



Universidad Internacional de La Rioja
Máster Universitario en Derecho de Familia

La Gestación por Sustitución. Su realidad jurisprudencial y legislativa en el ámbito del Derecho Internacional Privado

Trabajo fin de máster presentado por: Izaskun Uriarte Morales

Titulación: Máster Universitario en Derecho de Familia

Área jurídica: Derecho Civil

Directora: Dra. Esther María Salmerón Manzano

Madrid

28 de febrero de 2019

Firmado por:

INDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

RESUMEN.....4

INTRODUCCIÓN.....5

CAPÍTULO PRIMERO: LA GESTACION POR SUSTITUCIÓN.....6

I.1 Concepto, naturaleza jurídica y clases

I.2 Antecedentes de hecho

I.3 Problemática de la gestación por sustitución. El deseo de ser padres frente a la existencia de un verdadero derecho a la maternidad/paternidad

CAPÍTULO SEGUNDO: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.....17

II.1 Contexto normativo

II.1.1 Constitución Española

II.1.2 Ley 14/2006 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

II.1.2.1 Antecedentes legislativos

II.1.2.2 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida en relación con lo dispuesto por el Código Civil Español.

II.1.3 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

II.1.4 Código Penal

III.1.4.1 Proyecto de Ley impulsado por el grupo Parlamentario de Ciudadanos

II.1.5 Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación de 8 de septiembre de 2017

II.2 Criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

II.2.1 Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009

II.2.2 Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

II.3 Realidad jurisprudencial

- II.3.1 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010
- II.3.2 Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011
- II.3.3 Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

CAPÍTULO TERCERO: DERECHO COMPARADO.....44

- III.1 La gestación por sustitución en los distintos países que conforman la Unión Europea y Doctrina del TEDH.
- III.2 La gestación por sustitución en EEUU y en Rusia: principales destinos del turismo reproductivo.

CAPÍTULO CUARTO: RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DICTADAS EN EL EXTRANJERO.....57

- I. CONCLUSIONES.....59**
- II. FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS.....63**
- II.1 Bibliografía
- II.2 Jurisprudencia
- II.3 Legislación

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

TRHA: Técnicas de reproducción humana asistida

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

RC: Registro Civil

LRC: Ley del Registro Civil

RRC: Reglamento del Registro Civil

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

EEUU: Estados Unidos

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ART: Artículo

RESUMEN

El presente trabajo abarca el estudio de la gestación por sustitución en profundidad, y ello tanto desde una perspectiva nacional como internacional. Los primeros apartados han sido destinados a la delimitación de esta controvertida figura, así como a sus antecedentes de hecho y clases. La razón de ser de estos apartados más genéricos reside fundamentalmente en situarnos en el origen de la problemática que se nos plantea. Seguidamente, se ha incidido en la posible existencia de un verdadero derecho a la maternidad/paternidad, digno de protección por parte de nuestro ordenamiento jurídico, para después analizar el marco normativo en el que se desarrolla esta figura. De igual modo, se ha realizado una confrontación de la gestación por sustitución en los distintos países que conforman la Unión Europea, así como algunos de los países más representativos del mundo en la materia. Finalmente, se atiende al reconocimiento y ejecución en España de las sentencias de gestación por sustitución recaídas en el extranjero.

Palabras clave: Gestación por sustitución; gestación subrogada; vientre de alquiler; maternidad subrogada; filiación.

ABSTRACT

The present work encompasses the study of surrogate pregnancy in depth from both a national and an international perspective. The first sections have been devoted to the delimitation of this controversial figure, as well as to its factual precedents and classes. The reason for these more generic sections resides fundamentally in positioning ourselves at the origin of the difficulties that are suggested. Then, there has been an impact on the possible existence of a true right to maternity/paternity, worthy and deserving of protection by our legal system, to then analyse the normative framework in which this figure is developed. Similarly, a confrontation of the gestation by substitution has been conducted in the different countries that conform the European Union, as well as in the remainder countries of the world. Finally, the recognition and execution in Spain of the surrogate pregnancy sentences relapsed abroad are attended to.

Keywords: Surrogate pregnancy, Filiation, Surrogacy.

INTRODUCCIÓN

La institución de la familia no es ajena a los profundos y constantes cambios sociales que ha experimentado nuestra sociedad en los últimos años. De esta forma, se puede afirmar que la institución de la familia no es una institución inmutable sino adaptativa que evoluciona conforme a los usos y costumbres existentes en cada momento. Esta realidad, unida a los recientes avances científicos y tecnológicos, ha supuesto junto con la propia evolución del ser humano y su forma de entender la vida, la aparición de nuevos modelos familiares, que distan mucho de lo que comúnmente se ha conocido como la “familia tradicional”. De este modo, surge, entre otras técnicas de reproducción humana asistida más, la gestación por sustitución o gestación por subrogación, la cual, atendiendo a su naturaleza y características propias, no se encuentra exenta de debate social y ético, así como político y jurídico.

El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis pormenorizado sobre la figura de la gestación por sustitución o gestación por subrogación. No en vano, y habida cuenta del creciente aumento de casos de gestación por sustitución acaecidos en el extranjero, y cuyos efectos empiezan a reflejarse tanto en nuestra sociedad como en nuestro ordenamiento jurídico, no resulta extraña la controversia suscitada en torno a la posible aprobación en España de una Ley que avale este tipo de prácticas y que contemple la figura de la gestación subrogada como una técnica de reproducción humana asistida más.

A este respecto, el objetivo principal de este trabajo no es otro sino profundizar en el estudio de esta compleja figura, y delimitar su concepto y contenido, sus antecedentes de hecho, así como su contexto normativo. Asimismo, se persigue el estudio de esta controvertida figura en los distintos países que conforman la Unión Europea, así como en los principales destinos del turismo reproductivo, siendo estos; EEUU y Ucrania, atendiendo en su caso a la posible existencia de un verdadero derecho preferente a la maternidad/paternidad respecto del resto de intereses que pudieran concurrir en la celebración de este tipo de contratos. En este sentido, conviene señalar, asimismo, como otro de los objetivos perseguidos por el presente trabajo, el estudio del interés superior del menor y su posible afección o vulneración como consecuencia de la celebración de los contratos de maternidad subrogada y ello con independencia de su lugar de celebración.

Finalmente, se incidirá en uno de los mayores problemas a los que se enfrenta nuestro país en atención a los contratos de gestación subrogada celebrados en el extranjero y cuyos efectos se pretenden en nuestro país, como es la inscripción de la filiación en el Registro Civil español de los bebés nacidos con ocasión de estos contratos en el extranjero.

En cuanto a la metodología empleada para la consecución de los fines expuestos, esta ha sido expositiva-argumentativa. Para ello, se ha destinado uno de los primeros apartados al análisis de lo que ha de entenderse por gestación por sustitución. A continuación, se introducen sus antecedentes de hecho y clases, a fin de situarnos en el origen de la problemática que se nos planteaba, para después profundizar en su contexto normativo, así como en la regulación actual de esta institución, no ajena a la controversia doctrinal y jurisprudencial. Finalmente, y en aras de ofrecer un prisma más amplio sobre la maternidad subrogada, se confrontaba la misma en los distintos países del territorio internacional, para concluir en el reconocimiento en España de los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero.

Aunque el enfoque de este trabajo es esencialmente doctrinal, la jurisprudencia ha resultado indispensable para la elaboración del mismo, ya que ha permitido perfilar ideas tales como la gestación por sustitución que constituye el núcleo esencial de esta tarea.

CAPÍTULO PRIMERO: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

I.1 Concepto, naturaleza jurídica y clases

Las técnicas de reproducción humana asistida¹ (TRHA en adelante), no han resultado ajenas a los constantes avances científicos y tecnológicos acaecidos en las últimas décadas. Ello ha tenido como consecuencia fundamental la aparición de una nueva amplia gama de técnicas de reproducción humana asistida, entre las que se encuentra la gestación por subrogación o maternidad subrogada.

El desarrollo de dichas técnicas ha supuesto, además, la aparición de lo que se conoce como “revolución reproductiva”, que ha venido a posibilitar la descendencia sin que para ello

¹ La OMS, define estas técnicas en su *glosario de terminología de técnicas de reproducción asistida* como “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado”.

sea preciso el contacto sexual entre dos personas². A este respecto, algunos autores señalaban que la maternidad o paternidad dejaba así de ser fruto una “relación íntima e interpersonal” entre un hombre y una mujer, pasando a ser únicamente, un simple procedimiento de generación de hijos condicionado a la oferta y a la demanda del mercado y a los avances técnicos y científicos³.

