplicable" a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español. Tampoco se pretende, de ningún modo, con la inscripción en el Registro Civil de la certificación registral californiana de nacimiento de los nacidos, la ejecución o el cumplimiento de un presunto contrato de gestación por sustitución. Es claro que la certificación registral californiana se expide a los solos efectos de acreditar la identidad de los nacidos, y establece una presunción de paternidad que puede ser destruida por sentencia judicial (California Family Code section 7611). Ahora bien, debe recordarse que la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana surte los efectos jurídicos señalados por las Leyes registrales españolas (vid. art. 2 Ley del Registro Civil). Por ello, cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de "cosa juzgada". Y debe también subrayarse que en la certificación registral expedida por las autoridades californianas no consta en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución. En la disyuntiva de dejara unos menores que son indudablemente hijos de ciudadano español (art. 17.1 del Código Civil) sin filiación inscrita en el Registro Civil y admitir una situación de no certeza en la filiación de los menores en la que dichos menores cambiarían de filiación cada vez que cruzan la frontera de los Estados Unidos con destino a España y viceversa, lo que vulneraría el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, o de permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación determinada en virtud de la certificación californiana, siempre es preferible proceder a dicha inscripción en nombre del "interés superior del menor".

Sexto.-Debe por último recordarse que los menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española con arreglo al art. 17.1.a) del Código Civil, ya que son españoles de origen los nacidos de español o española. El precepto citado se refiere a los "nacidos" de padre o madre españoles y no a los "hijos" de padre o madre españoles. Se trata ésta de una precisión legal extraordinariamente importante incorporada por la Ley 18/1990 de 17 diciembre 1990 sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad. En efecto, según el criterio *yus sanguinis* acogido en el art. 17.1.a) del Código Civil son españoles los hijos de españoles. Pero ello plantea un "problema circular". En efecto, cuando no está acreditada la filiación del hijo se podría producir un "círculo vicioso" o situación de "doble espejo", pues es necesario saber qué "filiación" ostenta el sujeto para determinar si ostenta o no ostenta "nacionalidad española", mientras que es necesario también saber qué "nacionalidad" ostenta el sujeto para saber cuál es su "filiación" (art. 9.4 del Código Civil), es decir, quiénes son sus padres. Pues bien, el art. 17.1 a) del Código Civil utiliza la expresión "nacidos" de padre o madre españoles, porque con dicha expresión deshace el *circulus inextricabilis* y rompe el "doble espejo". El art. 17 Ce. 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 ello, para considerar "nacido" de español a un individuo, basta que consten "indicios racionales de su generación física por progenitor español". Por ejemplo, por posesión de estado o inscripción en el Registro Civil (RDGRN de 7 de mayo de 1965, RDGRN de 4 febrero de 1966, RDGRN de 29 de diciembre de 1971, RDGRN de 19 de diciembre de 1973, RDGRN de 11 de agosto de 1975, RDGRN de 19 de enero de 1976, RDGRN de 11 de abril de 1978, RDGRN de 7 de mayo de 1980, RDGRN de 5 de marzo de 1986, RDGRN de 28 de octubre de 1986 y Circular DGRN de 6 junio de 1981). En este caso, pues, no es precisa la determinación legal de la filiación de los "nacidos", con lo que no es necesario recurrir al art. 9.4 del Código Civil y a la Ley nacional del "nacido" para acreditar de quién es "hijo". En consecuencia, al tratarse en el presente caso de la inscripción del nacimiento y filiación de sujetos españoles al ser nacidos de progenitor español, procede su acceso al Registro Civil español (art. 15 de la Ley del Registro Civil).

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, que procede:

1.º Estimar el recurso y revocar el auto apelado.

8/6/2015 Resolución D.G.R.N. de 18 de febrero de 2009. Inscripción de nacimiento acaecido en California por medio de técnicas de «gestación por sustitución...

2.º Ordenar que se proceda a la inscripción, en el Registro Civil Consular, del nacimiento de los menores C. y M., que consta en la certificación registral extranjera presentada, con las menciones de filiación constantes en la certificación registral aportada, de la que resulta que son hijos de Don I. y de Don J.

ANEXO III: SJPI DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010

Juzgado de Primera Instancia N.º. 15 de Valencia, Sentencia de 15 Sep. 2010, proc. 188/2010

Ponente: Tabernero Moreno, Esteban.

Nº de Sentencia: 193/2010

Nº de Recurso: 188/2010

Jurisdicción: CIVIL

Diario La Ley, Nº 7526, Sección La Sentencia del día, 13 Dic. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY

LA LEY 152885/2010

No pueden inscribirse como hijos de un matrimonio homosexual español los nacidos en Estados Unidos de vientre de alquiler

REGISTRO CIVIL. INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO. De dos menores nacidos en Estados Unidos a través de gestación por sustitución, mediante la aportación de certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación de los nacidos. No pueden inscribirse como hijos de un matrimonio homosexual español. Aplicación de la normativa española que prohíbe la gestación por sustitución (art. 10 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Dado que el encargado del Registro Civil Consular debe, de acuerdo con el art. 23 LRC, examinar la legalidad conforme a la ley española del certificado extendido en Registro extranjero con carácter previo a su inscripción en el Registro Civil español, al estar prohibida en España la gestación por sustitución debe impedirse el acceso al Registro de la inscripción así intentada.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia estima la demanda formulada por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la DGRN que ordenó la inscripción en el Registro Civil Consular, como hijos de un matrimonio homosexual español, de unos menores nacidos en Estados Unidos mediante gestación por sustitución, y deja sin efecto la inscripción practicada, debiendo procederse a su cancelación.

Texto

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO - 000188/2010

SENTENCIA N.º 193/10

JUEZ QUE LA DICTA: D/D.ª ESTEBAN TABERNERO MORENO

Lugar: VALENCIA

Fecha: quince de septiembre de dos mil diez.

PARTE DEMANDANTE: MINISTERIO FISCAL

PARTE DEMANDADA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.

Abogado: ABOGADO DEL ESTADO

LUIS y FERNANDO

Abogado: MATA GÓMEZ, MANUEL

Procurador: BALLESTEROS NAVARRO, ANA MARÍA

OBJETO DEL JUICIO: JUICIO ORDINARIO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado el conocimiento de la demanda formulada por el demandante expresado, sobre la base del relato de hechos que se contiene en su escrito, y terminó por suplicar al Juzgado que previos los oportunos trámites procesales se dicte en su día Sentencia en los términos que resultan del contenido del suplico del escrito de demanda.

SEGUNDO.- Por auto se admitió a trámite la demanda por los trámites del juicio ordinario, acordado emplazar a la parte demandada por término de veinte días, con apercibimiento de rebeldía, compareciendo en tiempo y forma oponiéndose a la demanda y solicitando el dictado de una sentencia desestimatoria.

TERCERO.- Convocadas las partes a la audiencia previa que regulan los arts. 414 y siguientes de la LEC, se celebró el día señalado, compareciendo ambas y ratificándose en sus respectivos escritos de demanda y contestación, proponiendo la prueba que estimaron oportuna.

CUARTO.- Citadas las partes ajuicio, comparecieron el día señalado, practicándose toda la prueba propuesta y quedando los autos seguidamente conclusos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De la prueba, estrictamente documental, aportada en los presentes autos *ha quedado acreditado que con fecha 7 de Noviembre de 2008 Luis y Fernando, de nacionalidad española y cónyuges desde Octubre de 2005 acudieron a inscribir en el registro consular de España en Los Ángeles el nacimiento de los recién nacidos Alejandro y Diego, como hijos del matrimonio por ellos formado*, adjuntando para tal fin una serie de documentación no aportada en autos, pero que viene reflejada en el auto denegatorio de la inscripción aportado como documento 3 de la demanda consistente en certificados de nacimiento del condado de San Diego en los que constan Luis y Fernando como padres de los nacidos, certificado literal de nacimiento de los interesados, libro de familia de los interesados y fotocopia de pasaporte y DNI de los mismos, adjuntando a todo ello la hoja de declaración de datos preceptiva para practicar la inscripción.

Con fecha 10 de noviembre de 2008 *el canciller encargado del registro civil consular dictó auto acordando denegar la inscripción alegando básicamente que los menores cuya inscripción se solicitaba eran consecuencia de «gestación por sustitución» prohibida por la legislación española debiéndose considerarse (sic) la gestante como madre legal del niño.*

Con fecha 25 de noviembre de 2008 *Luis y Fernando interpusieron recurso contra dicho auto que fue resuelto por la DGRN con fecha 18 de febrero de 2009, estimando el recurso, revocando el auto y mandando se proceda a la inscripción de los menores Alejandro y Diego en el registro civil consular como hijos de Luis y Fernando.*

Esta resolución de la Dirección General es objeto de impugnación por parte del ministerio fiscal interponiendo la demanda que pone inicio a este procedimiento.

SEGUNDO.- La DGRN inicia su argumentación partiendo de que existen dos vías para la inscripción en el RC del nacimiento de un español en el extranjero, la vía declarativa recogida en el artículo 168 del RRC» El Encargado, antes de inscribir, exigirá el parte adecuado, y no obteniéndolo o siendo contradictorio a la información del declarante, comprobará el hecho por medio del Médico del Registro Civil o su sustituto, que ratificará o suplirá el parte exigido.

El Médico del Registro Civil o sustituto más cercano que resida en población situada a más de dos kilómetros podrá excusar su asistencia y la comprobación se diligenciará en acta separada en virtud de la información de dos personas capaces que hayan asistido al parto o tengan noticia cierta de él.

En los Registros consulares, en defecto de parte adecuado del Médico de cabecera, se acudirán a la información supletoria a que se refiere el párrafo anterior.» O el acceso al registro mediante la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación.

Es claro que *nos encontramos ante un supuesto de inscripción en el Registro Civil español por aportación de una certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación de los nacidos*, para situaciones como ésta según se argumenta en el recurso de la DGRN la legislación prevé el mecanismo técnico específico que debe aplicarse que es el recogido en el artículo 81 del RRC

«El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho del que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales»

La aplicación de este procedimiento implica según la DGRN que no puedan aplicarse las normas españolas de conflicto de leyes y concretamente el artículo 9.4 del 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.» Y en su consecuencia tampoco resulta de aplicación la ley 14/ 2006 de técnicas de reproducción humana asistida y en concreto su artículo 10 relativo a la gestación por sustitución.

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.»

Entiende la Dirección General que en supuestos como éste, el control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras debe abarcar en primer lugar la comprobación de que se trate de un documento público autorizado por una autoridad extranjera, en segundo lugar que la certificación hubiese sido emitida por una autoridad registral que desempeñe funciones equivalentes a las sus respectivas españolas, en atención a lo establecido en el artículo 85 del RRC «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.

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.»

Asume la DGRN que dicho artículo exige un control de legalidad pero que éste se circunscribe a comprobar que al registro accedan documentos en los que consten actos presumiblemente válidos lo que se acredita de la función de calificación que debe realizar el encargado pero el control de legalidad no abarca el examen de si la solución jurídica en el contenida es idéntica a la que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de las normas españolas.

Da por sentado la DGRN que la certificación registral californiana cumple escrupulosamente con los requisitos formales para la inscripción y por lo tanto el único escollo que debe salvar para su inscripción es que «no produzca efectos contrarios al orden público internacional español», procediendo en los siguientes párrafos a justificar porque no vulnera dicho orden público, al entender que no vulnera la estructura básica y fundamental de la sociedad española, al estar admitida la filiación a favor de dos varones en los casos de adopción, al permitir la filiación a favor de dos mujeres, por lo que no permitirlo a favor de dos hombres sería discriminatorio, al deberse actuar en interés del menor debiéndose impedir que estos queden sin filiación inscrita etc. Acabando en su párrafo siete «declarando inaplicable al presente caso el artículo 10.1 de la ley 14/2006 puesto, que el encargado del registro no esta procediendo a determinar una filiación sino que lo que determina es si una filiación ya determinada puede acceder al registro.

En resumen la DGRN tras examinar el contenido del recurso contra el auto denegatorio de la inscripción estima plenamente el mismo, recogiendo punto por punto los argumentos del propio recurso no solo en cuanto a su argumentación sino, transcribiendo párrafos enteros del escrito de recurso que hace suyos en su totalidad. La conclusión a la que recurso y resolución al unísono llegan es que al cumplirse con los requisitos formales y no vulnerarse el orden público internacional español, debe precederse a la inscripción y ello con independencia de que «los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las leyes españolas» y que la filiación de los hijos así nacidos será determinada por el parto, pues este precepto no es aplicable en este caso pues no se trata de determinar la filiación de los nacidos sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de una certificación registral extranjera puede acceder al registro Civil español.

TERCERO.- Así pues la cuestión que debe examinarse en primer lugar para resolver esta impugnación es, si resulta o no aplicable al presente supuesto el artículo 10 de la ley 14/2006, para ello debe determinarse cuales son los requisitos que debe cumplir la resolución registral extranjera para tener acceso a nuestro registro, no existe duda alguna que debe examinarse que se trate de un documento público autorizado por una autoridad extranjera y que esta autoridad desempeñe funciones equivalentes a las de los registros civiles españoles, es decir comprobaciones meramente formales, que en este caso se cumplen por el certificado en virtud del cual se insta la inscripción.

La discrepancia se centra en el alcance del examen de fondo de la resolución, a este respecto la DGRN fundamenta jurídicamente su argumentación en el artículo 81 del RRC obviando que dicho reglamento desarrolla y completa un texto como es la LRC de evidente valor mayor normativo y que en dicha ley y en su artículo 23 se establece:

«Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe.

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.»

La dicción literal de este artículo otorga una nueva perspectiva a la argumentación que efectúa la DGRN respecto a la no aplicabilidad de la ley 14/2006.

Para que pueda practicarse la inscripción en el registro español de una certificación extendida por un registro extranjero es necesario en primer lugar que se compruebe por el encargado del registro la realidad del hecho inscrito, ello implica no ya solo un control formal de la certificación, sino que por el encargado no se tenga duda de que lo establecido en la certificación es real, en este caso el encargado del registro debería verificar que realmente ambos solicitantes son los padres de los menores cuya inscripción se pretende, ello que al menos formalmente es cierto pues así consta en la certificación californiana, no lo es, ni puede serlo a efectos materiales pues biológicamente resulta imposible, surge con ello la existencia de la duda sobre la realidad del hecho inscrito, pero todavía queda un segundo examen por parte del encargado del registro, examinar si la inscripción que se pretende es conforme con la ley española, el legislador no utiliza aquí expresiones genéricas como el orden público, ni siquiera un término un poco más concreto como legislación u ordenamiento jurídico español, expresamente se refiere a que al deber del encargado del registro es examinar si la certificación que se presenta es legal conforme a la ley española, es decir que caso de que el hecho hubiera ocurrido en España se consideraría legal, es en este contexto y no en el genérico y abstracto del orden público internacional español donde debe examinarse si resulta o no de aplicación la ley 14/2006.

La posición mantenida de forma permanente por la DGRN en multitud de resoluciones sobre cuestiones de nacimiento viene recogida y valga por todas en la resolución 19 de noviembre de 2008, con idéntico contenido, 24 de febrero de 2009 o 30 de enero de 2009 «Para que un nacimiento acaecido en el extranjero pueda inscribirse en el Registro Civil español es necesario que afecte a algún ciudadano español, pudiendo prescindirse de la tramitación del expediente de inscripción fuera de plazo cuando se presente certificación del asiento extendido en un Registro extranjero, «siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española (art. 23, II, LRC) y siempre que el Registro extranjero» 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» (art. 85,1, RRC).

No existe duda de que la ley 14/2006 es una ley española y por lo tanto el encargado de registro viene compelido por este artículo 23 a examinar si la certificación extranjera vulnera el contenido de esa ley y por lo tanto para resolver esta cuestión debe examinarse si existe o no vulneración de la misma.

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

La primera cuestión que se plantea es si nos encontramos ante un supuesto de gestación por sustitución, como se ha expresado al principio la documental aportada se limita a las certificaciones y testimonio de las resoluciones dictadas, no se aporta ni se plantea prueba sobre la existencia o no de esa gestación por sustitución, ello no obstante, es el presupuesto del que se parte tanto en el auto como en el recurso y resulta asumido por las partes, que en ningún momento niegan que nos encontramos ante un supuesto de esa naturaleza, la defensa de Luis y Fernando, argumenta en su contestación que lo que se insta por la fiscalía es que el juzgado efectúe un control de legalidad sobre unos documentos que no se encuentran aportados al procedimiento, esa no es la naturaleza de este procedimiento cuyo objeto es el control de legalidad no de, los certificados sino de la resolución de la DGRN, y dado que la Dirección General partera la vista del expediente y como postulado de que nos encontramos ante un supuesto de gestación por sustitución, argumentando en base a ese hecho su resolución, no puede entenderse que eso sea un hecho

controvertido.

En el recurso interpuesto ante la DGRN se subraya que en la certificación registral no se hace consta en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución, que en la certificación nada conste no implica que esta no fuese la vía de generación de los bebés, como implícitamente es reconocido a través de todo el proceso, por lo tanto debe partirse de esta realidad.