La gestación por subrogación constituye en ese sentido ya un fenómeno social, que se encuentra en la actualidad en pleno auge de desarrollo y ello, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, pues tal y como se verá, ningún ordenamiento jurídico es, a día de hoy, ajeno a esta figura. A este respecto, la gestación por sustitución es una figura controvertida, que ha venido adquiriendo especial relevancia en los últimos tiempos, dado que no se encuentra exenta de numerosos debates éticos, morales, jurídicos y políticos. En este sentido, esta novedosa técnica de reproducción humana asistida cuenta ya con numerosas acepciones. Concretamente, la misma, es conocida por nuestra legislación como gestación por sustitución.

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia, además de a “gestación por sustitución”, cuando se refieren a la misma, recurren a otros términos más formales como “maternidad subrogada”, o “maternidad sustitutiva”. Por su parte, otros sectores, cuya práctica rechazan, por numerosas razones que más adelante se expondrán, le atribuyen otra serie de denominaciones de connotación – a nuestro modo de ver- más despectiva, como “vientre de alquiler” o “madre de alquiler”. SÁNCHEZ ARISTI, considera necesario rechazar las expresiones como “vientre de alquiler” o “madre de alquiler”, por considerar dichos términos, como peyorativos, así como por razones de fealdad lingüística y conceptual⁴. Este concepto, pese a su carácter novedoso, ha sido ya objeto de estudio en numerosas ocasiones tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, viniendo ambas a ofrecer distintas definiciones al respecto, pero en términos similares.

A pesar de lo indicado, con carácter previo, y en aras de ofrecer una definición más exhaustiva de lo que ha de entenderse por gestación subrogada, o gestación por sustitución, vamos a acudir a lo dispuesto por la Real Academia de la Lengua Española. La misma entiende que ha de entenderse por subrogación el acto consistente en “sustituir o poner a alguien o algo en el lugar de otra persona o cosa”. La gestación subrogada fue definida por primera vez en

² LAMM, E. (2013:17).

³ LÓPEZ GUZMÁN - APARISI, A (2012:255).

⁴ SÁNCHEZ ARISTI (2013:14).

el Informe Warnock como una práctica, en virtud de la cual, una mujer gesta en su vientre un bebé con la finalidad de entregarlo a otra familia al momento de su nacimiento⁵. En palabras de JARUFE CONTRERAS, se puede definir la gestación por sustitución, o maternidad subrogada, como un acuerdo de voluntades, en virtud del cual, una mujer, asume el compromiso de gestar a un niño a cambio de una contraprestación o sin ella, renunciando a cualquier pretensión inherente a la maternidad al momento del nacimiento del bebé y, entregando este a la pareja comitente⁶.

VELA SANCHEZ, por su parte, entiende la gestación por sustitución como un negocio jurídico especial del derecho de familia, así como un supuesto especial de reproducción humana asistida⁷. CLARA MOSQUERA señala que se trata de un fenómeno propio de aquellos países que se encuentran en plenas vías de desarrollo y que consiste en la contratación de una mujer, para que sea inseminada con el material genético de un hombre cuya mujer es infértil y geste consecuentemente en su vientre al bebé para después entregarlo a los padres comitentes al momento del nacimiento de este, debiendo renunciar, asimismo, a cualesquiera derechos materno-filiales que pudiera ostentar⁸.

De las anteriores aserciones se desprende que la gestación subrogada consiste en un acuerdo en virtud del cual, una mujer se ofrece a gestar un bebé para después entregarlo a otra persona o personas. Sin embargo, dichas afirmaciones, no parecen contemplar, a simple vista, la eventual posibilidad de que la mujer gestante no sea la madre biológica del bebé, y no aporte en consecuencia, su propio material genético. JUAN ESPINOZA, por su parte, huye de estas definiciones más genéricas y define concretamente la figura de la madre gestante, afirmando que recibe el nombre de madre sustituta aquella que ofrece su útero para gestar en el mismo un embrión preconcebido extracorpóreamente y después entregarlo a los padres biológicos del mismo⁹.

A este respecto, más extensa resulta la definición ofrecida por PÉREZ MONGE, que incide en esta cuestión concreta al señalar la gestante no tiene por qué aportar necesariamente

⁵ El Informe Warnock fue elaborado por el secretario de Educación del Reino Unido a la comisión de expertos de Educación británica en el año 1974, estando la misma presidida por Mary Warnock. Su objetivo no era otro que ampliar el conocimiento de las personas en torno al mundo en el que vivían así como proporcionar los medios necesarios para aprender dirigir sus propias vidas. WARNOCK, M. A question of Life. The Warnock Report. Human Fertilisation & Embriology. Basil Blackwell United Kingdom, 1985.

⁶ JARUFE CONTRERAS (2013:26).

⁷ VELA SÁNCHEZ (2011:1-2).

⁸ MOSQUERA VÁZQUEZ (1997:49).

⁹ ESPINOZA ESPINOZA (2004:3).

su propio material genético. El citado autor, indica que el contrato de gestación por sustitución, responde en sentido amplio a aquel acuerdo en virtud del cual una mujer puede aportar desde la sola gestación, hasta la gestación y sus óvulos, comprometiéndose a gestar a un bebé y a entregarlo al momento de su nacimiento a los padres comitentes que por su parte podrán haber aportado o no su propio material genético, pudiendo ser asimismo este acuerdo tanto oneroso como gratuito¹⁰.

En este mismo sentido, FARNÓS AMARÓS, entiende que la gestación subrogada es un acuerdo en virtud del cual una mujer acepta ser sometida a TRHA y recibe en consecuencia el nombre de “madre portadora” o “madre subrogada”, y llevando a cabo la gestación en favor de los padres intencionales a quienes deberá entregar el bebé al momento del nacimiento de este¹¹. Al margen de las diversas interpretaciones doctrinales, la jurisprudencia de nuestros tribunales no es ajena a esta realidad, y, en este sentido, la Audiencia Provincial de Valencia señalaba, ya en su Sentencia de 23 de noviembre de 2011, que la figura de la gestación subrogada responde a la celebración de un contrato que puede ser tanto gratuito como oneroso y a través del cual, una mujer acepta ser sometida a técnicas de reproducción humana asistida y consecuentemente llevar a cabo en su vientre la gestación de un bebé, pudiendo haber aportado o no su propio material genético y asumiendo el compromiso de entregar el bebé a su nacimiento a una persona o pareja casada entre sí, que podrá de igual modo, haber aportado en su caso, sus propios gametos¹².

Tanto de las definiciones ofrecidas por la doctrina como por la jurisprudencia se deduce, en conclusión, que la gestación subrogada responde a un acuerdo de voluntades en virtud del cual, una de las partes se obliga a gestar un niño, ya sea de forma onerosa, ya sea de forma altruista o gratuita, renunciando a este, al momento de su nacimiento, y siempre en favor de la otra parte interviniente en dicho acuerdo. A este respecto, conviene destacar que este acuerdo al que llegan las partes intervinientes se trata de un acuerdo que no goza de antecedentes legales, debiendo entender este como enteramente atípico¹³. De las distintas definiciones doctrinales y jurisprudenciales se puede deducir, asimismo, la existencia de varias modalidades de gestación por sustitución, pues tal y como se destacaba previamente, cabe la posibilidad de que la gestante

¹⁰ PÉREZ MONGE (2002:329).

¹¹FARNÓS AMARÓS (2010-4-5).

¹²SAP Valencia 23 de noviembre de 2011 (949/2011).

¹³ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES (2011:129).

aporte o no, en su caso, su propio material genético. Dicho esto, a continuación, se procederá a analizar las distintas modalidades existentes.

Por un lado, cabría distinguir la subrogación tradicional o parcial. Recibe esta denominación la modalidad de gestación subrogada consistente en la aportación por parte de la mujer gestante, no solo de su útero, sino también de su propio material genético, es decir, el óvulo. Dentro de esta modalidad, cabría subdistinguir asimismo la posibilidad de que el gameto masculino sea o bien aportado por el hombre de la pareja comitente, o bien por un tercero ajeno al acuerdo de gestación por sustitución suscrito. De esta forma, la mujer gestante además de gestar al bebé aporta el material genético, que podrá ser inseminado bien con el espermatozoides de uno de los miembros de la pareja comitente, bien con el del sujeto que de forma individual decide acudir a esta técnica de reproducción asistida, o bien, por un tercero¹⁴. Por otro lado, se contempla también la posibilidad de que los padres comitentes aporten todo el material genético. De este modo, la madre gestante recibe el óvulo fecundado en su útero para después gestarlo.

Por último, cabría la posibilidad de que el material genético se aporte por personas completamente ajenas a la pareja comitente o al sujeto que de forma individual decide recurrir a estas técnicas. De esta forma, tendríamos a una madre gestante que no aporta su propio material genético, siendo este de terceras personas no intervinientes en el contrato de gestación por sustitución. De los párrafos anteriores se deduce, en consecuencia, la existencia de distintas clases de maternidad subrogada; la maternidad parcial o gestacional, que se daría en aquellos supuestos en los que la madre gestante únicamente aporta su útero, y la maternidad tradicional, que puede ser a su vez plena o total, y que tendría lugar en aquellos supuestos en los que la madre sustituta, además de aportar su útero, realiza una aportación de sus propios gametos o material genético¹⁵. A este respecto, señala LEONSEGUI GUILLOT que, en atención a los constantes avances tanto científicos como sociales que se han ido experimentado en los últimos años, la expresión “madre no hay más que una” se ha quedado del todo obsoleta por cuanto a día de hoy se puede distinguir entre varias madres; la madre biológica y la madre gestante¹⁶, cuestión a la que alude asimismo PÉREZ MONGUE al aseverar que en la actualidad, en tanto en cuando resulta posible que la madre alumbradora no sea la madre gestante, se puede diferenciar entre la madre gestante, la madre jurídica y la madre jurídica¹⁷.

¹⁴ VILAR GONZALEZ (2014:901).

¹⁵ TOLEDO QUINTANA (2014:9).

¹⁶ LEONSEGUI GUILLOT (1994:317).

¹⁷ PÉREZ MONGUE (2010:42).

I.2 Antecedentes de hecho

Si bien cabría pensar que la gestación por sustitución nace, como consecuencia de los recientes avances tecnológicos, como una nueva técnica de reproducción asistida más, lo cierto es que esta figura tiene sus orígenes mucho antes, por cuanto, la gestación por subrogación consiste en sí misma, en el acto de gestar a un bebé para posteriormente entregarlo a otra familia, no precisando a tales efectos del uso de técnicas de reproducción humana asistida.

Concretamente, existen numerosos antecedentes históricos de esta práctica, que precisamente por su existencia previa a la medicina reproductiva, recibe el nombre de gestación subrogada parcial o tradicional. Las primeras referencias en torno a esta figura las encontramos en la propia Biblia. En el Génesis 16:1-16, se relata un caso de infertilidad entre una pareja, el Patriarca Abram y su mujer Saray. Saray no podía concebir, y como su mayor deseo era ser madre, le planteo a su esposo la posibilidad de acostarse con su esclava, Agar, ya que únicamente de esa forma podría llegar a ser madre. Fruto de esa relación, nació Ismael, pudiendo finalmente Saray cumplir su deseo de ser madre¹⁸. Esta posibilidad también la contemplaba el Código del rey Hammurabi creado en Mesopotamia en el año 1780 a. C. El citado Código, disponía que aquellas mujeres que quisieran tener hijos y no pudieran hacerlo por su condición de estéril, podían ceder una de sus esclavas a sus maridos, para que este pudiera engendrar un bebé con ellas, no pudiendo en consecuencia repudiar posteriormente el marido a su mujer.

Asimismo, cuando una mujer no le daba hijos a su marido, pero tampoco le ofrecía una esclava, el Código establecía que el marido podía estar una concubina y tenerla en su casa como si de su propia esposa se tratase, pero en un status inferior al de la esposa principal¹⁹. A su vez, en 1948 en el yacimiento de Kültepe-Kanesh (Turquía) se hallaron unas tablillas cuneiformes que, tras ser descifradas por los investigadores, afirmaron se trataba de un contrato matrimonial. En él, se le otorgaba al marido la posibilidad de mantener relaciones con una prostituta o una esclava para poder tener descendencia, dado que su mujer no podía tener hijos. Asimismo, se estipulaba que, nacido el bebé, el mismo ostentaría el título de heredero legítimo, recibiendo la esclava o la prostituta una gran recompensa económica o su libertad a cambio.

¹⁸ VILAR GONZÁLEZ (2014:903).

¹⁹ LARA PEINADO (1982:107).

No obstante lo anterior, los últimos avances acaecidos en técnicas de reproducción humana asistida, han convertido este hábito antiguo en un verdadero tratamiento reproductivo, al que cada año recurren más parejas, llegando incluso a hablarse de un “nuevo” fenómeno, como es el denominado “turismo reproductivo”. A este respecto, la maternidad subrogada supone ya una verdadera opción para aquellas parejas que no pueden concebir o formar una familia de forma natural. A este respecto, la gestación por sustitución es ya una técnica de reproducción asistida muy común en algunos países. Así es el caso de Estados Unidos. Concretamente, el Estado de California es un Estado pionero en este sector, pues fue allí donde se registraron los primeros casos de gestación por sustitución. Posteriormente se incidirá en profundidad sobre esta cuestión, pues no resulta igual en la gran mayoría del resto de países, o incluso resto de Estados de los Estados Unidos.

Elizabeth Kane dio a luz a un bebé el 9 de noviembre de 1980. Dicho embarazo supuso el primer contrato de gestación por subrogación conocido en Estados Unidos. Kane, fue inseminada artificialmente con el esperma de un hombre que se encontraba casado con una mujer que no podía tener hijos. Tras nueve meses de gestación, Kane entregó el bebé al matrimonio comitente a cambio de 11.500 dólares.

Tan solo seis años después, un nuevo caso de gestación por sustitución volvió a capturar la atención de los estadounidenses, esta vez en el Estado de Nueva Jersey. El 27 de marzo de 1986 una mujer dio a luz al bebé biológico de William y Elizabeth Stern. La mujer, aceptó ser inseminada artificialmente para gestar al bebé y después, a su nacimiento, entregarlo a sus padres biológicos a cambio de 10.000 dólares, renunciando asimismo a sus derechos parentales. No obstante, antes de dar a luz, la mujer cambió de opinión y se negó a renunciar al bebé que estaba gestando. Este caso trascendió tanto a nivel nacional como internacional, debiendo resolver finalmente el conflicto la Corte Suprema de Nueva Jersey. Así, tras un año y medio de debate, el tribunal sentenció finalmente en su sentencia de fecha de 3 de febrero de 1998 que la niña debía ser criada por los señores Stern, por ser estos los padres legales de la misma, basando el tribunal su decisión en el bienestar de la menor. Este caso, fue decisivo en la historia de la gestación por subrogación, dado que sentó unas bases en virtud de las cuales, se reconocía la posibilidad de atribuir la filiación en favor de los padres de intención, independientemente de si eran o no los padres biológicos del bebé. Atendidas las circunstancias, el Tribunal prohibió este tipo de contratos salvo que la madre gestante se prestase a de forma altruista y sin recibir

ningún tipo de contraprestación a cambio de gestar al bebé, reservándose su derecho a cambiar de opinión en cualquier momento del procedimiento²⁰.

Otro de los casos a tener en consideración en la historia de la gestación por sustitución, fue el caso Buzzanca, y ello, dado que permitió fijar la responsabilidad legal de los padres comitentes una vez firmado el contrato de gestación subrogada y una vez habiendo manifestado su deseo de ser padres²¹. El matrimonio Buzzanca, tomó la determinación de divorciarse un mes antes de que la mujer gestante diera a luz, y ante dicha situación de crisis matrimonial, ambos decidieron desentenderse de la menor, alegando como motivo principal, su no filiación biológica, pues los gametos pertenecían a otros donantes. Sin embargo, el Tribunal procedente, determino su responsabilidad, la cual venia determinada por el contrato de gestación subrogada suscrito entre ellos y la madre gestante²².

I.3 Problemática de la gestación por sustitución. El deseo de ser padres frente a la existencia de un verdadero derecho a la maternidad/paternidad

Hoy en día, el deseo de tener descendencia y así formar una familia, forma parte del plan o expectativa de vida de la gran mayoría de las personas. De esta forma, para aquellas que no pueden concebir de forma natural, las técnicas de reproducción asistida suponen ya, tal y como se venía manifestando, una opción real a tener en cuenta, más aun, cuando existe la posibilidad de aportar el propio material genético²³. No obstante, y tal y como se detallará más adelante, la gestación por sustitución no es una institución avalada por nuestro ordenamiento jurídico. Concretamente, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA) considera 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”.

De igual modo, nuestro Código Civil²⁴ (en adelante CC), señala, en su artículo 1.271, que “no pueden ser objeto de un contrato las cosas que están fuera del comercio de los hombres”, lo que implica que la capacidad de engendrar es personalísima e indisponible, quedando esta fuera del comercio. Por su parte, el artículo 1.275 del citado cuerpo normativo,

²⁰ Jennifer Lahl. Publicado el 1/11/2017 y disponible en Public Discourse: <http://www.thepublicdiscourse.com/2017/11/20390/>

²¹ ALKORTA IRIAKEZ (2006:41).

²² Court of Appeal, fourth district, division 3, California. Decided march 10, 1998. Go22147/Go22157.

²³ SÁNCHEZ ARISTI (2010:13).

²⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

impide la producción de efectos de aquellos contratos con causa ilícita, por ser contrarios a las leyes y a la moral. Ello sucede asimismo en otros países cercanos, pues tal y como se verá más adelante, cuando hablamos de la gestación por sustitución, no hablamos de una técnica reconocida y avalada por muchos países o Estados. En el Reino Unido por ejemplo, solo se contempla esta posibilidad para las personas allí residentes. Bélgica y los Países Bajos, toleran esta práctica, pero, sin embargo, carecen de un marco legal en el que desarrollarla y sentar unas bases para su adecuada regulación.

Portugal, por su parte, cuenta ya con su propia ley reguladora en la materia, que autoriza de forma expresa la utilización de esta práctica si bien lo hace en su vertiente altruista e imponiendo una serie de restricciones. A este respecto, si bien el citado cuerpo normativo prevé el acceso a la maternidad por sustitución a personas tanto residentes como no residentes en Portugal, siendo esta premisa asimismo aplicable tanto a los comitentes como a la madre gestante, únicamente podrán acceder a ella parejas heterosexuales que no puedan concebir de forma natural²⁵. En cualquier caso, se destinará más adelante un apartado específico cuyo objetivo principal será el estudio y confrontación de esta compleja institución, tanto entre los distintos países que conforman la Unión Europea, como a nivel mundial.

Esta ausencia de regulación en muchos países de la Unión Europea, o la existencia de regulación, pero contraria a estas prácticas, tiene como consecuencia fundamental la migración al extranjero de aquellas personas que desean ser padres y que residen en un Estado que prohíbe la celebración de este tipo de contratos. Este movimiento migratorio, es el que recibe comúnmente el nombre de turismo reproductivo al que ya se venía aludiendo previamente. En este sentido, y habida cuenta de las migraciones por parte de residentes en la Unión a otros países del extranjero, no resulta extraño pensar que uno de los problemas a los que se pueden enfrentar en consecuencia y de forma posterior los ordenamientos jurídicos europeos, y concretamente nuestro ordenamiento, está relacionado precisamente con los contratos de gestación subrogada celebrados en el extranjero, cuya inscripción se pretende en nuestro país, si bien todo ello será, asimismo, objeto de estudio en apartados posteriores.

En cualquier caso, el número de niños nacidos a través de gestación subrogada ha ido creciendo paulatinamente en los últimos años. Si bien es cierto que existen otros medios a través de los cuales se puede formar una familia, como por ejemplo un proceso de adopción, cada vez

²⁵ <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/08/02/598069dd468aeb70f8b460b.html>

son más las parejas que recurren a la gestación subrogada frente a la adopción. Ello, puede tener su consecuencia en los largos tiempos de espera que supone enfrentarse a un proceso de este tipo. Concretamente, estudios recientes, han llegado a aseverar que el plazo de espera puede oscilar entre los 4 y 8 años. Así lo declaraba recientemente EL PAÍS en un artículo. El citado medio, señalaba que “Las familias tienen que esperar entre cuatro y ocho años para adoptar a hijos en territorio nacional o en otros países” y añadía que las nuevas solicitudes de adopción en España se habían reducido a la mitad (de 3.376 a 1.431), según los datos del Ministerio de Sanidad, Seguridad Social e Igualdad²⁶.

La gestación subrogada, por tanto, tal y como se apuntaba con carácter previo, está generando en los últimos años un amplio debate político, jurídico, moral y ético que, sin duda, nos lleva a cuestionarnos determinados aspectos desde el punto de vista de los derechos fundamentales, como el contenido esencial y los límites del derecho a la vida, la integridad física y moral, la autonomía, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad. Todo ello, plantea la duda de si realmente existe o no, un derecho a la procreación, o dicho de otra manera, si cabe contemplar la existencia de un derecho a la paternidad/ maternidad, más allá de tratarse de una opción personal o de un proyecto de vida, que sea digno y merecedor de protección por parte de nuestro ordenamiento jurídico, siendo los poderes públicos quienes deban garantizarlo²⁷.

Estas cuestiones, deben en su caso ser abordadas, teniendo siempre en consideración el interés superior del menor, que constituye uno de los principios rectores del derecho de familia y de protección a la infancia. No obstante, entendemos que al examinarse estas cuestiones no cabe obviar sin embargo los derechos de la mujer que, bajo la autonomía de su voluntad, decide de forma libre y como sujeto autónomo que es gestar a un bebé en el marco de un contrato de gestación por sustitución, por lo que habrán de observarse también los derechos de las mismas, y ello no solo en cuanto a su capacidad para obligarse conforme al ejercicio de la autonomía de la voluntad, sino también, atendiendo a su integridad física y moral.

Si bien se incidirá con posterioridad y de forma más profunda en estos aspectos, la jurisprudencia de nuestros tribunales alude también expresamente a estas cuestiones y parece descartar la existencia de un verdadero derecho a la maternidad/paternidad en cuanto existen otra serie de derechos cuya preservación y protección se encuentra muy por encima de ese

²⁶ https://elpais.com/politica/2016/08/26/actualidad/147222349_195851.html

²⁷ SALAZAR BENITEZ (2017:82)

posible y eventual derecho a la procreación. Concretamente, nuestro Alto Tribunal se posicionaba en contra de estas técnicas señalando que han de declararse nulas y ya no solo por respeto a la dignidad e integridad física y moral de la mujer que ofrece su útero para gestar a un bebé, sino también en aras de evitar la explotación de aquellas mujeres que por diversas razones pudieran encontrarse bajo un estado de necesidad o pobreza que las obligase a someterse a estas técnicas que quizá rechazarían de no encontrarse bajo dichas premisas. Asimismo, señalaba el Alto Tribunal la necesidad de evitar por cualquier medio la mercantilización de la filiación y la gestación, pues este tipo de prácticas no hacen otra cosa sino convertir a los menores en un objeto del tráfico mercantil, lo que viene a atentar directamente contra su dignidad²⁸.

En esta misma posición crítica, hay que situar el Manifiesto de “No somos vasijas”, en el que se parte de dos presupuestos. El primero, relativo a la imposibilidad de que el deseo a ser padres pueda situarse por encima y de esta forma atentar contra los derechos de la mujer y de los menores. El segundo, rechaza de forma absoluta la posibilidad de que dentro del derecho a la libertad de las personas quede incardinado un eventual derecho a la maternidad/paternidad y consecuentemente el poder procrear. Asimismo, el referido manifiesto asevera que la práctica de la gestación por sustitución implica la violación de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, no protegiéndose mediante la legalización de dicha práctica la salud e integridad de las mismas. Por último, el manifiesto viene a señalar que una posible legalización de la maternidad subrogada conlleva un control que resulta igualmente condenable a la prohibición del aborto o a la regularización de la prostitución, poniendo asimismo una vez más de manifiesto las diferencias existentes entre la figura del hombre y de la mujer²⁹.

De igual modo, aludía a esta cuestión expresamente el Parlamento Europeo, que condenaba cualquier forma de gestación por sustitución de carácter comercial en su Resolución de 13 de diciembre de 2015 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. No parece posible en consecuencia, determinar la existencia de un verdadero derecho a ser padres, pues existen realmente otra serie de derechos fundamentales como el derecho a la integridad física y el derecho a la dignidad, que priman por encima de cualquier deseo o propósito de vida. De esta forma, no queda otra que concluir que el deseo a ser padres, más que con un derecho, se corresponde con el hecho de querer consolidar una familia y entablar un proyecto de vida en su entorno.

²⁸ Sentencia Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (recurso 245/2012).

²⁹ <http://nosotrasdecidimos.org/nosomosvasijas/>

CAPÍTULO SEGUNDO: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

II.1 Contexto normativo

Tal y como se destacaba, la gestación por subrogación cuenta con una regulación diferente en función del país de que se trate. Ya se hacía referencia por ejemplo a Reino Unido y la reserva de esta técnica de reproducción asistida únicamente para los allí residentes. Asimismo, se hacía mención a la regulación existente en Portugal y el acceso restringido y limitado a la utilización de esta técnica por personas heterosexuales que no puedan concebir de forma natural, estando la misma prevista al contrario de lo que sucede en Reino Unido, para personas procedentes de otros países.

No obstante, en este apartado concreto vamos a analizar la específica situación existente en nuestro país. Ya se adelantaba antes que la gestación subrogada no es una institución que se encuentre avalada por nuestro ordenamiento jurídico, en tanto en cuando nuestra legislación interna declara nulos de pleno derecho la celebración este tipo de contratos. A continuación, se procederá a analizar de forma pormenorizada el contexto normativo en el que se desarrolla esta institución en nuestro país. ¿Qué normativa regula esta técnica? ¿Vulnera esta práctica nuestra legislación interna? ¿Ampara nuestro país las situaciones derivadas de la celebración de este tipo de contratos en el extranjero y cuya inscripción se pretende en España? ¿Contraviene ello el orden público?