El artículo 10 establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución con independencia de que medie o no precio, es verdad, tal como argumenta el abogado del estado, que la declaración de nulidad del contrato no lleva aparejada en dicho texto legal sanción administrativa alguna ni la celebración del mismo tiene trascendencia penal pero ello significa simplemente que el acuerdo de voluntades que supone el contrato no tiene sanción, pero no implica que no tenga trascendencia jurídica alguna, no ya la celebración en sí mismo, sino su resultado, los hijos nacidos por gestación de sustitución, expresamente establece la ley, que su filiación será determinada por el parto, es decir que la filiación del menor así engendrado se otorga por disposición de la ley a la madre que lo ha dado a luz, lo que supone que la ley española prohíbe expresamente que la filiación en casos de gestación por sustitución no se inscriba a favor de persona que lo ha parido, en conclusión la legislación española prohíbe la gestación por sustitución y puesto que el encargado del registro civil consular debe conforme al artículo 23 de la LRC examinar la legalidad conforme a la Ley española del certificado extendido en Registro extranjero con carácter previo a su inscripción en el Registro Civil español, al estar prohibida en España la gestación por sustitución debe impedirse el acceso al registro de la inscripción así intentada.

CUARTO.- El primer argumento que esgrime la resolución de la DGRN justificando que la inscripción no vulnera el orden público internacional español se formula en forma de silogismo, 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, 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.

Se alega en segundo lugar que no permitir la inscripción de la filiación por naturaleza en el registro civil a favor de dos varones, con el argumento de que se trata de sujetos del mismo sexo, resulta hoy insostenible por discriminatorio, pero la no procedencia de la inscripción no nace de que los solicitantes sean varones, sino de que los bebés nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, esta consecuencia jurídica le sería aplicable en el mismo supuesto tanto a una pareja de varones, como de mujeres, hombre o mujer sola o pareja heterosexual, pues la ley no distingue en estos supuestos de sexos sino que el hecho determinante es la forma del alumbramiento, 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, como ocurrió en Francia en un supuesto similar, pero, en este caso se trataba de un matrimonio francés heterosexual, el matrimonio X, al que se denegó la inscripción de unas gemelas en el consulado francés en Los Ángeles, por la existencia de sospechas de gestación por sustitución, al no aportarse pruebas del parto por parte de la esposa, por lo tanto no puede entenderse que se trate de una resolución discriminatoria,

En tercer lugar se argumenta que el interés superior del menor aconseja la inscripción en el RC 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 el fin no justifica los medios, el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia y que los hijos consten a nombre de sus Luis y Fernando, 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.

La siguiente indicación parte de la afirmación de que no existe obstáculo jurídico para que se proceda a la inscripción a favor de dos varones españoles, este argumento resulta reiterativo y ya se ha razonado que resulta indiferente que se trate de dos varones y que si que existe obstáculo jurídico para proceder a esta inscripción, la aplicación del artículo 10 de la ley 14/2006 al amparo del artículo 23 de la LRC.

El último de los argumentos es la ausencia de forum shopping fraudulento por parte de los interesados, sin entrar a valorar el carácter fraudulento o no de la acción lo que es claro es que nos encontramos ante un matrimonio español que acuden a California, Estado Americano que junto con otros del mismo país y unos cuantos países mas del mundo (Bélgica, Rusia, India etc.) en los que es legal la gestación por sustitución, a diferencia de en España, la única justificación posible a su acción es clara son conocedores que en España la gestación por sustitución esta prohibida y que de producirse el alumbramiento en este país no podrían inscribir a los nacidos como hijos naturales de ambos, es por ello y no por otra razón por la que acuden a California con el conocimiento de que allí esta permitido y que allí los bebés podrán ser inscritos en su registro civil como hijos naturales de ambos, pero también son conocedores que los registros españoles ponen trabas a la inscripción tal como ellos la pretenden, ello no obstante asumen el riesgo y actúan con conocimiento de que en cualquiera de las sucesivas instancias hasta la presente e incluso venideras su voluntad de proceder a inscribir a los nacidos como hijos naturales de ambos podía ser desestimada, pasando de una cuestión de probabilidad a absoluta certeza caso de que el nacimiento se hubiese producido en España, es por ello por lo que deciden acudir a EEUU, asumiendo con ello la consecuencia que su decisión conlleva.

QUINTO.- Un supuesto con cierto parecido al que aquí es tratado es el acceso al registro civil de los matrimonios entre personas del mismo sexo contraídos en el extranjero con anterioridad a la Ley 13/2005, estos matrimonios hasta la entrada en vigor de la ley tenían vedado el acceso al registro, dictándose tras su entrada en vigor la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 de la DGRN en la que se resuelve el reconocimiento en España de los matrimonios celebrados en el extranjero entre españoles o entre españoles/as y extranjeros/as del mismo sexo antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio.

En países como Colombia la edad mínima exigida a una mujer para contraer matrimonio es de 12 años, y por lo tanto un matrimonio allí celebrado entre una menor y un español no tendría acceso al registro civil español, del mismo modo que ocurre con los matrimonios poligámicos legales en otros países pero no inscribibles en los registros españoles.

La propia DGRN, en Resolución, 5-6-2006, de 28 agosto 2006 establece «Pero es que, además, la reciente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, mantiene en esta materia de la determinación legal de la filiación el mismo esquema y contenido normativo que el que ya figuraba en la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de forma que tan sólo contempla la posibilidad de que la filiación concurrente con la de la madre usuaria de las técnicas de fecundación asistida, sea la del marido o varón no casado con la madre que la consiente, tanto en el caso de que se utilicen gametos procedentes de este último como en el caso de la utilización de material reproductor procedente de donante anónimo, sin que este Centro Directivo pueda ir por vía de interpretación más allá de lo recientemente decidido y aprobado por el legislador»

En conclusión procede estimar la demanda interpuesta por el ministerio fiscal impugnando la resolución de la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009 y en su consecuencia dejar sin efecto la inscripción por ella realizada.

SEXTO.- Respecto a las costas el art. 394.1 de la LEC establece que «En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares».

Siendo totalmente estimatoria la presente demanda a las pretensiones de la actora procede condenar a la demandada al pago de las mismas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso.

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el ministerio fiscal contra la resolución de la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009 debo dejar sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro Civil Consular de Los Angeles de los menores Luis y Fernando con las menciones de filiación de la que resulta que son hijos de Luis y Fernando y en su consecuencia debe procederse a la cancelación de la inscripción.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de VALENCIA (artículo 455 LEC y DA 15.ª LO 1/2009)).

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de CINCO DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (artículo 457.2 LEC), para la preparación deberá acreditarse haber consignado 50 € en la cuenta del Juzgado, nº 4486, indicándose siempre el concepto que se trata de «recurso», seguido del código «02 civil-apelación». Se han de realizar tantos ingresos diferenciados como resoluciones a recurrir.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Diligencia.- Seguidamente se publica la Sentencia. Doy fe.

I. DISPOSICIONES GENERALES

MINISTERIO DE JUSTICIA

15317 *Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.*

La Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece en su artículo 10.1 que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Para estos casos, en el párrafo segundo de dicho precepto se prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Esta previsión legal contempla la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica, por los medios ordinarios regulados en nuestra legislación, permitiendo la inscripción del menor en el Registro Civil. En efecto, el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna. Las acciones a las que se refiere el precepto referido son las generales de determinación legal de la filiación, reguladas en los artículos 764 y siguientes de la LEC, siendo competentes los Tribunales españoles, en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pese a que, como se ha indicado, la legislación española regula otras vías legales que permiten la atribución de paternidad del nacido, ante esta Dirección General ciudadanos españoles han interpuesto recurso contra resoluciones de distintos encargados de Registros civiles consulares, que deniegan la inscripción del nacimiento de niños nacidos en el extranjero de madres gestantes que, en virtud de un contrato de gestación de sustitución, han renunciado a su filiación materna.

Esta Dirección General ya dictó una Resolución fechada el 8 de febrero de 2009 en la que se ordenaba la inscripción en el Registro Civil de un nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución. La inscripción registral practicada en ejecución de la referida Resolución ha sido recurrida en sede judicial.

Atendiendo a 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, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida. Dicha protección constituye el objetivo esencial de la presente Instrucción, contemplado desde una perspectiva global, lo que comporta, al menos, abordar tres aspectos igualmente importantes: en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

Junto a los del menor, deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres.

Dentro de las competencias de ordenación y dirección que ostenta la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los Registros civiles en virtud de las atribuciones que le confiere el artículo 9 de la Ley del Registro Civil y 41 del Reglamento del Registro Civil, mediante la presente Instrucción se fijan las directrices para la calificación de los Encargados del Registro Civil en relación con las solicitudes de inscripción de nacimiento formuladas por ciudadanos españoles, de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución. A estas directrices deberá ajustarse la práctica registral en esta materia en beneficio de su conveniente uniformidad y de la deseable seguridad jurídica.

Para garantizar la protección de dichos intereses, la presente Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente. La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar 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 o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.

El requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución. Con la presente Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.

En relación con el reconocimiento de la resolución que determina la filiación del menor, dictada por Tribunal extranjero, la presente Instrucción incorpora la doctrina plenamente consolidada por el Tribunal Supremo. De acuerdo a esta doctrina, serán de aplicación los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881, preceptos que mantuvieron su vigencia tras la entrada en vigor de la LEC 2000, en virtud de los cuales, será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el artículo 955 de la LEC 1881 tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas, fiscales, administrativas y del orden social. No obstante, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones, que su inscripción no queda sometida al requisito del exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.

En definitiva, si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el exequátur de ésta de acuerdo a lo establecido en la LEC. Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción.

En los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por exequátur, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana y artículos 764 y siguientes de la LEC.

En consecuencia, esta Dirección General, en ejercicio de las competencias que le vienen atribuidas por el artículo 9 de la Ley del Registro Civil, 41 de su Reglamento y 7 del Real Decreto 1125/2008, de 4 de junio, ha acordado establecer y hacer públicas las siguientes directrices:

Primera.-1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.

3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:

a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.

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

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, 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.

e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Segunda.-En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Madrid, 5 de octubre de 2010.-La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.

ANEXO V: SAP DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011

Consejo General
del Poder Judicial



BOLETÍN

Roj: SAP V 5738/2011 - ECLI:ES:APV:2011:5738
Id Cendoj: 46250370102011100707
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Valencia
Sección: 10
Nº de Recurso: 949/2011
Nº de Resolución: 826/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: CARLOS ESPARZA OLCINA
Tipo de Resolución: Sentencia

ROLLO Nº 000949/2011

SECCIÓN 10ª

SENTENCIA 826-11

Ilustrísimos Sres.

Presidente: D. JOSÉ ENRIQUE DE MOTTA GARCÍA ESPAÑA

Magistrados/as:

Dª Mª PILAR MANZANA LAGUARDA

D. CARLOS ESPARZA OLCINA

En Valencia a veintitrés de noviembre de dos mil once

Vistos ante la Sección Décima de la Iltra. Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación, los autos de Juicio Ordinario nº 000188/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, entre partes, como apelantes, D, Porfirio Y D. Segismundo , representados por la Procuradora DB ANA MARÍA BALLESTEROS NAVARRO y defendidos por el Letrado i). MANUEL MATA GÓMEZ y como apelados: MINISTERIO FISCAL y el MINISTERIO DE JUSTICIA- DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, representado por Letrado -Abogado del Estado-.

- Es ponente el Humo. Sr. Magistrado D. CARLOS ESPARZA OLCINA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En dichos autos por el filmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, en fecha 15-09-2010. se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el ministerio fiscal contra la resolución de la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009 debo dejar sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro civil Consular de Los Ángeles de los menores Angel Daniel y Arturo con las menciones de filiación de la que resulta que son hijos de Porfirio y Segismundo y en su consecuencia debe procederse a la cancelación de la inscripción".

SFGUNDO.- Contra dicha Sentencia por la representación procesal de la parte demandada D. Porfirio y D. Segismundo se interpuso recurso de apelación, y verificados los oportunos traslados a las demás partes para su oposición al recurso o impugnación a la sentencia se remitieron los autos a esta Secretaría donde se formó el oportuno rollo, señalándose el día 21-11-11 para la deliberación, votación y fallo del recurso, sin celebración de vista, al no haberse considerado necesaria ésta ni instado por las partes el recibimiento del pleito a prueba.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Los demandados interponen recurso de apelación contra la sentencia dictada por el juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia el día 15 de septiembre de 2.010. que dejó sin efecto la inscripción de



nacimiento ordenada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de los menores Ángel Daniel . y Arturo ., nacidos el día 24 de octubre de 2.008. con las menciones de filiación de la que resulta que son hijos de los demandados, y acordó la cancelación de la mencionada inscripción.

Los hoy demandados, dos varones españoles casados entre sí el día 30 de octubre de 2.005 en Alboraya (Valencia), lograron en virtud de la resolución citada la inscripción en el Registro Civil de la filiación descrita mediante la presentación de un los certificados de nacimiento expedidos por el Condado de San Diego, situado en el Estado de California en los Estados Unidos de América, en los que ambos demandados figuran como padres de los nacidos: los menores nacieron como consecuencia de la llamada gestación por sustitución, que 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. En relación con dicho contrato, establece el artículo 10 de la ley 14/2.006 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. " Se trata en consecuencia 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 1.957 que dice: "Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley por declaración en la forma que ella prescribe. 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. " 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 14/2.006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, que como se ha dicho, declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución; ni el artículo 85 del Reglamento del Registro Civil ("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, cu 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 falla de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente, ") ni tampoco el artículo 81 de la misma norma aprobada por Decreto do 14 de noviembre de 1.958, ("El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los tratados internacionales") pueden ser invocados para contrariar los dispuesto con claridad por el precepto legal transcrito, en virtud del principio de jerarquía normativa reconocido en el artículo 9-3 de la Constitución, Por tanto, previamente a acordar su inscripción la certificación extranjera tiene que superar un control de legalidad, como ha afirmado la Dirección General de los Registros y del Notariado (resoluciones de 18/12/2000, 28/4/2008. 9/2/2009. 19/2/2009 y 27/2/2009 y otras muchas), que deriva del artículo 23 de la Ley del Registro Civil y del artículo 85 de su Reglamento.

SEGUNDO.- También desde el punto de vista del llamado método del reconocimiento de las decisiones extranjeras, adoptado por la parte recurrente, que implica la consideración de las certificaciones registrales extranjeras como auténticas decisiones susceptibles de ser incorporadas al ordenamiento español, con los efectos en cada caso pertinentes, y que resultan de la aplicación de la norma de conflicto propia del Estado de origen, existen importantes obstáculos a la inscripción en Registro Civil español de la filiación pretendida, aun sin exigir, como preconiza este método, que la decisión extranjera coincida con la que se hubiera adoptado aplicando el Derecho español. Estos obstáculos radican en la infracción por la certificación registral californiana del orden público internacional español (tal como prescriben para sus respectivos ámbitos los artículos 954-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 y el artículo 23 do la ley de Adopción Internacional y 34-1 del Reglamento 44/2001); y vienen a coincidir 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 la propia dignidad de la persona. principios reflejados, además de



en el artículo 10-1 de la Constitución, en su artículo 15, que reconoce el derecho a la integridad moral, el artículo 39-2 de la misma norma fundamental, que proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil, 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. Incluso puede considerarse al artículo 10 de la ley 14/2006 como una norma de policía, en el sentido del artículo 9-1 del Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: "una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, basta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación".

TERCERO.- Precisamente estos aspectos altamente problemáticos han llevado a la propia Dirección General de los Registros y del Notariado a dictar la instrucción de 7 de octubre de 2.010, que establece la posibilidad de la inscripción del nacimiento de menores en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución mediante la presentación de una resolución judicial en la que se determine la filiación del nacido, o si la resolución judicial tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, mediante el reconocimiento incidental ante el encargado del Registro, siempre previa la constatación de que se ha respetado el interés del menor y los derechos de la madre contratante gestante, así como que conste su identidad, además de otros requisitos de carácter formal y procesal. Por cierto que aunque se dice que la certificación californiana ha sido expedida por orden de una previa decisión judicial, lo cierto es dicha resolución judicial no consta en este procedimiento, ni tampoco la identidad de la madre gestante, por lo que no es posible aseverar, como hacen los apelantes, que conforme a la nueva Instrucción la filiación californiana de los menores se inscribiría en el Registro Civil español. La entidad de los obstáculos al reconocimiento de la decisión registral extranjera en España es más relevante en un supuesto como el presente en el que la conexión previa de los demandantes con Estado de origen que ha dictado la decisión es inexistente, porque los dos son ciudadanos españoles que buscaron la jurisdicción extranjera mediante la suscripción de un contrato de gestación por sustitución que posibilitó a las autoridades de California determinar la filiación de los menores nacidos allí aplicando sus propias normas de conflicto, huyendo tanto de la aplicación de la norma de conflicto española, como de los más exigentes requisitos que establecen otras legislaciones que admiten el contrato de gestación por maternidad subrogada: no puede decirse por ello que los demandados hayan utilizado una norma de conflicto para eludir una ley imperativa española, como prevé el artículo 12-4 del Código Civil, sino que simplemente, hay indicios consistentes para pensar que han huido de ella, poniendo la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas mediante el desplazamiento a aquel Estado y la suscripción allí de un contrato permitido según la ley de California, que tiene por objeto además una materia, como es la filiación y el estado civil, caracterizado por la indisponibilidad.