Para dar respuesta a todas estas cuestiones, se atenderá en primer lugar a lo dispuesto por nuestra Constitución Española de 1978 (en adelante C.E). Asimismo, se estará a lo establecido por la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, al vigente Código Penal Español, a nuestras normas civiles, a la Ley del Registro Civil y, por último, al criterio sentado por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por último, se realizará breve mención al proyecto de Ley presentado por el grupo parlamentario de Ciudadanos en el congreso, cuyo objetivo principal es introducir la gestación subrogada en España, como una técnica de reproducción asistida legal. De esta forma, se observarán los últimos movimientos legislativos acaecidos en la materia. No resulta posible concluir este apartado sin atender a lo dispuesto por la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, y más concretamente al pronunciamiento más relevante en la materia emitido por el mismo.

II.1.1 Constitución Española de 1978

La CE establece, en su art. 10.1, que *“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”*.

En este sentido, cabría preguntarse si es contraria a la dignidad de la mujer la propia voluntad de ésta de gestar en su útero a un bebé durante 9 meses para después entregarlo al momento de su alumbramiento a una tercera persona³⁰. La autora asevera que, si se responde a esta pregunta de modo afirmativo, éste sería un límite para la realización de esta práctica y, por lo tanto, la misma no podría ser amparada por nuestro ordenamiento jurídico, al ser contraria a nuestra Constitución. Si se toma esta afirmación como punto de partida, resultaría preciso definir en primer lugar, lo que ha de entenderse por dignidad. A este respecto, el concepto de dignidad, también ha sido objeto de diversas interpretaciones doctrinales. BALANGUER por su parte, definía la dignidad como *“la posibilidad que se reserva el Estado de intervenir desde el derecho, ante la circunstancia de una conducta que atenta contra la esfera del sujeto lesionando, ese contenido de humanidad, que resulta intangible”*³¹.

El artículo 10 CE ha sido asimismo por su parte, objeto de numerosas interpretaciones, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. A este respecto, el Tribunal Supremo, señalaba que la gestación por sustitución vulneraba la dignidad de la mujer gestante, así como la del niño, pues a través de ella, se mercantilizaba a la mujer y la filiación³².

Sin embargo, VELA SÁNCHEZ afirmaba que, si se negaba a una mujer la posibilidad de someterse a esta técnica de reproducción asistida, se le estaba negando de forma implícita el libre desarrollo de su personalidad, en tanto en cuando ella misma, en el libre ejercicio de sus derechos, puede aceptar de forma voluntaria gestar a un niño para terceros, considerando que el libre desarrollo de la personalidad puede concretarse en el deseo legítimo y digno de protección de ser progenitor biológico o legal³³. De igual modo, especial mención merece el artículo 14 del mismo cuerpo normativo. El artículo 14 CE, asevera que *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Ya

³⁰ MARRADES PUIG (2017:221).

³¹ BALAGUER, M. (2017:14).

³² Sentencia Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (RJ 247, 2014).

³³ VELA SANCHEZ (2012:24-25).

se adelantaba antes que uno de los problemas a los que se enfrenta Europa, hoy en día, se encuentra relacionado con la inscripción en el Registro Civil Español de los bebés nacidos en el extranjero con ocasión de la celebración de este tipo de contratos. Es precisamente aquí cuando el citado precepto adquiere especial relevancia.

Si bien se destinará más adelante un apartado específico al estudio de los problemas que plantean en nuestro Registro Civil las inscripciones del nacimiento y la filiación de estos menores, ya de entrada, resulta evidente que este artículo plantea una serie de dudas, dado que prohíbe la diferenciación entre hijos nacidos de forma tradicional, hijos adoptivos o hijos nacidos a través de cualesquiera otros métodos, pues si por algo se caracteriza este artículo, es precisamente, por proclamar la igualdad ante la ley de todos los españoles. De esta forma, cabría pensar, que no debería existir impedimento alguno para que dos personas, o una en su caso, puedan inscribir a un hijo nacido con ocasión de un contrato de gestación por sustitución en España.

De igual modo, cabe señalar el artículo 39 de la CE, que diferencia del artículo 14, no se enmarca dentro de los denominados derechos fundamentales, sino que se configura como un “principio rector de la política social y económica”. El citado precepto recoge, concretamente, la protección social, económica y jurídica de la familia por los poderes públicos, así como la protección e igualdad de los hijos que estos son “iguales ante la ley con independencia de su filiación”, y añade que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Este último extremo, casa directamente con lo dispuesto por la Convención de los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989³⁴. En el artículo 8 de este texto se establece que es obligación de los Estados Parte velar y respetar los derechos que ostenta el niño a que su identidad sea preservada sin que se produzca a dicho respecto, ningún tipo de injerencia ilícita, debiendo entenderse incardinado en ese mismo derecho su derecho a poseer una nacionalidad, un nombre y el mantenimiento de sus relaciones familiares.

A tenor de lo anteriormente expuesto se puede afirmar, en consecuencia, que la institución de la gestación por subrogación parece ser contraria a los principios que proclama nuestra Constitución Española, en tanto que vulnera el derecho a la dignidad de la mujer, si

³⁴ Suscrito por España el 26 de enero de 1990. España, al ser parte firmante, se encuentra obligada a respetar los derechos recogidos en la Convención así como a asegurar su aplicación a los niños sujetos a su jurisdicción, sin que pueda incurrir en distinción alguna.

bien es cierto que el concepto de dignidad, en la medida en que supone un término complejo debido a sus múltiples acepciones, sin duda alguna debe ajustarse un momento, tiempo y cultura determinados. Ahora bien, cuestión distinta resulta el reconocimiento en España de la filiación de los bebés nacidos con ocasión de la celebración de este tipo de contratos en el extranjero, puesto que nuestra Constitución proclama, por un lado, la igualdad ante la Ley tal y, por otro, la igualdad de los hijos con independencia de su filiación.

II.1.2 Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

II.1.2.1 Antecedentes legislativos

Con carácter previo al análisis de la normativa actual en materia de técnicas de reproducción asistida en España, se ha considerado conveniente incidir en sus antecedentes legislativos, a fin de situarnos mejor en el origen de la problemática que se nos plantea.

A este respecto, la primera ley reguladora en la materia fue la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre TRHA, y que surgió como consecuencia del primer bebé probeta nacido en el Reino Unido. Este nacimiento supuso una técnica novedosa que por primera vez ofrecía una nueva posibilidad de ser padres aquellas personas que no podían concebir de forma natural.

Ante esta nueva técnica de reproducción asistida emergente, España desarrolló la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre TRHA si bien esta se limitaba a informar sobre sus características, con la finalidad de que fuese posteriormente la práctica jurídica la que fuese matizando los distintos caracteres y efectos jurídicos de las mismas. La Ley 35/1988 fue concretamente el resultado del denominado “Informe Palacios”, que vino a recibir dicho nombre por el diputado socialista y médico Marcelo Palacios que presidía la comisión y que fue elaborado en el año 1985 con la finalidad primordial de realizar un análisis de la Fecundación in vitro y de la Inseminación Artificial.

En el citado informe, se realizaron ciento cincuenta y cinco recomendaciones sobre las TRHA que fueron asumidas casi en su totalidad por la Ley 35/1988, y que contemplaba entre otras posibilidades la fecundación con gametos donados por terceros y la fecundación post mortem. No obstante, el informe palacios señalaba que la gestación por sustitución debía prohibirse bajo cualquier circunstancia. Varios años más tarde, se reformaron a través de la Ley

45/2003 de 21 de noviembre los artículos 4 y 11 de la misma. El objetivo prioritario de dicha práctica no era otro que garantizar que las nuevas técnicas de reproducción asistida que estaban surgiendo se llevasen a cabo dentro de un marco regulador, bajo el compromiso y responsabilidad de los pacientes y centros que las realizaban e intervenían, así como que dichas prácticas resultasen eficaces. De esta forma, la nueva Ley, venía a imponer una serie de limitaciones entre las que se encontraba la imposibilidad de transferir a una mujer más de tres preembriones dentro de un mismo ciclo, tratando de evitarse partos múltiples y el consecuente peligro que dichos partos conllevan tanto para la mujer gestante, como para los bebés.

Sin embargo, pese a la plenitud del texto frente al anterior, la nueva ley seguía sin dar solución a las nuevas exigencias sociales que continuaban emergiendo. El avance científico en estas técnicas derivó finalmente en la necesaria promulgación de la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) con la finalidad de suplir dichas deficiencias.

II.1.2.2 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida en relación con lo dispuesto por el Código Civil Español.

Esta nueva Ley vino a enumerar en un anexo las TRHA que podían realizarse en España, siendo estas la fecundación in Vitro, la transferencia intratubárica de gametos y la inseminación artificial, respondiendo así al principio común de los países de Europa continental, de que no sea objeto de tráfico jurídico ni la gestación ni la reproducción³⁵, motivo por el cual, la Ley 14/2006 no contempla entre las posibles TRHA la controvertida si bien actual gestación por sustitución o maternidad subrogada.

Concretamente, el citado cuerpo normativo, señala en su artículo 10 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”. Interesa en este sentido destacar que del tenor literal del precepto no se desprende que la técnica de la gestación por sustitución esté prohibida. El referido precepto no prohíbe de forma expresa la práctica de esta técnica. No obstante, castiga con la nulidad de pleno derecho aquellos contratos en virtud de los cuales se acuerde llevar a cabo dicha técnica, y así aludía expresamente a esta cuestión MANUEL ATIENZA al señalar también que el citado artículo no viene a prohibir de forma expresa la celebración de un contrato de gestación por sustitución, si bien asevera la

³⁵ VILAR GONZÁLEZ (2014:909).

nulidad de pleno derecho del mismo³⁶. A este respecto, y teniendo en consideración todo lo anteriormente expuesto, cabría preguntarse qué sucedería en caso de celebrarse en España un contrato de gestación subrogada, habida cuenta de que los mismos son nulos de pleno derecho de conformidad con nuestra legislación interna.

La principal consecuencia de ello, dado que nos encontramos ante un contrato nulo de pleno derecho, parece ser que no sería otra sino la imposibilidad de exigir el cumplimiento del mismo por vía judicial. Esta afirmación parece clara habida cuenta de su ilicitud. Piénsese por ejemplo en la posibilidad de solicitar en vía judicial el cumplimiento de un contrato cuyo objeto no es lícito -tráfico de drogas-. Todo ello supone que los padres comitentes no podrán requerir a la madre gestante la entrega del bebé concebido en virtud de dicha técnica de reproducción asistida, así como la inexistencia de una obligación a cargo de la gestante de entregar al mismo. Siguiendo con lo previsto en el párrafo anterior, VERDERA IZQUIERDO afirma que, aunque no se establezca expresamente la nulidad de este tipo de contratos, los mismos serían igualmente y de conformidad con lo previsto Código Civil nulos de pleno derecho, y ello en base a los motivos que se expondrán a continuación. En primer lugar, por la inexistencia o ilicitud de la causa, siendo “ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral” de conformidad con el art.1.275 CC. Asimismo, resulta igualmente nulo por razón del objeto, pues no sólo la capacidad de gestar es indisponible, intransferible y personalísima, constituyendo una *res extra commercium* (art.1.271 CC), sino también el cuerpo humano en sí, siendo un contrato nulo por cuanto sería un contrato sin objeto (art.1.261.2 CC)³⁷.

Asimismo, el artículo 10.2 del mismo cuerpo legal señala que en los supuestos de gestación por sustitución la filiación quedará siempre determinada por el parto, motivo por el cual será siempre la mujer que dio a luz al bebé la que será considerada como madre biológica, e inscribiéndose a dicho respecto, el hijo como suyo en el Registro Civil, sin que quepa hacer referencia al otro progenitor, y ello a tenor de lo establecido en el artículo 122 del CC. No obstante, en aquellos supuestos en los que el padre comitente haya aportado su material genético, sí que cabrá reclamar la paternidad, según disposición expresa del artículo 10.3 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida que contempla la posibilidad de que el padre biológico reclame de forma posterior la paternidad del bebé nacido con ocasión de un contrato de gestación por sustitución.

³⁶ ATIENZA, M. (2015:95-96).

³⁷ VERDERA IZQUIERDO (2007:1117).

En consecuencia, se establece la posibilidad de reclamar la paternidad biológica pero no la maternidad biológica de la madre comitente, por cuanto siempre se va a considerar como madre biológica a la madre gestante, y ello, aunque la madre comitente haya podido aportar en su caso, sus propios gametos. Hecha la referencia a qué sucede con la celebración de este tipo de contratos desde un punto de vista jurídico incardinado en el reconocimiento y validez de los mismos, entendemos que resulta preciso, asimismo, destacar las consecuencias que pueden derivarse de la celebración de este tipo de contratos, más en la esfera de la posible responsabilidad en la que se pueda incurrir, ya sea esta penal, o no.

A este respecto, manifiesta TORRALDA ERRUZ, que la propia norma articula como elemento disuasorio de este tipo de prácticas un sistema de sanciones que se encuentran recogidas en los artículos 24 y siguientes de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y que están encaminadas a evitar la celebración de este tipo de contratos, no sólo por parte de los particulares que desean ser comitentes o madres gestantes, sino también por parte de los centros y/o personal médico especializado que prestan sus medios y conocimientos técnicos para la materialización de este tipo de contratos³⁸.

II.1.3 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

En el marco de la normativa existente en España en materia de gestación por sustitución, no cabe obviar Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil por cuanto, si bien no se pronuncia expresamente sobre la gestación por sustitución, ya se anticipaba, previamente, que el mayor problema al que se enfrenta España no es otro sino el acceso al Registro civil español de los bebés nacidos con ocasión de la celebración de este tipo de acuerdos. A este respecto, el artículo 4 de la Ley del Registro Civil³⁹ (en lo sucesivo LRC) enumera los actos que pueden ser objeto de inscripción en nuestro registro. Para el caso que nos ocupa, son por si mismos inscribibles la filiación, el nacimiento, los nombres y apellidos de las personas, así como las relaciones paternofiliales y las posteriores modificaciones que puedan producirse. Esta Ley viene a reconocer, asimismo, el derecho que asiste a las personas de poder acceder al Registro

³⁸ TORRALDA ERRUZ, (2011: 616-617). Concretamente, el artículo 24 LTRHA prevé en materia de reproducción humana asistida diversas sanciones de carácter administrativo, siempre previa instrucción del expediente que resulte oportuno y sin perjuicio de cualesquiera otras responsabilidades de orden penal o civil que pudieran acontecer. Asimismo, añade el citado precepto que en aquellos casos en los que la autoridad competente aprecie la posible comisión de un delito o falta, se dará traslado al Ministerio Fiscal. A este respecto, señalar, que la sanción penal excluirá la eventual imposición de una sanción administrativa, pudiendo ser dichas infracciones según lo previsto en el artículo 26 del mismo cuerpo normativo, leves, graves y muy graves.

³⁹ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE nº 175.

Civil Español en cualquiera de sus oficinas consulares o generales. Este derecho, aparece concretamente reconocido en el artículo 11 de la LRC, y es precisamente el que posibilita que se pueda practicar la inscripción de los bebés nacidos por gestación subrogada en Registro Civil Español, pero practicando el asiento en el extranjero. Si bien esta afirmación no parece resultar del todo clara, posteriormente se incidirá en profundidad sobre esta cuestión.

Frente a este derecho, la LRC, también establece una serie de obligaciones entre las que se encuentran el deber de instar la inscripción, el deber de presentar la documentación necesaria y el deber de suministrar datos veraces y exactos. Más adelante, y ya en su artículo 13, la LRC, recoge el principio de legalidad, por el cual “los Encargados del Registro Civil comprobarán de oficio la realidad y legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende, según resulte de los documentos que los acrediten y certifiquen, examinando en todo caso la legalidad y exactitud de dichos documentos”. A este respecto, únicamente se podrá practicar la inscripción del asiento extendido en un Registro extranjero, sin previo expediente, “siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”.

De igual modo, el citado cuerpo normativo señala el Encargado de la Oficina del Registro Civil deberá controlar la legalidad del documento, así como la validez de los actos y la realidad de los hechos cuya inscripción se pretende (art. 30 LRC). Este precepto, añade además que si del estudio de la documentación o de las declaraciones efectuadas se derivase alguna incoherencia entre la realidad y aquello cuyo acceso al mismo se pretende, el Encargado del Registro Civil dará parte de ello al Ministerio Fiscal, poniéndolo asimismo en conocimiento de los interesados.