CUARTO.- No es aceptable tampoco el que la sentencia recurrida implique 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 (Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta 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.) 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; por otro lado, en el supuesto de que una pareja de mujeres acudiera a la gestación por sustitución también le sería aplicable la prohibición, de modo que la misma no implica una discriminación por razón de sexo, sino que se fundamenta en la modalidad utilizada para la procreación de los menores, que la ley española considera nula; lo contrario supondría afirmar la inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 14/2006, lo que no se ha hecho, ni como se ha dicho, tendría suficiente base jurídica.

No se acepta por este Tribunal la equiparación entre el supuesto que nos ocupa y los casos de instituciones no admisibles en el Derecho español, que sin embargo producen determinados efectos derivados de ellas, como es el caso de la poligamia, que puede dar lugar a la percepción de pensiones de viudedad, (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2/4/2002.) porque en el caso presente, lo que se solicita es la inscripción en el Registro Civil de algo mucho más vinculado al contrato prohibido, como es la filiación a que da lugar, mientras que el caso citado más arriba, se reconocen en España unos efectos considerablemente más alejados de la esencia de la institución prohibida. No se admite en consecuencia, que como dicen los apelantes, la filiación sea sólo "una consecuencia última y periférica de dicho contrato", sino



que constituye su causa para los comitentes y el objeto de la prestación de la madre gestante, conforme al artículo 1.274 del Código Civil español, y por ello, un elemento esencial del mismo.

QUINTO.- Es cierto que toda resolución que afecte a los menores de edad debe tener como guía el principio del interés del menor tanto por aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1.959, que proclama este principio en su artículo 3, como por aplicación del artículo 39 de la Constitución española o de las disposiciones de la Ley Orgánica 1/1.996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, así como de las normas concordantes del Código Civil, pero 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 (artículo 10 de la Ley 14/2.006 y artículos 175 y siguientes del Código Civil). Además, 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. La misma consideración puede hacerse respecto del respeto a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1.950. No existe prueba alguna que acredite la afirmación de los recurrentes de que en el caso de que su pretensión no fuera estimada el destino de los menores sería "ir a un orfanato o ser devueltos a los Estados Unidos donde también sufrirían un destino similar".

Por otro lado, tal como alega el Ministerio Fiscal en su oposición al recurso de apelación, la sentencia recurrida no atenta contra el derecho a la identidad única de los menores, pues éstos tienen la que resulta de la certificación californiana que será la que publique el Registro Civil español si acceden a él de acuerdo con la ley. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que citan los recurrentes no tiene por objeto supuestos de gestación por sustitución.

Por todas las razones expuestas, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por los demandados.

SEXTO.- Teniendo en consideración lo novedoso de la cuestión, la solvencia de los argumentos planteados por los recurrentes, así como el objeto estrictamente personal de la controversia, no procede hacer expresa imposición de las costas de la alzada.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, en nombre de Su Majestad del Rey

Ha decidido:

Primero.- Desestimar 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.

Segundo.- Confirmar la citada sentencia;

Tercero.- No hacer expresa imposición de las costas de la alzada.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Illmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Décima de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.

NOTIFICACIÓN.- En el mismo día notifico la Resolución anterior de fecha que no es firme indicando que contra la misma cabe interponer, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, de conformidad con lo prevenido en los artículos 468 y 477 respectivamente de la I.E.C.

ANEXO VI: STS DE 2014

Consejo General
del Poder Judicial



BUSCADOR JURISPRUDENCIA

Roj: STS 247/2014 - ECLI:ES:TS:2014:247
Id Cendoj: 28079119912014100001
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 245/2012
Nº de Resolución: 835/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo CivilPLENO

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 835/2013 Fecha Sentencia : 06/02/2014 CASACIÓN Recurso Nº : 245/2012 Fallo/
Acuerdo: Sentencia Desestimando Votación y Fallo: 16/12/2013 Ponente Excmo. Sr. D. : Rafael Sarazá
Jimena Procedencia: Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia Secretaría de Sala : Ilma. Sra.
Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls Escrito por : MRP

Gestación por sustitución. Impugnación de resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que acordó la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de unos menores nacidos tras la celebración de un contrato de **gestación por sustitución** a favor de los padres intencionales, determinada por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado. Reconocimiento de decisión extranjera. Es necesario que no sea contraria al orden público internacional español, entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan. Infracción de normas destinadas a evitar que se vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la **gestación** y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población. Inexistencia de trato discriminatorio. La razón de la denegación de la inscripción de la filiación no es que la misma estuviera determinada a favor de un matrimonio de dos varones, sino que estaba determinada por la celebración de un contrato de **gestación por sustitución**. Interés superior del menor. Concepto jurídico indeterminado que en casos como este tiene la consideración de "concepto esencialmente controvertido" al expresar un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social. La aplicación de la cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor no permite al juez alcanzar cualquier resultado. La concreción de dicho interés del menor debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no los personales puntos de vista del juez; sirve para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. Debe ponderarse con los demás bienes jurídicos concurrentes, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la **gestación** y de la filiación. La protección del interés superior de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de **gestación por sustitución** y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores. Voto particular suscrito por cuatro magistrados CASACIÓN Num.: 245/2012 Ponente



Excmo. Sr. D.: Rafael Sarazá Jimena *Votación y Fallo: 16/12/2013* *Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls*

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo CivilPLENO

SENTENCIA N^o: 835/2013

Excmos. Sres.:

D. Francisco Marín Castán

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Sebastián Sastre Papiol

En la Villa de Madrid, a seis de Febrero de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, ha visto el recurso de casación núm. 245/2012, interpuesto por D. Estanislao y D. Gines , representados ante esta Sala por el Procurador D. Jorge Deleito García, contra la Sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación núm. 949/2011 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 188/2010, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de la misma ciudad. Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado. Asimismo, ha sido parte el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .-El Ministerio Fiscal presentó en el Decanato de los Juzgados de Valencia, con fecha 28 de enero de 2010, demanda de juicio ordinario contra la "DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO", D. Estanislao y D. Gines , que, una vez repartida, tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 y fue registrada con el núm. PO 188/2010, cuyo suplico pedía «[...] se dicte en su día una sentencia por la que se declare que, al infringirse directamente un precepto incluido en la Ley Española (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, artículo 10), el contenido de dicha resolución es contrario al orden público español y no procede el acceso al Registro Civil español de los hechos en su virtud inscritos, por lo que deberá acordarse su cancelación.»

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a los demandados para su contestación.

La Procuradora D.^a Ana Ballesteros Navarro, en nombre y representación de D. Estanislao y D. Gines , en su escrito de contestación a la demanda, suplicó al Juzgado: «[...] dicte en su día Sentencia, desestimando la demanda, con expresa imposición de las costas a la actora.»

El Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta de la DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado: «[...] dictar Sentencia por la que se desestime la demanda y se confirme la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado.»

TERCERO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado- Juez de Primera Instancia núm. 15 de Valencia dictó la sentencia núm. 193/2010, de 15 de septiembre , cuya parte dispositiva disponía: «Fallo: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009, debo dejar sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de los menores Ricardo y Victoriano con las menciones de filiación de la que resulta que son hijos de Estanislao y Gines y en su consecuencia debe procederse a la cancelación de la inscripción.»

Tramitación en segunda instancia



CUARTO.- La Procuradora de D. Estanislao y de

D. Gines interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia.

QUINTO.- De la interposición del recurso de apelación se dio traslado a las demás partes personadas, para que pudieran presentar escrito de oposición al citado recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada. Únicamente, el Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación interpuesto.

SEXTO.- La resolución del recurso de apelación correspondió a la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el núm. de rolo 949/2011 y tras seguir los correspondientes trámites dictó la sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre, cuya parte dispositiva disponía: «Fallamos: En atención a todo lo expuesto, la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, en nombre de su Majestad el Rey ha decidido:

» Primero.-Desestimar el recurso de apelación interpuesto por los demandados contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia el día 15 de septiembre de 2010.

» Segundo.- Confirmar la citada sentencia.

» Tercero.- No hacer expresa imposición de las costas de la alzada.»

Interposición y tramitación del recurso de casación

SÉPTIMO.- La representante procesal de D. Estanislao y de D. Gines formalizó, al amparo de lo establecido en los artículos 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurso de casación contra la Sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre, dictada en apelación, por la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, y basó su interposición en único motivo, que a continuación se transcribe: «Infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989.»

OCTAVO.- La Audiencia Provincial remitió las actuaciones a esta Sala, con emplazamiento de las partes. Personadas éstas a través de los representantes procesales mencionados en el encabezamiento de esta resolución se dictó Auto de 16 de mayo de 2012, cuya parte dispositiva decía: «La Sala acuerda:

» 1ª) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Estanislao y de Don Gines, contra la Sentencia dictada, con fecha 23 de noviembre de 2011, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), en el rolo de apelación nº 949/2011, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 188/2010, del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia.

» 2ª) Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito, en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la secretaría y transcurrido dicho plazo, a los mismos fines, dése traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal.»

NOVENO.- El Abogado del Estado no presentó escrito de oposición al recurso de casación, por lo que se pasaron las actuaciones al Fiscal, quien interesó la desestimación del recurso.

DÉCIMO.- Se tuvo por formalizada la oposición y al no haber solicitado todas las partes la celebración de vista, quedó el recurso pendiente de vista o votación y fallo.

UNDÉCIMO.- Mediante providencia de 5 de diciembre de 2012, se señaló para votación y fallo el día 18 de diciembre de 2012, se designó Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana y, advertida la posibilidad de que la resolución que hubiera de recaer en el presente recurso pudiera formar doctrina, se acordó someter su conocimiento al Pleno.

DUODÉCIMO.- Debido al número de asuntos señalados para conocimiento del Pleno, así como a la complejidad de los mismos, el recurso de casación núm. 245/2012 no fue objeto de deliberación en la fecha referida, por lo que, se señaló nuevamente para votación y fallo por el Pleno de la Sala el día 16 de diciembre de 2013, fecha en la que tuvo lugar.

DECIMOTERCERO.- En el curso de la misma, el Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana mostró su disconformidad con el voto de la mayoría y declinó la redacción de la resolución, anunciando voto particular, por lo que el Presidente de la Sala encomendó la redacción de la sentencia al Magistrado que es ponente en este trámite.



Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena, Magistrado de Sala, que expresa la opinión mayoritaria de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso

1.- Los hechos fundamentales para comprender la cuestión que es objeto del recurso, tal como han sido fijados en la instancia, son los que a continuación se exponen resumidamente.

Los hoy recurrentes, dos varones españoles casados entre sí en 2005, solicitaron en el Registro Civil consular de Los Ángeles (California, Estados Unidos) la inscripción de nacimiento de dos hijos, nacidos en dicho estado norteamericano el 24 de octubre de 2008 mediante "gestación por sustitución". Adjuntaron a la solicitud documentos consistentes en certificados de nacimiento de los menores expedidos por la autoridad registral de California, en los que aparecían como hijos de los solicitantes.

2.- El encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción solicitada, con invocación de la prohibición de la denominada "gestación por sustitución" establecida en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

3.- Los interesados interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el que solicitaron la revocación de la decisión del Encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles y la inscripción de los menores en el Registro Civil español con la filiación determinada en los asientos registrales californianos. La Dirección General dictó resolución de 18 de febrero de 2009 estimando el recurso y ordenando se procediera a la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de los menores tal como constaba en las certificaciones registrales extranjeras presentadas, en las que ambos recurrentes figuraban como padres de los nacidos. La resolución consideraba que dicha solución no vulneraba el orden público internacional español, evitaba una discriminación por razón de sexo y protegía el interés superior del menor.

4.- El Ministerio Fiscal presentó demanda en la que impugnaba dicha resolución. Alegaba que la solución adoptada por el Derecho californiano infringía directamente el art. 10 de la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que establecía la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, y que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución sería determinada por el parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. Consideraba la demanda que el contenido de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado era contrario al orden público español y que por tanto no procedía la inscripción de la filiación en ella acordada.

5.- Tanto los solicitantes de la inscripción como el Abogado del Estado contestaron a la demanda, oponiéndose a ella. El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, al que había correspondido el conocimiento de la demanda, dictó sentencia en la que estimó la impugnación formulada y acordó dejar sin efecto y cancelar la inscripción de nacimiento acordada en la resolución.

6.- Los solicitantes recurrieron en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Contra esta sentencia han interpuesto recurso de casación.

7.- No se han aportado al proceso ni el contrato de gestación por sustitución ni la sentencia del tribunal californiano atribuyendo la paternidad a los hoy recurrentes, pero estos han admitido en sus alegaciones la existencia del citado contrato y se ha hecho referencia a lo largo del litigio a la existencia de tal sentencia, exigida por el Código de Familia de California.

Recurso de casación

SEGUNDO.- Enunciación del único motivo del recurso

1.- El recurso de casación se articula en torno a un único motivo, que se enuncia del siguiente modo: «Infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989».

2.- Los argumentos que se esgrimen como fundamento del motivo son, resumidamente, los siguientes:

1) 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.



2) Privar de su filiación a los menores vulnera el interés del menor, pues (i) perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos; (ii) los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo; (iii) el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

3) El reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español, pues este 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.

Se abordará en primer lugar la última de las cuestiones planteadas para a continuación analizar las planteadas previamente.

TERCERO.-Valoración de la Sala. El reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español

1.- La cuestión objeto del proceso, tal como ha sido planteada por las alegaciones iniciales de las partes, es si procede el reconocimiento por las autoridades del Registro Civil español de la inscripción del nacimiento de los menores realizada por las autoridades del estado norteamericano de California en que se fija la filiación a favor de los hoy recurrentes. Estos solicitaron al encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles, la práctica de las inscripciones de nacimiento de los menores y de la filiación aparejada a tales inscripciones, no mediante la declaración del nacimiento sino mediante la aportación de las certificaciones de las inscripciones ya practicadas por el organismo de California equivalente al Registro Civil, en las que aparecían como padres los hoy recurrentes.

El Registro Civil consular denegó la inscripción pero la Dirección General de los Registros y del Notariado, al resolver el recurso interpuesto por los solicitantes de la inscripción, revocó la decisión denegatoria y acordó la práctica de la inscripción con base en dichas certificaciones extranjeras y, por tanto, con la filiación de los menores tal como resultaba de las mismas. Esa es la resolución cuestionada por el Ministerio Fiscal en la demanda que ha dado origen a este procedimiento.

2.- Tal como ha sido planteada la cuestión ante este tribunal, no estamos ante un "hecho" que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España y que al presentar un elemento extranjero (el lugar de nacimiento, cuanto menos) deba ser resuelto conforme a la ley sustantiva a la que remita la norma de conflicto aplicable.

La técnica jurídica aplicada no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento. Existe ya una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas. Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español.

Ciertamente podría cuestionarse si la decisión de autoridad extranjera a reconocer es la de la práctica del asiento registral en el que aparece recogida la filiación de los menores o la de la sentencia previa dictada por la autoridad judicial que determinó tal filiación con base en el contrato de **gestación por sustitución** y por aplicación de las leyes de California. Pero este problema no ha sido planteado en ningún momento en el litigio, y no es imprescindible abordarlo para decidir las cuestiones relevantes objeto del recurso, por lo que entrar en consideraciones sobre el mismo cambiaría completamente los términos en que se ha producido el debate procesal y solo obscurecería la solución del recurso.

3.- La forma en que se ha procedido al reconocimiento del título extranjero, la certificación registral de California, es la prevista en el art. 85 en relación al último inciso del art. 81, ambos del Reglamento del Registro Civil .

El control en que consiste este reconocimiento se extiende a que la certificación del Registro extranjero sea regular y auténtica, de modo que el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Pero también ha de extenderse a que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Así lo exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil , al que sirven de desarrollo los preceptos reglamentarios citados. Por consiguiente, la simplicidad en el procedimiento de reconocimiento en España de la decisión de la autoridad

administrativa extranjera encargada del Registro Civil de California no significa que el control deba limitarse a los aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo, en los términos en que se precisará.

4.- La pluralidad de ordenamientos jurídicos en los diversos estados y la libre circulación de las personas hacen que cada vez sean más frecuentes las relaciones jurídicas personales y económicas que se proyectan sobre diversos ordenamientos, y que, consecuentemente, se planteen ante las autoridades administrativas y judiciales cuestiones relacionadas con el reconocimiento de situaciones jurídicas o decisiones de autoridades extranjeras.

La posibilidad de que ciudadanos y empresas elijan entre respuestas jurídicas diferentes cuando en una relación jurídica existen contactos con diversos ordenamientos es una realidad, y el Derecho internacional privado ha de buscar cada vez más normas de compatibilidad entre distintos ordenamientos jurídicos en vez de normas de supremacía que impongan un solo punto de vista.

Pero esta posibilidad de elección tiene unos límites que, en lo que aquí interesa, vienen constituidos por el respeto al orden público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan.

De lo expuesto se deriva que la "legalidad conforme a la Ley española" de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, si bien no puede entenderse como absoluta conformidad de estos con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación (lo que haría prácticamente imposible el reconocimiento), si ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español, y a este aspecto ha de extenderse el control en que consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera (en realidad, del asiento objeto de la certificación).