El artículo 44 LRC por su parte, establece que el nacimiento será inscribible de conformidad por lo dispuesto por el artículo 30 del Código Civil, haciendo constar la realidad del hecho, el lugar, hora, fecha del alumbramiento, así como la filiación y sexo del nacido inscrito. A este respecto, y habida cuenta de que la maternidad subrogada no se encuentra avalada por las distintas normas que integran el ordenamiento jurídico español, y dado que los acuerdos de gestación por sustitución se celebran en el extranjero a pesar de que posteriormente se pretenda que los efectos de los mismos se produzcan en España, se ha de prestar especial atención a los artículos 97 y 98 LRC que establecen los requisitos que ha de cumplir un documento público oficial pero no judicial proveniente del extranjero para que sea apto por sí mismo y resulte posible su inscripción. A este respecto será necesario en primer lugar, que el mismo haya sido emitido por la autoridad extranjera competente, así como que la misma haya

participado en la elaboración del mismo. En segundo lugar, resulta igualmente precisa su validez de conformidad con el orden público español y las normas de Derecho Internacional Privado, debiendo ser posteriormente todo ello puesto en concordancia con el criterio sentado por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

II.1.4 Código Penal

Asimismo, no cabe obviar las consecuencias jurídico-penales que podrían derivarse de la práctica de este tipo de técnicas reproductivas. Ya se antecedía que la propia Ley de TRHA contemplaba en sus artículos 24 y siguientes un régimen de sanciones al margen de las responsabilidades civiles o penales que pudieran derivarse de la celebración de este tipo de contratos. Concretamente, nuestra normativa penal hace referencia a ello en el Capítulo II del Título XII del Código Penal (C.P en lo sucesivo), relativo a los delitos contra las relaciones familiares. Concretamente, el artículo 220 CP castiga con una pena de prisión que puede oscilar entre los 6 meses y los dos años a aquellas personas que oculten o entreguen un hijo a terceros para cambiar su filiación. Por su parte, el artículo 221 CP, prevé en su apartado primero la pena de prisión de uno a cinco años para quienes entreguen a un hijo o descendiente a un tercero respecto de con quien no exista relación de filiación o parentesco alguna, habiendo mediado algún tipo de compensación económica en contraprestación, e imponiendo asimismo una pena accesoria de 4 a 10 años para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.

Si se procede al análisis de la normativa existida hasta ahora en la materia en nuestro país, es decir, desde la Ley 35/1988 de 25 de noviembre hasta la actual Ley 14/2006 de 26 de mayo, se puede observar como todos los textos normativos han contado con la misma redacción del artículo 10. De ello se desprende que la gestación por sustitución no ha sido nunca una técnica avalada por nuestro ordenamiento jurídico, no habiendo sufrido cambio alguno en nuestro país desde sus inicios, y ello, con independencia de la existencia de ciertos movimientos sociales que reclaman la legalización y regularización de esta técnica en España.

En consecuencia, se puede afirmar que, si bien nuestra normativa no prohíbe de forma expresa esta técnica de reproducción humana asistida, la misma no se encuentra avalada por nuestro ordenamiento jurídico, y ello por cuanto según nuestra legislación son nulos de pleno derecho los contratos de gestación por sustitución o gestación por subrogación celebrados en nuestro país, y ello, sin obviar que este tipo de contratos son completamente contrarios a nuestras normas civiles y al orden público internacional. De esta forma, serán nulos de pleno

derecho los contratos de gestación subrogada celebrados en España, no pudiendo ser exigido el cumplimiento de los mismos por vía judicial y quedando sujetos los intervinientes en los mismos, a un amplio régimen de responsabilidades, previéndose incluso, la pena de prisión.

II.1.4.1 Proyecto de Ley impulsado por el grupo Parlamentario de Ciudadanos

A pesar de todo lo anteriormente expuesto, y de la negativa de nuestro ordenamiento jurídico a avalar este tipo de técnicas, ya se adelantaba de la existencia de diversos movimientos sociales que han venido solicitando en los últimos años la legalización y la regularización en España de la gestación subrogada por parte de nuestros poderes públicos.

A este respecto, el Grupo Parlamentario Ciudadanos, presento el 8 de septiembre de 2017 una proposición de Ley ⁴⁰para su consecuente debate en el Pleno del Congreso sobre la maternidad subrogada y su posible regulación, haciendo de esta forma uso de la facultad conferida por los artículos 124 y siguientes del Reglamento de la Cámara. Su objetivo principal era por tanto la regularización y legalización de esta controvertida institución en España, dando así voz a numerosos colectivos que en los últimos años han venido solicitando el reconocimiento de la misma como una técnica de reproducción humana asistida más. De igual modo, lo que se pretendía a través de esta proposición de Ley era de algún modo normalizar los efectos y consecuencias que supuso por su parte la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General del Registro y el Notariado⁴¹.

La citada proposición de Ley aboga por la regularización de la gestación por sustitución en su modalidad altruista sin perjuicio de la compensación que pueda haber como contraprestación a las molestias físicas y gastos derivados de la propia gestación, como los gastos de desplazamiento o el lucro cesante también inherente a la gestación, tratando así de implantar un modelo similar al existente en Canadá y evitando así el aprovechamiento de aquellas mujeres que se encuentren en una situación de necesidad o en riesgo de exclusión. No obstante, dicha premisa carece de sentido a nuestro modo de ver, toda vez que se prevé una

⁴⁰ Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación de 8 de septiembre de 2017, Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF

⁴¹La Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre régimen de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, se aprobó teniendo como objetivo principal dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor en supuestos de bebés nacidos por gestación subrogada. En ella, se establecen los criterios que determinan las condiciones en virtud de las cuales procede la inscripción en el registro civil español de los nacidos en el extranjero a través de un contrato de gestación por sustitución.

compensación económica por los posibles perjuicios que puedan derivarse de la gestación. Resulta extraño que se prevea esta posibilidad en materia de gestación subrogada cuando en lo que se refiere a la donación de órganos realizada inter vivos, nadie garantiza al donante ni antes, ni durante ni después de la extracción del órgano. Así, la proposición de Ley reseñada pretende desplegar sus efectos sobre la base de la libertad de la mujer y su derecho a decidir como sujeto autónomo que es. No obstante, esta idea parece poco coherente en la medida en que prohíbe la obtención de una retribución económica en contraprestación a la gestación, por cuanto se podría estar limitando el derecho de la mujer a gestar libremente a un bebé a cambio de una compensación económica. Resulta evidente que la razón de ser de esta prohibición a que la maternidad subrogada revista un carácter altruista no es otra sino evitar la mercantilización del cuerpo de la mujer. No obstante, y tal y como venimos señalando, dicha premisa podría entenderse asimismo como una limitación de la autonomía de su voluntad.

Contempla asimismo esta proposición de Ley la posibilidad de acudir a la gestación por sustitución únicamente cuando existan ciertas probabilidades de éxito y cuando ello no suponga un riesgo grave para la salud de la madre gestante, tanto a nivel físico como psíquico, debiendo esta otorgar su consentimiento tras haber sido previamente informada de los posibles riesgos y complicaciones que la maternidad subrogada puede conllevar. A nuestro modo de ver, uno de los puntos fuertes de la citada proposición de Ley lo introduce el artículo 4 al no permitir que la madre gestante posea vínculo de consanguinidad alguno con los padres intencionales por cuanto de esta forma, se evita la duplicidad de vínculos entre ella, el bebé y toda la familia, que puede terminar comportando conflictos adicionales y todo ello sin perjuicio de las complicaciones médicas que pudieran derivarse. Piénsese en una mujer que es inseminada con el espermatozoide de su hermano ante la infertilidad de la mujer de este.

Por lo que se refiere a los padres intencionales, estos deberán según el artículo 4 de la proposición de Ley ser incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida y haber agotado todas las vías para ser padres. A este respecto, entendemos que la citada proposición de Ley introduce de esta forma una distinción manifiesta entre el hombre y la mujer no siendo el citado cuerpo legal un texto inclusivo o igualitario, por cuanto atendiendo a su tenor literal, los hombres podrán acudir directamente a la gestación por sustitución al ser estos incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida, mientras que las mujeres por su parte, deberán acreditar el padecimiento de alguna patología que les impida concebir de forma natural.

Por último, señalar, que el citado cuerpo normativo adolece de un articulado tendente a resolver sobre la obligatoriedad del contrato y el posible desistimiento del mismo, lo cual a nuestro modo de ver implica una manifiesta incertidumbre jurídica que lejos de proteger el interés superior del menor lo deja en un contexto de desamparo. No obstante, si bien la postura del Grupo Parlamentario de Ciudadanos resulta clara e inequívoca respecto a la aprobación de una Ley que permita, con las debidas garantías, que una pareja pueda recurrir a esta técnica de reproducción humana asistida, para formar una familia, el resto de los partidos políticos parecen tener opiniones muy divergentes al respecto. En este sentido, las grandes formaciones como el Partido Popular, el Partido Socialista Obrero Español o Unidos podemos, han mostrado su absoluto rechazo respecto a la posible aprobación de una ley que avale este tipo de prácticas en España, por cuanto entienden que, a través de las mismas, se contribuye a la comercialización del cuerpo de la mujer y de la filiación.

Por su parte, otros partidos con menos representación en el Congreso, como el Partido Nacionalista Vasco, PdeCat o ERC, se han mostrado favorables a la legalización de la gestación subrogada, siempre desde la cautela, y siempre y cuando, se desarrolle dentro de un marco normativo con las debidas garantías para proteger los derechos de la mujer y los menores nacidos con ocasión de esta controvertida técnica. En cualquier caso, esta iniciativa de Ciudadanos no ha contado con los suficientes apoyos para salir adelante, por lo que a día de hoy se encuentra latente a la espera de volver a ser debatida en el Congreso de los diputados.