Que dicha certificación registral extranjera no produzca efectos de cosa juzgada y cualquier parte legitimada pueda impugnar ante los tribunales españoles la inscripción en el Registro Civil español de la certificación extranjera, como pone de relieve la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado para justificar la solución adoptada, no elimina la realización por el encargado del Registro Civil español del control de contenido del asiento objeto de dicha certificación, de modo que deniegue su acceso al Registro Civil español cuando sea contrario al orden público internacional español, o deniegue el acceso de aquellos aspectos del asiento (como el relativo a la determinación de la filiación) en los que se observe tal contrariedad.

5.- Las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, de las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39).

También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución).

Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art., 10.1 de la Constitución).

Por tanto, todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4º) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión.

6.- Llevan razón los recurrentes cuando afirman que las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, y que por tanto la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español. Junto al hecho biológico existen otros vínculos, como por ejemplo los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación. De estos otros posibles



vínculos determinantes de la filiación resulta también que la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural.

Pero junto a ello, en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la **gestación** y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

Fruto de esta preocupación es, por ejemplo, la elaboración de instrumentos legales internacionales que regulan la adopción internacional estableciendo como principios básicos que los estados establezcan, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen, y la prevención de la sustracción, la venta o el tráfico de niños, que se concreta, entre otros extremos, en que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna (considerandos introductorios y art. 4 del 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).

También responden a esta preocupación las leyes que en los diversos países regulan las técnicas de reproducción humana asistida, y en concreto la **gestación por sustitución**.

7.- Consecuencia lógica de lo expuesto es que las normas aplicables a la **gestación por sustitución** o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español.

Ciertamente, el orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público "atenuado". Pero la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España.

En el caso objeto de este recurso, los vínculos eran intensos puesto que de lo actuado se desprende que los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de **gestación por sustitución** y la consiguiente **gestación**, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la "huida" de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de **gestación por sustitución**, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha **gestación por sustitución** (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (art. 221.2 del Código Penal).

8.- A diferencia con lo que ocurría en el caso de Luxemburgo en relación con la adopción monoparental, que fue objeto de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio de 2007, caso Wagner, la regulación que se contiene en la ley española no es excepcional en los países de nuestro entorno jurídico más próximo, entendiéndose como tal la Unión Europea. Por el contrario, en un número considerable de ellos la **gestación por sustitución** no está permitida, siendo prácticamente unánime su prohibición cuando tiene carácter oneroso.

9.- Otras circunstancias a tomar en consideración son que la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida cuyo art. 10 regula esta cuestión es relativamente reciente, pues data de mayo de 2006, y ha venido precedida por un considerable debate social.

La ley 35/1988, de 22 de noviembre, fue tramitada y aprobada tras la elaboración del informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas creada en el Congreso de los Diputados, ante la que declararon médicos, profesores de diversas disciplinas, juristas, etc. y que fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986. Antes había existido también un grupo de trabajo sobre estas materias formado en la Dirección General de los Registros y el Notariado, integrado por prestigiosos juristas y académicos de otras disciplinas, que celebró varias sesiones de trabajo y elaboró un informe.



Dadas las críticas que suscitaron diversos aspectos de esta ley, y los problemas que los avances de las técnicas de reproducción humana asistida habían suscitado, se promulgó una nueva ley, la 14/2006, de 26 mayo, aplicable a este asunto por razones temporales, que sustituyó a la anterior.

Pese a este cambio legislativo, la norma aplicable a la **gestación por sustitución**, el art. 10 de ambas leyes, permaneció idéntica. Su apartado primero establece la nulidad de pleno derecho del 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. El segundo apartado prevé que la filiación de los hijos nacidos por **gestación de sustitución** será determinada por el parto (en línea con lo recomendado en el informe del Comité Ad Hoc de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas, CAHBI, del Consejo de Europa). Y el tercero deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

10.- Lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la **gestación por sustitución** con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.

11.- Los recurrentes reconocen la contrariedad al orden público español de dicho contrato de **gestación por sustitución**, que impediría considerar válido y ejecutar en España tal contrato. Pero afirman que la inscripción de la filiación que pretenden es solamente una consecuencia "periférica" de dicho contrato, por lo que no existe la incompatibilidad con el orden público que apreció la sentencia de la Audiencia.

El argumento no puede estimarse, puesto que la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de **gestación por sustitución**. No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes.

Además, es importante tomar en consideración que la ley no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de **gestación por sustitución**. También prevé cuál debe ser el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico.

La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina.

CUARTO.-Inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual

1.- En el recurso se alega que 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, porque sí es posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres en el caso de que una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción asistida y la otra sea su cónyuge (art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida).

El argumento no se considera admisible. Los propios recurrentes reconocen que uno y otro supuesto son diferentes, por razones evidentes. La desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye en principio la existencia de un trato discriminatorio por el hecho de que la consecuencia legal de uno y otro supuesto sea diferente.

2.- En todo caso, los argumentos expuestos en la sentencia recurrida muestran con claridad que la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una **gestación por sustitución** contratada por ellos en California.

Por tanto, la solución habría de ser la misma si los contratantes hubieran constituido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho, o una sola persona, hombre

o mujer.

QUINTO.- El interés superior del menor



1.- Los recurrentes alegan que privar de su filiación a los menores vulnera el principio del interés superior del menor, pues (i) perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos; (ii) los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo; (iii) el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

2.- El art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España, establece: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Este principio también se establece en el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tiene anclaje constitucional en el art. 39 de la Constitución española, se recoge en la legislación interna, en concreto en la regulación de las relaciones paterno-filiales del Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y ha regido la jurisprudencia de este Tribunal, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 5 de noviembre de 2002, caso Yousef contra Países Bajos, de 10 de enero de 2008, caso Keams contra Francia, y de 7 de marzo de 2013, caso Raw y otros contra Francia).

3.- El interés superior del niño, o del menor, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial.

Pero en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados son lo que se ha denominado "conceptos esencialmente controvertidos", esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio.

Este carácter controvertido puede predicarse del "interés superior del menor" cuando el mismo ha de determinarse en supuestos como el aquí enjuiciado.

4.- Los recurrentes consideran que el único modo de satisfacer el interés superior del menor es reconocer la filiación que ha sido recogida en el asiento registral realizado por la autoridad registral de California, esto es, la que es consecuencia del contrato de **gestación por sustitución** conforme a la legislación de dicho estado. Los padres serían los comitentes, esto es, quienes "encargaron" la **gestación** del menor (en este caso, los menores, pues nacieron mellizos). No sería madre la mujer que les dio a luz. La justificación que dan los recurrentes es que los mejores padres son los que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres, mediante un contrato de **gestación** subrogada, y están interesados en los menores.

Con dichos argumentos solicitan la confirmación de la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado cuya impugnación constituye el objeto de este proceso. Esta resolución afirmó (párrafo cuarto del fundamento de derecho quinto) que «[...] el interés superior de los menores [...] exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño "la protección y el cuidado que [son] necesarios para su bienestar"».

5.- La aceptación de estos argumentos llevaría a concluir que el legislador español, al considerar nulo de pleno derecho el contrato de **gestación por sustitución** y atribuir la condición de madre a la mujer que da a luz al niño, no reconociendo por tanto la relación de filiación respecto de los padres intencionales o comitentes, ha vulnerado el interés superior del menor.

Asimismo, la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él.

La invocación indiscriminada del "interés del menor" serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas.

6.- La tesis de los recurrentes no puede ser aceptada. La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la

aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales.

La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser precedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo.

7.- En el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor tiene la consideración de "una consideración primordial" a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños. Pero, además de lo expuesto respecto de la pertinencia de concretar tal principio conforme a las pautas de la legislación en la materia, ha de tenerse en cuenta que tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración. Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la **gestación** y de la filiación. Se trata de 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.

8.- Es cierto que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores. Pero no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su **gestación**, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Es necesario por tanto realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico.

En línea con lo expuesto, un dato a tomar en consideración es que el Código Civil no exige que cuando se formule una acción de impugnación de la filiación respecto de un menor haya de fijarse simultáneamente otra filiación alternativa, de modo que el éxito de tal acción supone privar al menor de la filiación hasta ese momento determinada. Por tanto, la anulación de una filiación que es contraria al ordenamiento jurídico, pese a que no se sustituya inmediatamente por otra que sí lo sea, tiene encaje adecuado en nuestro ordenamiento jurídico, pues este considera perjudicial para el menor, dentro de ciertos parámetros, la determinación de una filiación que no se ajuste a los criterios legales para su fijación.

9.- Otro argumento de los recurrentes es que el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

Las sentencias de tribunales internacionales que se citan en apoyo de este argumento no sirven para darle adecuado fundamento. Mientras que en los casos enjuiciados en esas sentencias los menores tenían una vinculación efectiva con dos estados distintos (por la diferente nacionalidad de sus padres o por ser distinto el estado de residencia del estado de nacionalidad), en el caso aquí enjuiciado los menores no tienen vinculación efectiva con Estados Unidos, puesto que los recurrentes acudieron a California solo porque allí era posible concertar un contrato de **gestación por sustitución**, con la consiguiente determinación de la filiación a su favor, que en España y en los países más cercanos estaba prohibido. No existe un riesgo real de vulneración de una identidad única.

Además, en las sentencias invocadas el bien jurídico con el que entraba en conflicto el principio de identidad única del menor era el principio de inmutabilidad o estabilidad de los apellidos (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, caso García Avello, y de 14 de octubre de 2008, asunto C-353/06, caso Grunkin-Paul). Es evidente que se trata de un bien jurídico de mucha menor importancia que los protegidos por la prohibición de **gestación por sustitución**.

10.- 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 Fundamentales. La denegación



del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas con base en el contrato de **gestación por sustitución**, siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito de vida familiar, reúne los dos requisitos que la justifican según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo : (i) está prevista en la ley, pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y (ii) es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son 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.

11.- La última cuestión que ha de abordarse es la de la desprotección en que se dejaría a los menores.

La afirmación de los recurrentes de que los menores serían enviados a un orfanato o a los Estados Unidos carece de verosimilitud y no está apoyada en ningún dato.

No obstante, este tribunal es consciente de que la decisión que ha adoptado no es intrascendente en este aspecto, y que puede causar inconvenientes a los menores cuya filiación se discute. Pero considera que la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de **gestación por sustitución** suscrito por los recurrentes, tal como fueron aceptadas por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado, que admite el contrato oneroso de **gestación por sustitución** y que la filiación quede determinada a favor de quienes realizan el encargo.

La protección ha de otorgarse a dichos menores 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.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo , y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia).

El presente recurso no tiene por objeto, porque la acción ejercitada no lo tenía y porque no se han alegado y probado los hechos que permitirían decidirlo, adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes en forma distinta al pretendido reconocimiento de la filiación fijada en el registro de California. También ha de tenerse en cuenta que no ha resultado probado que alguno de los comitentes aportara sus gametos, pues aunque en algún pasaje de sus alegaciones así se afirma, ni se concreta cuál de ellos lo habría aportado, ni menos aún se prueba cual fuera el padre biológico de cada uno de los niños. Pero de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares "de facto" con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.

Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida , en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar.

Ha de precisarse también que, a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido.

12.- Lo expuesto supone que la solución alcanzada por los tribunales de instancia realiza una ponderación adecuada de los bienes jurídicos en conflicto tomando en consideración primordial el interés superior de los menores. La protección de este interés no puede fundarse en la existencia de un contrato de **gestación por sustitución** y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo , y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia) ha declarado que el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , que establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar, supone obligaciones positivas para los Estados que han de interpretarse a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. A tal efecto, procede instar 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".

SEXTO.- Costas

De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación por las serias dudas de derecho existentes. No puede obviarse que los recurrentes están litigando en defensa de la legalidad de una resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado. También son relevantes a estos efectos los votos particulares que han sido anunciados a esta sentencia.

Procede acordar la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español .

FALLAMOS

1.-Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Estanislao y D. Gines contra la sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación núm. 949/2011 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 188/2010, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de la misma ciudad.

2.-No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación. Acordar la pérdida del depósito constituido.

3.-Instar 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".

Librese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marín Castán, José Ramón Ferrándiz Gabriel, José Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Sarazá Jimena, Sebastián Sastre Papiol. FIRMADA Y RUBRICADA.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, y al que se adhieren los Magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol.

Con el mayor respeto para el criterio mayoritario plasmado en la Sentencia, formuló el siguiente voto particular discrepante:

PRIMERO.- La sentencia reconduce la solución del caso a un supuesto de reconocimiento de una decisión de autoridad administrativa extranjera, la adoptada por el Registro Civil de California, al inscribir el nacimiento de dos hijos nacidos en dicho Estado norteamericano el 24 de octubre de 2008 mediante " *gestación por sustitución* ", que había sido solicitada ante el Registro Civil Español por dos varones españoles, casados entre si en 2005.

Los antecedentes del caso están correctamente descritos por lo que no se va incidir en ello. Interesa, por lo que a este voto discrepante afecta, las razones por las que se ha desestimado el recurso, con las que se discrepa: a) acceso al Registro de la certificación expedida por la autoridad administrativa de California; b) orden público, y c) interés superior del menor.



SEGUNDO.- El desacuerdo con el criterio mayoritario resulta de lo siguiente:

1.-La técnica jurídica aplicable no es la del conflicto de leyes, sino la de reconocimiento de una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California, como admite la sentencia. En lo que aquí interesa supone, aunque parezca obvio, que existe una previa decisión de este orden sobre filiación de dos niños nacidos tras una **gestación por sustitución** por lo que el acceso de esta decisión extranjera al Registro Civil español no debería plantear problemas sobre la ley aplicable, sino con relación al hecho del reconocimiento en España de un documento auténtico de autoridad administrativa, en la forma que hiciera la DGRN en la resolución que ha sido impugnada, conforme al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. Esta solución estaría, además, amparada en el principio de igualdad e interés de los menores que de hecho están siendo inscritos en los registros civiles a partir de la inscripción aquí cuestionada.

2.-Si situamos la certificación registral en este contexto normativo, que presupone la existencia de una resolución extranjera, que no consta, como presupone la existencia de un contrato de **gestación**, que tampoco consta en la certificación (la ilicitud de este contrato con arreglo a la normativa española constituye el principal argumento de la demanda formulada por el Ministerio Fiscal), se habría aplicado correctamente el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil en el sentido de que el documento presentado era de los que permiten la inscripción en el Registro Civil sin necesidad de controlar su legalidad conforme a la ley española, al haberse producido conforme a la ley californiana. Lo que se interesa es el reconocimiento de la filiación resultante de la legislación americana, en relación con el amparo que se presta a unos hijos de españoles, al margen de un contrato en cuya proyección no han intervenido los menores, por lo que el instrumento contractual no puede ser la causa de denegación del reconocimiento. En consecuencia, no resulta aplicable el artículo 10 de la Ley 14/2006, puesto que la filiación ya ha sido determinada por una autoridad extranjera (" *decisión de autoridad* "), con lo que el problema se trasladaría a resolver si esta *decisión* contraría o no el orden público internacional, que es el argumento utilizado en algunas resoluciones dictadas en países de nuestro entorno en los que este tipo de contratos está prohibido por su legislación, algunos incluso en trámite de resolución ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos Menesson y Labasse, en Francia, y caso Paradiso y Capanelli, en Italia), y ver si puede ser introducida en el orden jurídico español para surtir en España los efectos legales correspondientes.

3.-Se discrepa abiertamente de lo que sostiene la mayoría sobre la vulneración del orden público.

En primer lugar, si bien el legislador español considera nulo el contrato de **gestación por sustitución**, tanto con precio como sin él, ha de diferenciarse la admisión de estas prácticas en España, que en el momento actual son ilegales, de sus efectos cuando provienen de un Estado en el que se admiten y tienen eficacia vinculante basada en la jurisprudencia emanada de su Tribunal Supremo (case law), en línea con el informe de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya 10 de marzo de 2012, sobre los problemas de los contratos de **gestación** subrogada en el ámbito internacional, porque lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa. La denegación de este reconocimiento solo podría producirse cuando se contraría el orden público entendido desde el interés superior del menor. El orden público en esta materia no debe valorarse desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna, sino desde la consideración que merezca la tutela del interés del menor (como ocurre en materia de adopciones internacionales), cuya normativa reguladora tiene también características de orden público y debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en cuanto les afecte, según establecen los artículos 53 CE y 5 LOPJ, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como "*estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional*", destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (asimismo SSTC 143/1990, 298/1993, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero).

En segundo lugar, se dice en la sentencia que "*los avatares en la técnica de reproducción humana asistida vulneran la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la **gestación** y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de*

necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población". Esta afirmación no se puede generalizar ni se compadece con las reglas jurídicas de un Estado con el que compartimos ámbitos privilegiados de cooperación jurídica, en el seno de



la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, como son los Estados Unidos de Norteamérica. Pero es que, además: a) supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso; b) no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante; c) el consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias, y d) tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere. Es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica.

En tercer lugar, la tendencia en el derecho comparado camina hacia la regularización y la flexibilización de estos supuestos. Lo ha hecho nuestro país mediante la Instrucción de la Dirección de los Registros y del Notariado sobre "régimen registral de la filiación de los nacidos mediante *gestación por sustitución*", de 5 de octubre de 2010, con la que se permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos a través de *gestación por sustitución* en los países cuya normativa lo permita siempre que alguno de los progenitores sea español. Sin duda, el orden público internacional, como motivo de rechazo del reconocimiento en España de la resolución extranjera que establece una filiación en casos de *gestación por sustitución*, se tiene en cuenta para algunos y se niega a otros, convirtiendo lo que es nulo por ley en una mera cuestión de cumplimiento de diversas formalidades que no existían en el momento de la inscripción que ahora se cuestiona, puesto que en la práctica ha servido y está sirviendo, de forma directa, para dar entrada a numerosas inscripciones de nacimiento y filiación de niños nacidos en el extranjero mediante esta técnica. Este orden público atenuado, o inexistente en la práctica, es lo que ha permitido reconocer ciertos efectos en nuestro ordenamiento a esta suerte de contratos referidos a prestaciones de paternidad o maternidad por parte de los comitentes en el ámbito de los tribunales sociales de nuestro país (Sentencia del Juzgado de lo social núm. 2 de Oviedo de 9 de abril de 2012 , confirmada por la Sentencia del TSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012 ; Sentencias del TSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012 y 13 de marzo 2013 , y Sentencia TSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2012). También se ha tenido en cuenta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (conclusiones de la Abogado General presentadas el 26 de septiembre de 2013, sobre permiso de maternidad de una madre subrogada o de alquiler).

En cuarto lugar, el orden público se vuelve a poner en evidencia en el informe preliminar a la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya de 10 de marzo de 2012, sobre los problemas derivados de la *gestación por sustitución*, en el que lejos de rechazarlo trata de uniformar los acuerdos internacionales y de procurar una regulación internacional que dé respuesta a una realidad social evidente, propiciada por el aumento de los casos.

Finalmente, la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse caso por caso. Son los tribunales españoles los que deben decidir la cuestión de si los efectos que produce una resolución extranjera en España contrarían los principios constitucionales, no los que emanan de una ley que anula el contrato, pero que no elimina sus consecuencias una vez producidas, y es evidente que más allá de una afirmación genérica sobre esta cuestión, nada se concreta: a) no se indica como queda afectada la dignidad de quien solicita libre y voluntariamente esta forma de procreación, como tampoco de la mujer que acepta esa petición, en el seno de un procedimiento judicial regulado en la sección 7630 del California Family Code dirigido a determinar la filiación conforme a la voluntad de las partes expresada en el acuerdo; b) tampoco se colige de que forma se ve afectada la dignidad de los nacidos a los que se les procura una familia; c) no ha sido objeto de contradicción ni prueba el hecho de que puedan existir beneficios económicos indebidos o la participación de posibles intermediarios, y d) es la propia DGRN la que valora especialmente en resoluciones como la impugnada " *que se ha respetado el interés superior de la menor, de acuerdo a lo exigido por el artículo 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño*" y que " *la ruptura absoluta del vínculo de la menor con la madre gestante, quien en adelante no ostentará la patria potestad, garantizan el derecho del menor a disponer de una filiación única, válida para todos los países*" (RDGRN 30 de noviembre; 22 de diciembre de 2011, entre otras).

Sin duda, la sentencia de la que se discrepa tutela la excepción del orden público de una forma preventiva, más allá de lo que resulta del supuesto sometido a la consideración de la Sala mediante el recurso de casación. Obligación del legislador será establecer un marco legal que garantice los derechos de todas las partes implicadas, no tanto de los menores, ajenos a esta suerte de relaciones mercantiles, como de las madres subrogadas, que renuncian a sus derechos como madres, especialmente de aquellas que provienen de grupos económicamente desfavorecidos, y de los que pretenden ser padres. Obligación de los Jueces y Tribunales es resolver y tutelar situaciones concretas, como la que es objeto del recurso.



5.-El interés del menor queda también afectado gravemente. A los niños, de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados unos niños que siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. La sentencia trata de evitarlo instando al Ministerio Fiscal a que 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 su núcleo familiar "de facto" . Lo que se pretende es que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses.

Se reitera la normativa que se cita y se recuerda que este interés del menor es superior y también de orden público y este principio no se defiende contra los niños sino a partir de una regulación que impida su conculcación. El derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público y " el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado" por parte de las autoridades públicas o instituciones privadas (STSJ de Madrid -Sala de lo Social-de 13 de marzo de 2013).

Este interés se protege antes y después de la **gestación**. Se hizo por los tribunales americanos en el primer caso. Se ha negado en el segundo. Se ignora una nueva realidad y no se procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos, y es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, como la del caso italiano, y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que prevalece sobre otras consideraciones, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 2 de octubre 2003 -caso García Avello , y 14 de octubre de 2008- caso Grunkin-Paul).

En esta línea, se cita la sentencia del TEDH, que también recoge la sentencia de la que trae causa este voto particular, dictada el 28 de junio de 2007 -caso Wagner-en interpretación del artículo 8 del Convenio. La Convención , dice, es " un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales " , añadiendo la sentencia de 10 de abril de 2012 -caso K.A.B.-: " No puede sustituirse a las autoridades nacionales en esta tarea ni, por lo tanto, pronunciarse sobre la decisión judicial relativa al interés superior del niño o sobre la adopción de éste, pero le corresponde indagar si, en la aplicación e interpretación de las disposiciones legales aplicables, se respetaron las garantías del artículo 8 del Convenio, teniendo en cuenta, en particular, el interés superior del niño (véase, mutatis mutandis, Neulinger y Shuruk c. Suiza [GC], n 41615/07, § 141, CEDDH 2010-...)".

Cierto es que este interés superior no impide que se produzcan situaciones como la descrita en la sentencia en un supuesto de acciones de impugnación de filiación, ni impide que los padres puedan desaparecer de la vida de los menores, física o jurídicamente. Ocurre que el interés en abstracto no basta y que, como se ha dicho, en feliz expresión, "no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada".

TERCERO.- Por lo expuesto, debe casarse la Sentencia recurrida, revocarse la del Juzgado, y desestimar la demanda formulada por el Ministerio Fiscal, manteniendo la inscripción practicada en el Registro Civil, sin expresa declaración en materia de costas respecto de las de ambas instancias y de este recurso de casación.

Madrid, a seis de febrero de dos mil catorce.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior sentencia , así como el voto particular, por el EXCMO. SR. D. Rafael Sarazá Jimena , ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.

ANEXO VII: *LEGE FERENDA*

VELA SÁNCHEZ, Antonio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo, op., cit., págs. 127-132.*

PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL CONVENIO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA PARA ADAPTARLA A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

I. LEY REGULADORA DEL CONVENIO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo 1. *Concepto del convenio de gestación por sustitución.*—El convenio de gestación por sustitución es un negocio jurídico especial de Derecho de Familia, oneroso o gratuito, formalizado en documento público notarial, por el que una mujer, con plena capacidad de obrar, consiente libremente en llevar a cabo la concepción —mediante técnicas de reproducción asistida— y gestación, aportando o no su óvulo, con el compromiso irrevocable de entregar el nacido —cuyo origen biológico debe constar claramente— a los otros intervinientes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o de hecho, plenamente capaces y de los cuales al menos uno sea aportante de material genético, salvo en los supuestos expresamente previstos en esta ley.

Art. 2. *Forma del convenio de gestación por sustitución y obligaciones del Notario interviniente.*—1. El convenio de gestación por sustitución se formalizará en documento público notarial, realizado con anterioridad al embarazo de la mujer gestante generado mediante inseminación artificial.

2. El Notario interviniente deberá constatar el cumplimiento de todos los presupuestos y recabará todas las certificaciones legalmente establecidos.

Art. 3. *Consentimiento e irrevocabilidad.*—1. El Notario interviniente deberá verificar especialmente que el consentimiento de la mujer gestante se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo, violencia o intimidación.

2. Los consentimientos prestados en el convenio de gestación por sustitución serán irrevocables con independencia de su carácter oneroso o gratuito.

TÍTULO I

PRESUPUESTOS REQUERIDOS A LOS CONTRATANTES

Art. 4. *Presupuestos exigidos a los padres o madres intervinientes.*—1. Podrá realizar este convenio cualquier persona soltera o pareja matrimonial o de hecho estable, tanto heterosexual como homosexual. El interviniente deberá ser mayor de veinticinco años, y si se trata de pareja matrimonial o de hecho estable, basta que uno de sus miembros haya alcanzado dicha edad.

2. Respecto de la mujer o mujeres interesadas, debe acreditarse, mediante certificación médica expedida por dos especialistas independientes, la imposibilidad biológica del embarazo o de llevarlo a cabo sin peligro grave para su salud o la del niño.

3. El padre o madre interesado, si es persona sola, o al menos uno de los padres o madres intervinientes, si se trata de pareja matrimonial o de hecho estable, deberá ser aportante de material genético. Se exceptúan los casos de personas infértiles que por su condición homosexual o cualquier otra inaceptable tengan difícil acceso a la adopción nacional o internacional.

4. El comitente o comitentes aceptarán expresamente la eventualidad de la discapacidad psíquica o física que pueda tener el nacido.

Art. 5. *Requisitos exigidos a la mujer gestante.*—1. La mujer gestante debe tener más de veinticinco años, buen y justificado estado de salud psicofísica —certificado por dos especialistas independientes— y plena capacidad de obrar. Si no puede ser inseminada artificialmente, el acuerdo se resolverá de pleno derecho.

2. Deberá tener, por lo menos, un hijo propio sano.

3. Sólo podrá realizar este convenio dos veces.

4. Podrá ser persona extraña a los contratantes o pariente colateral o por afinidad.

5. Tendrá derecho a una indemnización razonable por los gastos de embarazo y parto que no sean cubiertos por la Seguridad Social, aunque la gestación no culmine por causas no imputables a ella.

6. Deberá asumir —y también su marido, si estuviera casada—, el riesgo de las consecuencias que le pueden producir el embarazo y el parto.

TÍTULO II
CONSTANCIA DEL ORIGEN BIOLÓGICO DEL HIJO

Art. 6. *Constancia del origen biológico del hijo.*—El convenio de gestación por sustitución posibilitará que el hijo nacido pueda conocer su origen biológico.

TÍTULO III
CLÁUSULAS ADICIONALES

Art. 7. *Filiación del nacido en casos especiales.*—1. Tratándose de comitentes casados o en pareja de hecho, deberá especificarse si ambos son aportantes de material genético. En caso de que sólo uno de ellos lo sea, se hará constar el consentimiento previo y expreso del otro a la realización del convenio, de manera que no podrá impugnar la filiación matrimonial o no matrimonial del hijo nacido como consecuencia del convenio.

2. La falta de conocimiento o de consentimiento del otro cónyuge o pareja de hecho determinará la filiación no matrimonial del nacido sólo respecto del comitente, que podrá tornarse en matrimonial, respecto de la pareja casada, o no matrimonial, respecto de los unidos de hecho, en caso de consentimiento posterior de aquéllos.

3. Si realizada la prueba biológica oportuna, se demostrara que el nacido no es hijo del comitente o comitentes que aportaron el material reproductor, la filiación no podrá quedar determinada legalmente respecto de aquéllos sin su consentimiento expreso. Admitida o no la filiación, queda a salvo el derecho a reclamar la indemnización de daños y perjuicios producidos a todos los causantes de los mismos.

4. Si la mujer gestante estuviera casada, debería constar el consentimiento al convenio de su marido, que será indispensable si fuera aportante de material genético, en cuyo caso se hará constar expresamente su renuncia a la reclamación de la filiación del nacido.

Art. 8. *Supuestos de crisis familiar o de fallecimiento de los padres o madres contratantes durante la gestación.*—1. En caso de separación, divorcio o nulidad del matrimonio o disolución de la unión de hecho de los padres o madres contratantes, resolverá el Juez conforme a los artículos 90 y siguientes del Código Civil, con independencia de que haya habido aportación de material genético de uno o de ambos comitentes.

2. En el convenio de gestación por sustitución se debería incluir el nombramiento de un tutor del menor para el supuesto de muerte de ambos padres —o del comitente solo— antes del nacimiento. Atendidas las circunstancias, el Juez podría dar preferencia a la mujer gestante.

3. El comitente o comitentes contratarán un seguro que cubra el fallecimiento o la incapacidad permanente o temporal de la mujer gestante, quien designará a los beneficiarios.

TÍTULO IV EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Art. 9. *Interrupción voluntaria del embarazo.*—Si la mujer gestante abortara voluntariamente, sin causa grave y justificada de salud, además de devolver cuanto hubiera recibido por el convenio, deberá indemnizar al comitente o comitentes los gastos y los daños y perjuicios causados, en particular, el daño moral.

Art. 10. *Falta de entrega del nacido.*—En el caso de falta de entrega del nacido a requerimiento del comitente o comitentes, la mujer gestante o quien lo tuviere incurrirá en responsabilidad civil y penal conforme a la legislación vigente. Si existiese riesgo fundado de sustracción del menor podrá solicitarse al Juez la adopción de prevenciones necesarias conforme a la normativa en vigor.

Art. 11. *Vulneración del deber de confidencialidad.*—Las partes contratantes pueden establecer una cláusula de confidencialidad de manera que ni la mujer gestante ni los padres o madres contratantes revelen la existencia del contrato o la identidad de la otra parte, so pena de incurrir en responsabilidad civil y penal.

Art. 12. *Impago de la compensación fijada.*—El impago de la compensación razonable fijada en el convenio por insolvencia sobrevenida, no dará lugar a la aplicación del artículo 1124 CC, sino a la intervención de los Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma correspondiente que, atendidas las circunstancias, procederá a la entrega del nacido al comitente o comitentes, previo pago a la mujer gestante —aunque con derecho de reembolso respecto de los contratantes—, o bien a la apertura de los mecanismos de tutela, acogimiento o adopción precedentes.

Art. 13. *Falta de recepción del nacido.*—En el supuesto de que el comitente o comitentes —debidamente notificados del nacimiento del hijo—, no cumplieren su deber de hacerse cargo del nacido se procederá a su guarda y acogimiento, tutela o adopción conforme a la legislación vigente, sin perjuicio de la responsabilidad penal de aquéllos.

TÍTULO V
DE LOS CENTROS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA
INTERVINIENTES EN LA EJECUCIÓN DEL CONVENIO
DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Art. 14. *Obligaciones y responsabilidades.*—1. Los centros de reproducción asistida, debidamente homologados para su actuación, deberán exigir a los interesados la presentación del convenio de gestación por sustitución formalizado notarialmente y cumplir todos los presupuestos establecidos legalmente.

2. En su caso, deberán expedir certificación de la aportación de material reproductor del comitente o comitentes y trasladarla al Notario autorizante del convenio para su verificación e incorporación al mismo.

3. Los centros de reproducción asistida responderán del incumplimiento de sus obligaciones normativamente fijadas.

II. **MODIFICACIÓN LEGISLATIVA**

La introducción del convenio de gestación por sustitución o de maternidad en nuestro ordenamiento jurídico exigiría, junto a su regulación jurídica concreta, la reforma de algunas normas existentes. De esta manera, la normativa de convenio de maternidad subrogada debería llevar aparejada la siguiente propuesta de modificación legislativa:

1.º *Modificación de la LO 2/2010:*

Se añade un nuevo párrafo al artículo 14 —*Interrupción del embarazo a petición de la mujer*—: «*La mujer gestante no tendrá derecho a la interrupción prevista en este precepto si la gestación deriva de un convenio de maternidad subrogada*».

2.º *Modificación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.*

Se reforma el artículo 10 que queda así: «*Convenio de gestación por sustitución*»

Será admisible el convenio de gestación por sustitución con los requisitos, formalidades y efectos que legal y reglamentariamente se establezcan.

El padre o madre interesado, si es persona sola, o uno de los padres o madres intervinientes, si se trata de pareja matrimonial o de hecho estable, deberá ser aportante de material genético, salvo en los supuestos expresamente previstos legalmente.

El convenio, que se realizará en documento público notarial, posibilitará que el hijo nacido pueda conocer su origen biológico, debiendo el Notario verificar especialmente que el consentimiento de la madre gestante se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo, violencia o intimidación y que tiene capacidad de obrar plena y aptitud psicofísica adecuada. El Notario autorizante también recavará las certificaciones que reglamentariamente se exijan.

Los consentimientos prestados en el convenio de gestación por sustitución serán irrevocables con independencia de su carácter oneroso o gratuito».

3.º Modificación del Código Civil.

a) *Se añade un cuarto párrafo al artículo 1271 CC: «Será admisible el convenio de gestación por sustitución en los términos legalmente establecidos».*

b) *Se añade un apartado al artículo 1275 CC: «Será válido el convenio de gestación por sustitución en los términos legalmente establecidos».*

4.º Modificación del Código Penal.

Se añade un nuevo párrafo al artículo 223: «Lo dispuesto en este artículo es aplicable también a la mujer gestante respecto del hijo nacido en los supuestos de convenio de gestación por sustitución».

LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética."

genera efectos jurídicos, debe cumplirse, respetarse el acuerdo de voluntades; por tanto, la maternidad debe corresponder a la comitente (o a "el" o los comitentes en su caso); aquella que quiere y desea el hijo, y que de esta manera aporta el elemento volitivo determinante, sin el cual no se hubiera comenzado el proceso que genera el nacimiento del nuevo ser.

Con este punto de partida, mencionaré los requisitos y condiciones que, a mi juicio, deberían contener los contratos de maternidad subrogada y las condiciones que deberían presentarse para su procedencia.

2-Condicionales y requisitos de procedencia de los contratos de maternidad subrogada.

Expresada mi postura a favor de la validez y regulación de los contratos de maternidad subrogada, corresponde ahora analizar las condiciones de procedencia y los elementos o requisitos que estos contratos deberían contener.

En el supuesto de legalizarse y regularizarse (y por ende generalizarse) esta figura, estos contratos deberían ir precedidos de un estudio sobre la vida y entorno familiar de los comitentes, similar al que se efectúa regularmente en un proceso de adopción. Es decir, así como sucede en los procesos de adopción, para los supuestos de maternidad subrogada, el Estado debería crear un organismo encargado de actuar como intermediario entre las partes, controlar las pautas de los contratos y su cumplimiento, verificar las condiciones de aptitud de la que actuaría como madre subrogada y evaluar la capacidad e idoneidad de los comitentes⁷⁵⁴. Esta evaluación y estudio debería extenderse, sobre todo, al análisis de las circunstancias materiales, psicológicas y morales, la estabilidad familiar y la disposición y capacidad de los futuros padres para criar, educar y cuidar al futuro niño, todo ello con independencia del estado civil

⁷⁵⁴ El Colegio Americano de Obstetricia y Ginecología, con su Comité de Ética han pautado las responsabilidades éticas del profesional que pudiera participar del proceso de subrogación. Entre ellas, se destaca el asesoramiento (counseling) de la pareja, el acompañamiento potencial a las madres subrogantes, la provisión de servicios para la mujer gestante, la asistencia de tecnologías reproductivas relacionadas con la subrogación, y aspectos médicos, éticos, legales y psicológicos. AMERICAN COLLEGE OF OBSTETRICS AND GYNECOLOGIST (ACOG), Surrogate motherhood, Committee Opinion Núm. 397, 2008

LAMM, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética", *op., cit., págs. 293-301.*

de acudir a la maternidad subrogada debería ser posible tanto para las parejas casadas como para las no casadas y tanto para las parejas heterosexuales como homosexuales. Incluso, aunque siempre previo análisis y estudio de su capacidad e idoneidad, también respecto de personas solas⁷⁵⁵.

Por otro lado, y también como condición de procedencia, la posibilidad de recurrir a este contrato debería estar condicionada a que al menos uno de los comitentes aporte su material genético. Es decir, el origen de los gametos, o al menos uno (semen u óvulo) debería provenir de la pareja comitente⁷⁵⁶. Esto es así, porque la maternidad subrogada se presenta como un remedio para quienes, por la causa que fuere, no pueden llegar a concebir un embarazo, mas no quieren renunciar a tener un hijo genéticamente propio. De no ser así, la pareja podría acudir a la adopción, que no genera los cuestionamientos y planteamientos morales, jurídicos, y éticos que si genera la maternidad subrogada.

Por eso, tratándose de una pareja homosexual, la gestante debería ser inseminada con el semen de uno de ellos; y si se trata de una pareja heterosexual, si bien lo ideal sería que ambos gametos procedan de la pareja comitente (para evitar mayores cuestionamientos y desdoblamientos), de no ser así, por lo menos unos de ellos (semen u óvulo), debería provenir de la pareja que contrata a la gestante.

En lo que respecta a los requisitos del contrato, entiendo que los contratos de maternidad subrogada deberían incluir los siguientes elementos:

1- Consentimiento a la inseminación artificial o a la implantación del preembrión.

La madre subrogada debe consentir la implantación del preembrión (creado, como se dijo, con el gameto de al menos uno de los comitentes) o la inseminación artificial, bien con esperma de donante o con el esperma del padre comitente (Si la pareja comitente aporta material genético masculino, supuesto que se presentará siempre si se trata de una pareja homosexual), y

⁷⁵⁵ Así, y a los efectos terminológicos, cuando en este apartado se habla de comitentes se está comprendiendo la posibilidad de que quien actúa como tal sea también una persona sola.

⁷⁵⁶ Como se vio, si quien actúa como comitente es una persona sola, ésta necesariamente tendría que aportar su material genético.

LANN, ELEONORA. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la biotecnología."

su marido (si ésta es casada) debe prestar su consentimiento a la implantación o a que su esposa sea inseminada con semen de un tercero a los efectos de cumplir con un contrato de maternidad subrogada.

Es decir, lo que consentiría el marido es que su mujer sea inseminada a los efectos de cumplir con un contrato de maternidad subrogada, siendo este consentimiento diferente al requerido por la LTRA en los supuestos en los que se atribuiría su paternidad.⁷⁵⁷ En este caso no podría atribuírsele la paternidad al marido de la subrogada, porque precisamente, al consentir la inseminación para maternidad de sustitución, estaría consintiendo que el padre sea el comitente.

Ahora bien, cabe aclarar que este consentimiento del marido no operaría como autorización marital (ello no puede concebirse conforme a los derechos de libertad, libre desarrollo de la personalidad, integridad personal y dignidad de la mujer, como se vio anteriormente), sino que se exige el consentimiento a los efectos de una especie de renuncia de paternidad legalmente presunta, dado que ésta le corresponderá al comitente.

2- Todas las partes en el contrato deben haber firmado el documento de consentimiento informado.

3- La mujer que quiere tener un hijo recurriendo a la maternidad subrogada, sólo podrá acudir a este procedimiento cuando sea estéril o incapaz de llevar a término un embarazo por poner en riesgo su salud o la salud del niño.⁷⁵⁸

Como se puede advertir, este requisito restringe las posibilidades de recurrir a la maternidad subrogada a aquellas mujeres que son médicamente incapaces de tener un hijo sin recurrir a las TRA. De esta manera, se previene que aquellas mujeres que médicamente son capaces de tener hijos, depositen

o deleguen las barreras e incomodidades del embarazo en otra mujer por su propio confort.

Una mujer no está obligada a tener un hijo y puede decidir no hacerlo, pero ¿Puede ella legítimamente transferir el riesgo a otra mujer, sobre todo si esto implica recurrir a la maternidad subrogada sin razones médicas?⁷⁵⁹ Entiendo que la respuesta es negativa.

4- La madre subrogada debe ser mayor de edad.
5- El/lla comitente o los miembros de la pareja comitente deben ser mayores de edad.⁷⁶⁰

6- La madre subrogada debe tener al menos un hijo previo propio.⁷⁶¹ Hay dos razones por las que se debe exigir que la madre subrogada tenga un hijo previo propio. En primer lugar, este requisito asegura que la madre subrogada comprende la gravedad de su compromiso, porque ella ha sufrido los rigores de la gestación y el parto de un niño. En segundo lugar, este requisito alivia las preocupaciones que implican privar a una madre primeriza de su primer hijo.

7- Exámenes médicos antes de la inseminación.
La madre subrogada debe realizarse una evaluación médica completa tanto física como genética.

El padre o la madre comitente que aporte el elemento genético también debe realizarse una evaluación médica, física y genética.

Los costos y gastos de todos los estudios corren por cuenta de los comitentes, que tienen derecho a ser informados si los resultados de los estudios hechos a la subrogada evidencian algún inconveniente o contraindicación.

8- Contraindicación médica y resolución del contrato.

⁷⁵⁹ Véase REILLY, D. "Surrogate pregnancy: a guide for Canadian prenatal health care providers", *Canadian Medical Association Journal*, Vol. 176, Núm. 4, 2007. Pág. 484-485.

⁷⁶⁰ Véase, entre otras, N.H. REV. STAT ANN, § 168-B:17(1) (2008) en la que se exige un mínimo de edad para las partes intervinientes en el contrato de maternidad subrogada.

⁷⁶¹ Véase, entre otras, VA. CODE ANN, § 20-160(B)(2) (2004) que requiere al menos un hijo previo propio.

⁷⁵⁷ Como se vio, cuando se trata de una mujer casada, la LTRA exige el consentimiento del marido para no atribuirle una paternidad en contra de su voluntad, porque él será el padre del nacido, en virtud de la presunción de paternidad, aunque luego - pero no en todos los casos - podría impugnarla. (Ver supra capítulo segundo)

⁷⁵⁸ Se allienta la exigencia de este requisito, afirmándose que así, no sólo se reduce el número de contratos que tendrán que ser evaluados por los tribunales, consensuándose así los recursos judiciales (principio de economía procesal) sino que con el tiempo se afirma la posición de la mayoría de las legislaciones de los Estados Unidos que exigen que la maternidad subrogada sea accesible sólo para mujeres estériles. Véase LIEBER, K. B. "Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?" 68 *Indiana Law J.* 1992. Pág. 205-226.

LAH, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Tarea una nueva concepción de los relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la biotécnica."

En el caso de que, por contraindicación médica, la madre sustituta no pueda ser implantada o inseminada artificialmente, el acuerdo se resuelve de pleno derecho.⁷⁶²

9- Certificación psicológica

La madre subrogada y su marido, si está casada, deben asesorarse por un profesional acerca de las consecuencias psíquicas que implica la supresión de los derechos sobre la criatura. El profesional debe expedir un certificado por el que confirma que todas las partes son capaces de consentir y que la madre subrogada ha recibido el asesoramiento adecuado.

Además, la certificación psicológica respecto de la subrogada tiene que también determinar si está capacitada para la maternidad subrogada.

10- Aptitud de los comitentes

Ella o los comitentes deben haber superado los estudios psicológicos pertinentes y deben cumplir con las normas de aptitud aplicables a los padres adoptivos.

11- Gastos y asistencia económica

Los comitentes se comprometen a pagar los controles médicos, como así también los gastos médicos y todo otro gasto ocasionado por el embarazo.⁷⁶³

Además, se deben comprometer a pagar una suma de dinero a la madre por sustitución, y en su caso al marido, por los problemas que le ocasiona el embarazo y el parto, entre ellos, ausencia ocasional de la madre por sustitución en su domicilio, riesgos propios del embarazo, restricciones físicas y sexuales, así como otras que puedan presentarse.

12- Aceptación de riesgo.

Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, la madre sustituta y, en su caso, su marido, asumen los riesgos de las consecuencias que le pueden producir el embarazo y el parto (tales riesgos deberían ser enumerados en documento aparte).

13- Aceptación de responsabilidad.

Los comitentes deben aceptar los riesgos de anomalías infantiles que se deben especificar en documento anexo.

⁷⁶² MEDINA, G. "Maternidad por sustitución..." Op. Cit.
⁷⁶³ MEDINA, G. "Maternidad por sustitución..." Op. Cit.

Es decir, los comitentes deben firmar un acta de responsabilidad por el cual deben aceptar el niño venga como venga. Si de un parto natural puede nacer un hijo con taras, también, en estos casos, debe asumirse dicho riesgo. En estos casos la madre gestante carecerá de responsabilidad,⁷⁶⁴ siempre que cumpla con lo previsto en el apartado siguiente.

14- Controles prenatales.

La madre sustituta se compromete a seguir todas las instrucciones médicas que le sean dadas en los controles prenatales. Además, debe comprometerse a no fumar, no tomar bebidas alcohólicas ni utilizar drogas ilegales, así como abstenerse de cualquier otro comportamiento que pueda resultar perjudicial al embarazo.

15- Examen de paternidad y/o maternidad.

La madre subrogada, y en su caso su marido, se comprometen a realizar un examen para verificar la paternidad y/o maternidad del niño y en el caso que éste demostrara que el padre y/o madre comitente no lo es (dependiendo de si la pareja comitente ha aportado gameto masculino, femenino, o ambos), el contrato podrá resolverse a solicitud de la pareja comitente.⁷⁶⁵ En este caso, la madre subrogada, y en su caso su marido, deberán indemnizar a los comitentes por los gastos efectuados y los perjuicios sufridos.

Además, la madre subrogada, y su marido en su caso, se deben comprometer a asumir los deberes y responsabilidades parentales del niño nacido, si se determina que ninguno de los miembros de la pareja comitente es el padre genético del niño y a pedido de la pareja comitente se resuelve el contrato.

16- Aborto y muerte al nacer.

La madre subrogada podrá abortar, previo examen y constatación médica, en los casos en que el embarazo represente un grave daño para su vida o su salud.

⁷⁶⁴ FÁBREGA RUIZ, C. F. "Biología y filiación..." Op. Cit. Pág. 137.

⁷⁶⁵ Si el comitente es una persona sola (hombre o mujer) y el examen de paternidad/maternidad demuestra que ella/comitente no es ella/padre/madre genético/a, el contrato podrá resolverse a pedido de ésta/ella. En este caso, es decir, si se opta por la resolución, ella/comitente debe ser indemnizado/a por la madre subrogada, y su marido en su caso, y estos últimos deben asumir los deberes y responsabilidades parentales del niño nacido.

LANN, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación en las fronteras del derecho civil".

Así como sucede en la adopción, los comitentes se deben comprometer a que revelarán a su hijo que éste ha sido concebido gracias a la ayuda de un contrato de maternidad subrogada.

El aborto también podrá producirse, a petición de la madre portadora o, en este caso también, a petición de los comitentes, si existen graves riesgos para la vida o la salud del feto, o en el supuesto de malformaciones del feto. Si la madre abortara espontáneamente o el niño naciera muerto y el examen genético determinara la paternidad/maternidad del padre/madre comitente, éste/ella deberá pagarle a la subrogada los gastos que hubiera tenido como consecuencia de los meses de embarazo.

Por el contrato, si la subrogada abortara sin necesidad médica declarada, los comitentes tienen derecho a ser indemnizados por los gastos realizados y los perjuicios sufridos.

17- Tutor o protector en caso de muerte de ambos padres⁷⁶⁶.

Los contratos de maternidad subrogada deberán incluir el nombramiento de un tutor o "protector" del menor (tercera persona llamada a hacerse cargo del menor nacido) para el supuesto de muerte de ambos padres antes del nacimiento.

Como variante, podría también haber una cláusula en la que se le confiere un plazo a la madre portadora, para que pueda optar por la custodia del nacido en el caso de muerte de ambos comitentes, en su defecto, el niño quedaría bajo la custodia del tutor.

18- Seguro.

Los comitentes se comprometen a contratar un seguro de vida para la madre subrogada que tenga como beneficiario a quien ésta designa.

19- Anonimato y publicidad.

Las partes se comprometen a preservar el anonimato de cada una de ellas y a no comunicar a nadie, ni a realizar ninguna declaración concerniente al objeto del contrato, sin el consentimiento escrito de la contraria.⁷⁶⁷

20- Revelación del origen⁷⁶⁸.

⁷⁶⁶ O de ella/comitente en caso de que sea un hombre o mujer sola.

⁷⁶⁷ MEDINA, G. "Maternidad por sustitución..." Op. Cit.

⁷⁶⁸ La cuestión relativa al secreto de los orígenes y al anonimato adquiere dimensiones particulares en los casos de maternidad subrogada, ya que está basado en un acuerdo entre las partes. Una madre subrogada puede acabar interviniendo en la vida familiar. Hay casos documentados en los que la madre subrogada se ha mantenido en contacto, principalmente con los padres, pero a veces también con niños que la ven como una niñera. En el año 2003 se realizó un estudio en Inglaterra con 42 parejas, que como consecuencia de haber acudido a la maternidad subrogada, tenían un niño de un año de edad. De acuerdo con el estudio el 91% de las madres y el 93% de los

padres vieron a la madre subrogada al menos una vez después del nacimiento. La madre subrogada vio de nuevo al niño en el 76% de los casos. Alrededor del 60% de las parejas continúa viendo a la madre subrogada un par de veces al año y en la mayoría de los casos la relación parece ser armoniosa. Entre los casos en los que la madre subrogada ha visto al niño 92% de las madres y el 90% de los padres ven la participación de la madre subrogada en la vida del niño de manera positiva.

MACCALLUM, F. "Surrogacy: The experience of commissioning couples", *Human Reproduction*. Vol. 18, Núm. 6, 2003, Pág. 1339.

⁷⁶⁹ Este sería el mismo que estaría encargado de actuar como intermediario entre las partes, controlar las pautas de los contratos y su cumplimiento, verificar las condiciones de aptitud de la que actuaría como madre subrogada y evaluar la capacidad e idoneidad de los comitentes.

⁷⁷⁰ El balance de las madres comitentes muestra que la mayoría tiene la intención de decirle a su hijo desde una temprana edad cómo ha sido concebido y gestado. En los Estados Unidos, algunas madres comitentes, si bien tienen buenas intenciones se encuentran con dificultades acerca de cuándo decirle al niño. Las niñas estadounidenses pretenden fomentar la apertura acerca de los orígenes del niño (incluso en algunos programas cerrados), pero no especifican cómo y cuándo es el momento óptimo para decirle al niño. La apertura en cuanto a la concepción, gestación y orígenes genéticos tiene también razones prácticas, especialmente en el Reino Unido, donde muchas madres subrogadas y parejas comitentes desarrollan una fuerte relación de amistad, debido a que los cambios físicos y emocionales son relevantes para ambas partes. Muchas parejas también experimentan grandes altos y bajos, por ejemplo la alegría cuando el bebé da positivo o cuando se comparte la experiencia del parto, o, si el embarazo no logra establecerse o resulta en una pérdida de ambas partes sufren juntas estas difíciles condiciones. De esta manera, logran conocerse íntimamente por la duración de al menos un año y muchos desean permanecer en contacto luego de que el arreglo ha terminado. Otra razón práctica es que el Reino Unido no permite la existencia de agencias o intermediarias; de modo que es prácticamente imposible que no lleguen a conocerse mutuamente. Finalmente, es imposible para la mayoría de las mujeres comitentes esconder la verdad en su entorno social acerca de que no han estado embarazadas. VAN DEN AKKER, O. "Psychosocial aspects of surrogate..." Op. Cit. Pág. 53-62.

21- El contrato, en principio, debe ser gratuito, es decir, el móvil debe ser altruista.

No obstante, como se ha manifestado al analizar la maternidad subrogada comercial, no hay nada específicamente objetable en que se le pague una remuneración a la subrogada por sus servicios.

padres vieron a la madre subrogada al menos una vez después del nacimiento. La madre subrogada vio de nuevo al niño en el 76% de los casos. Alrededor del 60% de las parejas continúa viendo a la madre subrogada un par de veces al año y en la mayoría de los casos la relación parece ser armoniosa. Entre los casos en los que la madre subrogada ha visto al niño 92% de las madres y el 90% de los padres ven la participación de la madre subrogada en la vida del niño de manera positiva.

MACCALLUM, F. "Surrogacy: The experience of commissioning couples", *Human Reproduction*. Vol. 18, Núm. 6, 2003, Pág. 1339.

CANH, Eleonora. "El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la biotética".

El valor monetario del intercambio viene relacionado con todos estos riesgos, tiempos, dedicación, controles, cuidados, lucro cesante e implicaciones afectivas del proceso. No hay una mercantilización de seres humanos, sino simplemente costos en todos los sentidos que los interesados deben retribuir de alguna manera a la madre sustituta.⁷⁷¹

De admitirse el pago de una remuneración, ésta debería ser regulada por parte del Estado para evitar abusos de cualquier tipo, debiendo fijarse prudentemente una suma única, cuyo cumplimiento debe ser controlado por autoridad competente.⁷⁷²

22- Posibilidad de arrepentimiento:

Una vez celebrado el contrato y alcanzado el embarazo, las partes no podrán arrepentirse. Es decir, la portadora no podrá luego quedarse con el niño (negarse a entregarlo a los comitentes); ni los comitentes podrán negarse a recibir al niño.

Excepcionalmente, podría admitirse la fijación de un período de tiempo anterior al nacimiento del niño (por ejemplo 180 días desde el embarazo), dentro del cual la madre subrogada podría rescindir el contrato si decide que ya no desea renunciar a sus derechos parentales sobre la criatura. En este caso, la madre subrogada, y su marido en su caso, deberán indemnizar a los comitentes por los gastos efectuados.⁶

23- Mediación judicial en caso de incumplimiento del contrato

En el supuesto excepcional de que las partes no quieran cumplir con lo pactado, esto es, que la madre subrogada se niegue a entregar al niño a los comitentes o que estos se nieguen a recibirlo, el conflicto deberá resolverse a través de la mediación judicial. En este caso, al resolver el conflicto, se deberá atender la intención de las partes.

⁷⁷¹ CAMACHO, J. M. "Maternidad subrogada: una práctica..." Op. Cit.

⁷⁷² Entiendo que esta autoridad podría ser la misma que estaría encargada de actuar como intermediario entre las partes, controlar las pautas de los contratos y su cumplimiento, verificar las condiciones de aptitud de la que actuaría como madre subrogada y evaluar la capacidad e idoneidad de los comitentes.

Capítulo Quinto

"Co-maternidad"

En este capítulo, dedicado al estudio y análisis de la figura de la co-maternidad, propongo estudiar brevemente el matrimonio entre personas del mismo sexo, analizando esta figura en el marco del derecho comparado y resaltando las razones y argumentos jurídicos que la habilitan, para luego analizar sus efectos en materia de filiación, en especial cuando se trata de una pareja conformada por dos mujeres y una de ellas recurre a las técnicas de reproducción asistida para acceder a la maternidad (co-maternidad).

Conforme al objetivo principal de este trabajo, en este capítulo se procurará demostrar la importancia del elemento volitivo en la determinación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida cuando se trata de parejas homosexuales conformadas por 2 mujeres. Cabe anticipar que en estos supuestos, la importancia del elemento volitivo se manifiesta de manera evidente, debido a que, indefectiblemente, por lo menos una de ellas no aportará material genético⁷⁷³ -situación que se presenta aun en aquellos supuestos en los que se autoriza la implantación en el útero de una de ellas del óvulo fecundado de la otra.⁷⁷⁴ aunque, como se verá, igualmente corresponde considerarla como madre.

1-Breve reflexión introductoria

La existencia de familias formadas por parejas homosexuales en las que niños son concebidos es un hecho cada vez más frecuente. Sin duda, el fenómeno está relacionado a la creciente liberalización de los climas sociales y la legalización del matrimonio homosexual por algunos estados. Curiosamente, sin bien los climas sociales se han vuelto más abiertos, los padres gays

⁷⁷³ Aunque como se verá luego, las TRA permiten que las mujeres puedan tener una familia cada vez más estrechamente relacionada genéticamente.

⁷⁷⁴ Esta práctica, conocida como ROPA, ha sido autorizada por la Comisión Nacional de Reproducción Asistida y algunas clínicas la están llevando a cabo, como se explicará luego.

Propuesta de ley sobre gestación por sustitución¹

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La gestación por sustitución ha irrumpido en la sociedad española como una alternativa de acceso a la condición de padre o madre pese a la prohibición expresa en la norma. Esta nueva forma de paternidad y maternidad se apoya de forma implícita o tácita, se practica desde amplios espectros sociales e ideológicos y cuenta con el respaldo de la comunidad científica, con la única crítica explícita proveniente de sectores feministas radicales y ultraconservadores católicos.

II

La prohibición de la gestación por sustitución no evitó que ésta se llevara a cabo ni en España ni en el extranjero. Fue precisamente la gestación por sustitución internacional la que, además de evidenciar una realidad, puso de manifiesto la necesidad de dar una respuesta legal a los nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, lo que vino a confirmar la ya existente necesidad de adoptar un marco legal que admita y regule esta figura.

La gestación por sustitución internacional demostró y advirtió que la prohibición sólo conducirá a situaciones injustas, discriminatorias y, en muchos casos, en graves perjuicios para los niños nacidos como consecuencia del limbo legal en el que se encuentran ante la práctica realizada no obstante su prohibición.

Consecuentemente, una regulación que contemple la gestación por sustitución y permita acceder a ella en condiciones igualitarias disminuirá además el turismo reproductivo, y con esto, todos los problemas e injusticias que de él emanan.

¹ Agradezco a Aída Kemelmajer de Carlucci y a Marisa Herrera sus valiosos aportes.

III

Regular la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento, éste encuentra una familia que lo quiere; además, él mismo no hubiese existido de no haber mediado el acuerdo. El interés superior del niño se asegura limitando el poder de las partes, y esto sólo puede hacerse a través de la regulación legal de estos convenios. Ese interés exige contar con un marco legal que proteja al niño, le brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva.

De conformidad con los estudios empíricos realizados en familias que han recurrido a la gestación por sustitución, se puede afirmar que ésta no conculca ni viola el principio del mejor interés del niño; por el contrario, lo satisface. Las investigaciones arrojan resultados positivos en la interacción entre padres/madres y niños nacidos por gestación por sustitución en los primeros años de vida.

IV

La regulación de la gestación por sustitución es la tendencia en el derecho comparado. El número de estados que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución está creciendo. Muchos de esos estados han promulgado esta legislación dentro de los últimos diez años. Incluso, muchos se están cuestionando su regulación.

Además, muchas legislaciones que en algunos aspectos tenían un carácter restrictivo se están flexibilizando.

España, que ha sido pionera siempre en estas leyes, debe seguir esta tendencia.

V

La falta de regulación de la gestación por sustitución puede importar una violación de los principios de igualdad y no discriminación.

En primer lugar, la gestación por sustitución representa la única opción que tiene una pareja homosexual compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (aunque sólo de uno de ellos), por lo que, conforme a

los principios de libertad, igualdad y no discriminación, la gestación por sustitución debe legalizarse y regularizarse. Si una pareja heterosexual, o una pareja homosexual de dos mujeres puede tener un hijo genéticamente propio, entonces también debe poder hacerlo una pareja conformada por dos hombres.

En segundo lugar, la ley no brinda solución para quien quiere ser madre jurídica pero necesita de otra para gestar. En cambio, si la mujer que quiere tener un hijo precisa del óvulo de otra, sin que presente anomalías fisiológicas para gestar, aparecerá como madre por el parto y, en principio, se ajusta a las exigencias jurídicas para ser la madre legal que pretende ser. Ante esto cabe preguntarse: ¿por qué es más digno y aceptable que una mujer tenga hijos con óvulos donados, que lo haga recurriendo a la donación de la «capacidad de gestación»? Si se ofrece una solución a las mujeres que no pueden tener hijos por no poder aportar sus óvulos, habría que permitir esta práctica para ayudar también a aquellas mujeres que no pueden gestar.

Por último, las prohibiciones legales —o las limitaciones que surgen de la falta de regulación legal— son discriminatorias, en tanto se aplican esencialmente a las personas o parejas (de igual o diferente sexo) que no pueden afrontar los gastos que insume una práctica compleja como la gestación por sustitución; en cambio, quienes tienen recursos económicos van a los países donde dicha práctica está permitida.

IV

La gestación por sustitución es una práctica existente y hasta más frecuente de lo generalmente conocido. Ante esta nueva realidad puesta de manifiesto, la mejor solución, la más garantista, no es cerrar los ojos, ni prohibir, sino regular. El derecho es evolutivo; una situación pudo no estar contemplada por la norma porque no existía fácticamente; nada impide que la regulación surja cuando la situación aparece, adaptando y moldeando las nuevas realidades. Esta es la respuesta que mejor satisface el cumplimiento y desarrollo de los derechos humanos.

La evolución en las concepciones sociales y en la ciencia deben ser contempladas por el derecho que debe adaptarse, captar y normar, las nuevas realidades que se presentan en estos días para dar al nacido la certeza de una filiación que coincida con su realidad.

Para un pequeño grupo de personas, la gestación por sustitución es la única oportunidad real de crear una familia, por lo que cabe concluir que el rol del Estado debe ser crear un ambiente que maximice las posibilidades de éxito y

felicidad para las personas que quieren formar una familia, en lugar de establecer desventajas o estigmatizarias.

Se trata, entonces, de promover un marco jurídico que privilegie el ejercicio de los derechos reproductivos, que respete y promueva el derecho de las personas a una maternidad o paternidad libre, que represente una garantía para el ejercicio de los derechos, que reconozca la diversidad con la cual está integrada nuestra sociedad y que sea el ejemplo de normas de una sociedad democrática, plural, incluyente y diversa.

Título I. Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto. Esta ley tiene por objeto regular la gestación por sustitución.

Artículo 2. Concepto y sujetos. La gestación por sustitución es una forma de reproducción médicamente asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominada comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente.

Artículo 3. Capacidad. Gestante y comitente deben ser plenamente capaces.

Título II. De los requisitos de las partes

Artículo 4. Requisitos referidos a la gestante. La persona que actúa como gestante en un acuerdo de gestación por sustitución no debe aportar sus gametos y debe reunir, de mínima, los siguientes requisitos:

- a) Tener buena salud física y psíquica.
- b) No haberse sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces.
- d) Haber dado a luz, al menos, a UN (1) hijo propio.

Artículo 5. Requisitos referidos a la parte comitente. Puede ser comitente una persona sola, o una pareja, casada o no, que cumpla, de mínima, con los siguientes requisitos:

- a) Al menos uno de los comitentes debe aportar sus gametos.
- b) La persona o las personas comitentes deben tener imposibilidad de concebir, o de llevar un embarazo a término sin riesgo para su salud, o para la salud del niño por nacer.
- c) La persona o una de las personas comitentes deben tener tres años de residencia ininterrumpida en el país.

Título III. De la autorización judicial

Artículo 6. Autorización judicial. Todo acuerdo de gestación por sustitución debe ser judicialmente autorizado de conformidad con las disposiciones previstas en la presente ley y en las normativas que se dicten a estos fines.

Artículo 7. Requisitos de la petición. Las partes intervinientes en el acuerdo de gestación por sustitución deben solicitar al juez que autorice la técnica. La presentación debe contener, además de la petición:

- a) Copia de la documentación que acredite la identidad de las personas intervinientes en el acuerdo.
- b) Certificado médico que acredite buena salud física y psíquica de la gestante.
- c) Certificado médico que acredite que la persona o las personas comitentes son incapaces de concebir o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de la mujer o del niño por nacer.
- d) Certificado que acredite que todas las partes han recibido asesoramiento médico y psicológico adecuado.
- e) Certificado médico que acredite que al menos uno de los comitentes aporta su material genético.
- f) Cualquier otra información de interés para la alcanzar la autorización que se pretenda.

Título IV. Del equipo multidisciplinario

Artículo 8. Equipo multidisciplinario. Créase un equipo multidisciplinario en el ámbito del poder judicial que debe actuar dentro del marco del proceso judicial de autorización de la gestación por sustitución.

El equipo multidisciplinario se conforma por un abogado, un médico clínico, un ginecólogo, un psicólogo y un trabajador social.

Artículo 9. Dictamen del equipo multidisciplinario. El juez debe contar con un dictamen del equipo multidisciplinario que debe:

- a) Evaluar la salud física y psíquica de la gestante y su aptitud para actuar en ese carácter.
- b) Evaluar la idoneidad de o de las personas comitentes para ser progenitores a través de la gestación por sustitución.
- c) Constatar que la o las personas comitentes son incapaces de concebir, o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de la mujer o del niño por nacer.

El equipo interdisciplinario tiene las demás funciones que prevean las autoridades y que, en cada caso, fije el juez.

Título V. De los requisitos para la homologación del acuerdo

Artículo 10. Homologación del acuerdo. El juez debe homologar el acuerdo de gestación por sustitución sólo si:

- a) Todas las partes han tenido en miras el interés superior del niño que pueda llegar a nacer a través de esta técnica.
- b) El equipo interdisciplinario ha dictaminado favorablemente.
- c) La parte comitente consiente el vínculo jurídico de filiación que se establece entre ella y la persona nacida como consecuencia del acuerdo de gestación por sustitución, inmediatamente de acaecido el nacimiento.
- d) La gestante acepta que no tiene vínculos jurídicos de filiación con la persona que gestó y dio a luz.
- e) Todas las partes han prestado su consentimiento libre, previo, pleno e informado a la técnica y a sus efectos.

Artículo 11. Derechos personalísimos de la gestante. Las cláusulas del acuerdo de gestación por sustitución que de alguna manera limitan los derechos de la gestante sobre su propio cuerpo, o su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía, se tienen por no escritas.

Si durante la gestación se produce alguna de las causales de interrupción del embarazo autorizadas por la *Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, la gestante puede optar libremente por algunas de las alternativas previstas en esa ley. Si la gestante opta por la interrupción del embarazo sin conformidad de los comitentes, debe restituirles todo lo que hubiese recibido, que no sean las sumas mencionadas en el segundo párrafo del artículo siguiente.

Artículo 12. Carácter no lucrativo. Compensaciones. El acuerdo de gestación por sustitución no puede tener carácter lucrativo o comercial.

La compensación económica a cargo de los comitentes y en beneficio de la gestante es válida si sirve para compensar los gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución, incluidos los derivados de los tratamientos para provocar el embarazo, el parto y el posparto.

La gestante también tiene derecho a percibir una compensación para cubrir los gastos básicos durante los meses de embarazo y posparto.

El Ministerio de Sanidad establecerá la fórmula mediante la cual se calcula el monto de esta compensación.

Artículo 13. Seguro. La parte comitente debe contratar un seguro, a su costo y a favor de la gestante, que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución.

Título VI. Del registro de gestantes

Artículo 14. Registro de gestantes. Créase un registro de gestantes en el ámbito del Ministerio de Sanidad, en el que se toma razón de las personas que actúen como tales en los acuerdos de gestación por sustitución.

El registro de gestantes tendrá las demás funciones que las autoridades establezcan.

Artículo 15. Información del registro. Antes de autorizar un acuerdo de gestación por sustitución, el juez debe consultar el registro de gestantes a los efectos de verificar que la persona interviniente como tal no ha actuado con anterioridad en dos ocasiones.

Título VII. De los efectos de la resolución judicial

Artículo 16. Resolución judicial. Efectos. Autorizado el acuerdo de gestación por sustitución, el juez emite una resolución judicial declarando que la parte comitente tendrá vínculos jurídicos de filiación con la persona que nazca como consecuencia de la técnica.

La filiación queda establecida entre la persona nacida y la o las personas comitentes, con independencia del aporte genético, sobre la base de la voluntad procreacional, y mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o de los comitentes y la resolución judicial que apruebe el acuerdo de gestación por sustitución.

La persona o personas comitentes no podrán impugnar la filiación del niño nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución, cuando ha mediado su consentimiento y el acuerdo ha sido autorizado judicialmente.

Artículo 17. Deberes de los centros de salud y plazo de ejecución. El centro de salud interviniente no puede proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la correspondiente autorización judicial que apruebe el acuerdo de gestación por sustitución. La transferencia embrionaria no puede realizarse si ha transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial.

Artículo 18. Partida y certificado de nacimiento. En todos los casos en que el acuerdo de gestación por sustitución ha sido autorizado judicialmente, el certificado y la partida de nacimiento se emitirán haciendo consignar el vínculo de filiación con la o las personas comitentes, sin dejar constancia del nombre de la gestante.

En ningún caso, la partida o el certificado puede reflejar datos de los que se pueda inferir que el niño ha nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución

Artículo 19. Cumplimiento del acuerdo. Si el acuerdo ha sido autorizado judicialmente, producido el nacimiento, la parte comitente no puede negar su vínculo filiativo con la persona nacida, y la gestante no puede oponerse a que el niño permanezca con la parte comitente.

Artículo 20. Intervención judicial. Sin perjuicio de los medios alternativos de resolución, cualquier conflicto derivado del acuerdo de gestación por susti-

ción debe resolverse ante el mismo juez que intervino en el procedimiento para autorizar la gestación por sustitución.

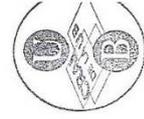
En todo caso, se debe atender al interés superior del niño en la situación concreta y a la voluntad libremente expresada por las partes.

Título VIII. Del derecho a conocer

Artículo 21. Derecho a conocer. La persona nacida como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución tiene derecho de acceder al expediente judicial, alcanzada la edad y madurez suficiente.

Título IX. De los efectos de la falta de autorización judicial

Artículo 22. Normas aplicables. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.





PROPOSICIÓN DE LEY DE GESTACIÓN SUBROGADA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La evolución del modelo de familia ha ido pareja con el avance científico aplicado a la planificación familiar y a las técnicas de reproducción asistida que, especialmente a partir de las últimas décadas del siglo pasado, dieron solución a los problemas de esterilidad en la pareja para, posteriormente y gracias a la evolución de las técnicas de reproducción asistida, extender su ámbito de actuación a la prevención de la aparición de enfermedades a través de la selección de preembriones y el diagnóstico genético preimplantacional; lejos quedan ya los tiempos en los que los denominados "bebés probeta" eran noticia.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA) supuso la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas y, en consecuencia, la seguridad jurídica para los profesionales que intervienen en dichas técnicas pero, de forma muy especial, para quienes las utilizan como medio de acceso a la paternidad o maternidad y las personas cuya vida es fruto de la aplicación de dichas técnicas.

II

La LTRHA -en su artículo 10- reconoce como un hecho la gestación subrogada pero la excluye de su ámbito de regulación, al considerar nulo cualquier contrato que suponga la renuncia por parte de una mujer a la filiación materna. La Ley se acoge así al principio del derecho romano *mater semper certa est* y dispone que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

Este precepto de la LTRHA no ha sido óbice para que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General del Registro y el Notariado (DGRN) haya supuesto la posibilidad de inscribir en el Registro Civil español una relación de filiación declarada por un Tribunal extranjero y haciendo así factible, en palabras de la propia Instrucción, la continuidad transfronteriza de una relación de filiación que, obviamente, implica responsabilidades parentales. Y ello aunque esta

relación de filiación sea fruto de una gestación subrogada, con lo que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN dejó sin contenido efectivo la nulidad del contrato de gestación subrogada contenida en la LTRHA, al hacer posible la inscripción en el Registro Civil español del deseado fruto de este contrato, con la única condición de que no se haya formalizado en España.

La citada Instrucción vela también por el interés superior del menor, contenido normativamente en la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, adoptada por Naciones Unidas y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. Y entre otros derechos, esta Convención incluye los del menor a tener los mismos padres en todos los países y a tener una nacionalidad, cuestiones a las que la Instrucción referenciada da respuesta, como no podía ser de otra manera, permitiendo a la vez que dando garantías a la inscripción en el Registro Civil español

de menores nacidos mediante gestación subrogada en otros estados.

El ejercicio de pragmatismo de la citada Instrucción constituye la legalización *de facto* de la gestación por subrogación en España. Esa legalización fáctica no tiene hoy un alcance residual, ya que son numerosas las familias españolas que tienen hijos fruto de la gestación subrogada aunque, eso sí, el acceso a esta técnica de reproducción asistida está limitada a las personas con suficientes recursos económicos y socioculturales para emprender esa vía de acceso al hecho parental fuera de nuestras fronteras. Con ello se conculca el principio constitucional de la igualdad.

III

Hoy la gestación por subrogación constituye una realidad tanto en España como en los países de nuestro entorno, y se ve con la misma naturalidad que otras expresiones de los cambios de percepciones sociales ante instituciones ligadas a nuevos modelos familiares que tienen como denominador común el fijar el marco

jurídico en el cual las personas quieren expresar su propia concepción de las relaciones familiares y asumir la condición de progenitores. Piénsese en normas específicas al respecto como la del matrimonio entre personas del mismo sexo (Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio) o la de adopción internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional).

Son normas que regulan y garantizan derechos, no desnaturalizan las instituciones y son fruto de la interpretación evolutiva de la Constitución y su acomodo a la realidad de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, en conceptos empleados en la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 6 de noviembre de 2012, que avala el matrimonio entre personas del mismo sexo. En esta sentencia también se destaca que la nueva configuración de esa institución familiar no la convierte en irreconocible en la sociedad española actual, algo completamente aplicable a la gestación por subrogación.

IV

Ya desde Roma, en los tiempos de las XII Tablas, se produce una preocupación jurídica por la familia como manifestación social, y especialmente de su función como garante social del hecho reproductor. Pese a los sucesivos e intensos intentos de imposición de una determinada moral, siempre el Derecho de Familia ha tenido un trasfondo pragmático, traducido en garantizar la procreación, sin la cual no sólo la propia familia sino la especie humana se extinguiría. En nuestra historia más reciente, declaraciones y convenciones internacionales protegen a la familia y garantizan los derechos de cada uno de sus miembros, todo ello plasmado en el artículo 39 de la Constitución.

El Derecho de Familia se ha enfrentado en las últimas décadas a los sucesivos retos planteados por los avances en Medicina y Biotecnología. Esos avances científicos aplicados a las técnicas de reproducción asistida han cuestionado antiguos paradigmas, poniéndose en entredicho cuestiones como la maternidad, la paternidad y la filiación, como destacó el legislador en la exposición de motivos de la antigua Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Todo ello ha supuesto para el legislador español pasar de la fase de prevalencia de las presunciones respecto a la filiación, contenida en el artículo 116 del Código Civil, a la de prevalencia del consentimiento en la reproducción humana asistida, sin olvidar la

posibilidad de la investigación biológica de la paternidad posibilitada por el descubrimiento del ADN y positivada en el artículo 39.2 de la Constitución de 1978.

V

La presente Ley tiene el objetivo de regular la gestación subrogada y garantizar los derechos de todas las personas que intervienen en el proceso, y de forma muy especial, de los menores fruto de esta técnica de reproducción asistida. La finalidad de la iniciativa es también extender la posibilidad de acceder a la gestación subrogada -acceso ahora reservado a los más pudientes- y facilitar con ello la debida tutela de los diferentes derechos.

El Capítulo I de la Ley fija el objeto y el ámbito de la misma, define a los actores del proceso y la propia técnica y las condiciones personales de su aplicación.

En el Capítulo II de la Ley se aborda la forma cómo debe llevarse a cabo el proceso y se concretan las garantías para todos los intervinientes en el mismo, además de fijar el contenido mínimo del contrato de gestación por subrogación y formular las previsiones legislativas oportunas para la inscripción registral de la filiación y las previsiones en caso de premoriencia de los progenitores subrogantes.

Por último, en el Capítulo III se determina la creación del Registro nacional de gestación por subrogación.

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley.

1. Esta Ley tiene por objeto regular la gestación por subrogación.
2. A los efectos de esta Ley se entiende por:
 - a) Gestación por subrogación. La técnica de reproducción humana asistida por la que una mujer acepta ser la gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida contempladas por la ley y dar a luz al hijo de otras personas o persona (progenitores subrogantes).
 - b) Progenitor o progenitores subrogantes. La persona o personas que acceden a la paternidad mediante la gestación por subrogación, aportando o no su propio material genético.
 - c) Mujer gestante por subrogación. Es la persona que, sin aportar material genético propio y mediante un contrato de gestación por subrogación, consiente y acepta someterse a técnicas de reproducción asistida humana con el objetivo de dar a luz al hijo del progenitor o

progenitores subrogantes, sin que en ningún momento se establezca vínculo de filiación alguno entre la mujer gestante por subrogación y el niño o niños que pudieran nacer como fruto de esta técnica.

d) Contrato de gestación por subrogación. Documento público por el que una pareja - formada por personas de igual o diferente sexo- o una persona, acuerdan o acuerda con una mujer que ésta será la gestante por subrogación.

Artículo 2. Condiciones personales de la aplicación de la técnica.

1. La gestación por subrogación se realizará solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no suponga riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer gestante por subrogación o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer gestante, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de los riesgos y de las condiciones de la técnica.

2. El progenitor o progenitores subrogantes deberán haber agotado o ser incompatibles con otras técnicas de reproducción humana asistida.

3. La utilización auxiliar de las técnicas de fecundación in vitro o afines que sean necesarias para la gestación por subrogación será llevada a cabo de acuerdo y en los centros habilitados para ello según lo dispuesto al respecto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida u otra normativa que resulte de aplicación.

CAPÍTULO II. PARTICIPANTES Y CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN

Artículo 3. Mujer gestante por subrogación.

1. La mujer gestante por subrogación deberá tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias fijadas para los donantes en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Deberá haber gestado al menos un hijo sano con anterioridad, que éste esté vivo, disponer de una situación socio-económica estable y haber residido en España durante los dos años inmediatamente anteriores a la formalización del contrato de gestación por subrogación.

2. La gestación subrogada nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica rescaritoria que se pueda fijar sólo podrá compensar las molestias físicas, los gastos de desplazamiento y laborales y el lucro cesante inherentes al procedimiento y proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante

los estudios y tratamiento pregestacional, la gestación y el post-parto. La compensación económica será con cargo a los progenitores subrogantes y a beneficio de la mujer gestante.

Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la gestación subrogada deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentarse mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos.

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la gestación.

3. La percepción de las compensaciones por gestación subrogada estarán exentas de tributación en el IRPF.

4. La mujer gestante por subrogación podrá tener o no cualquier clase de vínculo con los progenitores por subrogación.

5. La mujer gestante por subrogación será beneficiaria de un seguro -que deberán tomar a su cargo los progenitores o el progenitor subrogante- que cubra, con hasta 1 millón de euros, las contingencias que puedan derivarse como consecuencia de la aplicación de la técnica de reproducción asistida y posterior gestación, y en especial, en caso de fallecimiento, invalidez o secuelas físicas.

Artículo 4. Progenitores o progenitor subrogantes.

Podrán ser progenitores o progenitor subrogantes todas las personas que, cumpliendo las condiciones fijadas en el artículo 2 de la presente Ley, formalicen el contrato de gestación por subrogación de acuerdo con la misma.

En el caso de parejas, las personas que la integren deberán estar unidas por el vínculo matrimonial, estar inscritas como pareja de hecho o mantener una relación análoga a las anteriores.

El progenitor o progenitores subrogantes deberán ser españoles o haber residido en España durante los dos años anteriores a la formalización del contrato de gestación por subrogación. En caso de parejas progenitoras subrogantes bastará que uno de sus miembros cumpla la condición.

Artículo 5. La transferencia embrionaria y el parto de la mujer gestante por subrogación.

1.- La transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación se hará de acuerdo con lo previsto, en lo que respecta a técnicas y

eventuales donantes de material genético, en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, teniendo las terceras personas que eventualmente intervengan en el proceso los derechos y obligaciones contenidos en dicha Ley. Estas técnicas sólo podrán aplicarse en la mujer gestante por subrogación una vez cumplidos los requisitos fijados por la presente Ley.

2.- Los progenitores subrogantes se harán cargo, a todos los efectos, del niño o niños nacidos inmediatamente después del parto.

3.- Si durante la gestación subrogada se produjesen algunas de las circunstancias previstas para la interrupción del embarazo en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la mujer gestante por subrogación podrá libremente adoptar la decisión que estime oportuna en el marco de la Ley.

4.- Si la mujer gestante por subrogación se acoge a la interrupción del embarazo por las causas previstas en el artículo 14 de la referida Ley Orgánica 2/2010, deberá devolver cualquier cantidad que hubiese recibido de los progenitores subrogantes e indemnizarles por los daños y perjuicios causados; esta decisión de la mujer gestante por subrogación supondrá su exclusión del Registro nacional de gestación por subrogación.

Artículo 6. El contrato de gestación por subrogación.

1. La mujer gestante por subrogación y el progenitor o progenitores subrogantes deberán otorgar ante notario -con carácter previo a cualquier aplicación de una técnica de reproducción humana asistida- el contrato de gestación por subrogación, redactado con sujeción a la presente Ley, y al que necesariamente se anexará el justificante de la inscripción de la mujer gestante por subrogación en el Registro. También antes de cualquier aplicación de una técnica de reproducción humana asistida, el contrato deberá ser presentado ante el Registro nacional de gestación por subrogación.

El contrato de gestación por subrogación contendrá, como mínimo, las siguientes previsiones:

- a) Compensación económica que percibirá la mujer gestante por subrogación y forma y modo de percepción.
- b) Técnicas de reproducción humana asistida que se emplearán.
- c) Forma, modo y responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación y previsión del lugar del parto.

d) Designación de tutor, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 223 del Código Civil.

e) Detalles del seguro al que hace referencia el artículo 3.5 de la presente Ley.

Artículo 7. Filiación de los hijos nacidos mediante gestación por subrogación.

1. La filiación de los nacidos mediante gestación por subrogación se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en el artículo siguiente.

2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

Artículo 8. Determinación legal de la filiación.

1. La persona o personas progenitores subrogantes, cuando hayan formalizado el contrato de gestación por subrogación y se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación, no podrán impugnar la filiación del hijo nacido como consecuencia de tal gestación.

2. A los efectos previstos en el artículo 43 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, serán los progenitores o progenitor subrogantes los obligados a promover la inscripción correspondiente, debiendo aportar copia autenticada del contrato de gestación por subrogación debidamente registrado.

3. La revelación de la identidad de la mujer gestante por subrogación o del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5. de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

Artículo 9. Premorienza de uno de los dos progenitores subrogantes.

1. En el supuesto de que el progenitor subrogante superviviente decida continuar con el proceso, no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y la persona fallecida cuando no se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación ni el material reproductor del progenitor subrogante fallecido -en el caso de que debiera aportarlo- no se halle en el útero de la mujer gestante por subrogación en momento de la muerte del progenitor subrogante que aporte material genético.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el progenitor subrogante podrá prestar su consentimiento, en el contrato de gestación

subrogada, para que su material reproductor -si deba aportarlo- pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para la fecundación y posterior transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación.

El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Artículo 10. Premorienza de los dos progenitores subrogantes o del progenitor subrogante único.

En el supuesto de fallecimiento durante la gestación de los dos progenitores subrogantes o de quién fuera progenitor subrogante único, el contrato de gestación por subrogación mantendrá su validez a efectos de determinar la filiación, estando obligados a promover la inscripción por la declaración correspondiente las personas determinadas en el artículo 43 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil.

CAPÍTULO III. REGISTRO DE GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN

Artículo 11. Registro nacional de gestación por subrogación.

1. El Registro nacional de gestación por subrogación, adscrito al ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, es aquel registro administrativo en el que se inscribirán las mujeres que deseen ser gestantes por subrogación y conozcan el marco jurídico de dicha gestación. El Registro, en una sección específica, registrará también los contratos de gestación por subrogación que se otorguen.

En cualquier caso, para suscribir en calidad de mujer gestante por subrogación un contrato de gestación subrogada será condición estar inscrita en el Registro. 2. Las personas que quieran ser progenitores subrogantes y no conozcan directamente una mujer inscrita en el Registro con la que suscribir el contrato de gestación subrogada, podrán dirigirse al Registro para que éste les facilite la identidad de una persona idónea que desee ser mujer gestante por subrogación, previa autorización expresa de ésta.

3. El Gobierno, previo informes del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y mediante real decreto, regulará la organización y funcionamiento del registro nacional.

Disposición derogatoria única. A la entrada en vigor de esta Ley quedan derogadas todas las disposiciones normativas que se le opongan y, en particular, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Disposición final primera. Título competencial. Esta Ley, que tiene carácter básico, se dicta al amparo del artículos 149.1.8, 149.1.15 y 149.1.16 de la Constitución.

Disposición final segunda. Desarrollo normativo. Se faculta al Gobierno para dictar cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de esta Ley.

Disposición final tercera. Entrada en vigor. La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