II.2 Criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado

La Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida establece, en su artículo 10 que, los contratos derivados del uso de la gestación subrogada son nulos de pleno derecho. No obstante, una vez celebrado el contrato de gestación por sustitución fuera de España, cabría preguntarse, qué sucede cuando se pretende en nuestro país, la inscripción de estos y sus efectos.

A este respecto, el principal problema al que se enfrenta España nace cuando los comitentes pretenden en el Registro Civil Español la inscripción de los bebés nacidos con ocasión de un contrato de gestación por sustitución celebrado en el extranjero. En este sentido, si bien el principal efecto cuyo reconocimiento se pretende es el de la filiación en favor de los padres comitentes en su país de origen, tal y como se verá, también se pretende el reconocimiento de otros efectos/derechos, como pueden ser las prestaciones por

maternidad/paternidad a la Seguridad Social. En este sentido, debe entenderse por filiación el vínculo de naturaleza jurídica existente entre unos descendientes respecto de sus ascendientes, sin existir a dicho respecto, ninguna limitación de grado⁴². En este orden de cosas, resulta preciso señalar que, en materia de gestación por sustitución, para la determinación de la filiación habrá que estar a la Ley nacional del hijo, según lo dispuesto en el 9.4 CC⁴³.

En conclusión, la verdadera problemática surge y se centra, en el acceso al Registro Civil español de estos bebés nacidos con ocasión de un contrato de gestación por sustitución en el extranjero. A día de hoy, existen tal y como se expondrán a continuación varias resoluciones e instrucciones de la DGRN tratando de dar una respuesta uniforme a este asunto. En este sentido, no resulta sencillo en absoluto la inscripción en el Registro Civil Español de un bebé nacido a través de esta técnica de reproducción humana asistida, existiendo a dicho respecto un verdadero control exhaustivo, todo ello con el fin de evitar el tráfico de menores. No obstante, y tal y como se verá, a día de hoy, dichas complicaciones se han visto disminuidas, como consecuencia de varias instrucciones de la DGRN, que han venido a posibilitar la inscripción de bebés nacidos por gestación subrogada en el extranjero.

II.2.1 Resolución 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 constituyó un punto de inflexión habida cuenta de lo que hasta ese momento se había tenido en consideración para proceder a la inscripción en el Registro Civil español de aquellos menores nacidos en el extranjero a través de la celebración de un contrato de maternidad subrogada⁴⁴.

Esta resolución de la DGRN trae causa como consecuencia de un recurso formulado en fecha de 18 de febrero de 2009 contra una resolución del encargado del Registro Civil Consular de España en los Ángeles que denegó a un matrimonio homosexual el acceso al registro de los dos hijos que estos habían tenido en los ángeles a través de un contrato de gestación por

⁴²GALLEGOS PÉREZ (2006:65).

⁴³ El artículo 9.4 viene a señalar que “La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5”.

⁴⁴ Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

sustitución. De igual modo, el encargado del registro denegó en base al artículo 10 de la Ley de TRHA el establecimiento de la filiación de los bebés en favor del matrimonio comitente. A este respecto, la DGRN a través de su resolución de 18 de febrero de 2009, pasa a revocar el Auto apelado, y ello, en base a los argumentos que se expondrán a continuación. Ya se ha destacado que, en España, la filiación queda determinada por el parto. A este respecto, en palabras de ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, en ese caso concreto, el mayor, problema se planteaba por cuanto ninguno de los dos varones solicitantes de la inscripción podía afirmar haber sido la madre alumbradora⁴⁵, motivo por el cual el encargado del Registro Civil Consular denegó la solicitud en un auto de 10 de noviembre de 2008 la solicitud presentada por ambos.

No obstante, la DGRN acuerda estimar el recurso interpuesto en consecuencia, y, ordena que se proceda a la inscripción en el Registro Consular el nacimiento de los menores en Los Ángeles, esgrimiendo lo dispuesto por el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil⁴⁶, que según la propia DGRN rechaza la aplicación de nuestra normativa interna en aquellos supuestos en los que se produce un conflicto de leyes, no resultando posible en ese caso concreto ni la aplicación del artículo 9.4 CC ni todo aquello dispuesto por la Ley de TRHA.

Los recurrentes, presentaron una certificación registral extranjera en la que se hacía constar la filiación de los menores respecto de los dos miembros de la pareja comitente, debiendo atenderse solamente en consecuencia a las normas españolas que recogen los requisitos de acceso al Registro Civil español en materia de certificaciones procedentes del extranjero. En este sentido, el artículo 81 del Reglamento del Registro viene a afirmar 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”. La decisión, y por consiguiente esta resolución, se basó concretamente en que la certificación extranjera no lesionaba el interés general, y ello, dado que según lo dispuesto por el artículo 14 CE habida cuenta de que todos los españoles son iguales ante la Ley, no cabe alegar una eventual vulneración del orden público español por el mero hecho de que dos personas sean del mismo sexo, ya que es perfectamente posible determinar la filiación de un menor en favor de dos personas del mismo sexo. A mi modo de ver, esta cuestión no debería incluso haber sido objeto de debate, por cuanto considero, que la cuestión a dilucidar no se centra en el sexo de los padres comitentes sino en la validez de las resoluciones extranjeras y el acceso de estas en el Registro

⁴⁵ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA (2014:9).

Civil Español. No obstante, esta línea argumentativa, daba respuesta a uno de los argumentos esgrimidos por el matrimonio, que invocaba como motivo de la denegación del acceso de su solicitud en el registro consular español en Los Ángeles, discriminación por ser ambos varones.

Por otro lado, esta resolución, señalaba además, que la no inscripción en el Registro Civil de los bebés nacidos con ocasión de un contrato de gestación por sustitución, puede suponer una vulneración de la Convención de los Derechos del niño. Concretamente, el artículo 3 del citado cuerpo normativo, conmina la necesidad de que los menores estén a cargo de aquellas personas que hayan manifestado su voluntad de ser padres por cuanto lo que prima no es otra cosa sino el interés, bienestar y protección de estos. De igual modo, señala el citado precepto el derecho que ampara a los menores de tener una identidad única que sea asimismo válida para todos los países, por cuanto no tendría sentido que esta tuviera que cambiar toda vez que los mismos circulen por un territorio distinto.

La DGRN afirma, además, que no cabe concluir que los recurrentes hayan incurrido en fraude de ley contemplado en el artículo 12.4 CC aplicable a supuestos internacionales. Señala que el matrimonio no ha usado una normal de conflicto, del mismo modo en que tampoco cabe aseverar que los mismos hayan utilizado cualquier otra normal con el fin de eludir la prohibición española en torno a la celebración de este tipo de contratos. Según la DGRN, en este caso concreto, -aquí es donde entendemos se empieza a resolver sobre las cuestiones verdaderamente relevantes y necesarias de dilucidar- no se trataba de determinar la filiación de los menores, dado que esta ya venía determinada por una certificación registral extranjera. De este modo, señala la DGRN que se trataba únicamente de precisar la filiación previamente determinada en aras de que la misma pudiese acceder al Registro Civil Español.

A este respecto, la DGRN concluyó el deber inscribir y conceder la nacionalidad española a ambos menores, siendo una premisa principal el dar cumplimiento a ese derecho a una identidad única, que debe prevalecer por encima de cualquier frontera, tal y como se deduce de lo dispuesto en el artículo 17.1 CC y el Convenio de Nueva York de 20 de noviembre de 1989⁴⁷.

En este sentido, DURAN AYAGO, aseveraba que esta resolución de la DGRN ha marcado un antes y un después dentro del ordenamiento jurídico español y la forma de dar

⁴⁷ Convenio hecho en Nueva York del 20 de noviembre de 1989. BOE núm., 313 de 31 de diciembre de 1990, entra en vigor en 1991 en España.

tratamiento a la figura de la maternidad subrogada, produciendo asimismo un cambio jurisprudencial y dando comienzo a un nuevo camino de pronunciamientos de carácter judicial en materia de nulidad de inscripciones de resultado incierto⁴⁸.

FARNÓS AMORÓS por su parte, vino a afirmar que esta polémica Resolución de 2009 no dejó indiferente a nadie, viniendo a generar un nuevo debate social en relación con la posible legalización de la maternidad subrogada⁴⁹. En conclusión, asevera la DGRN que el debate ha de centrarse en la posibilidad de que una certificación registral extranjera pueda acceder a nuestro registro por cuanto en lo que a la filiación se refiere, ha quedado ya de manifiesto que esta se determina por el parto, y que la figura de la gestación por sustitución se encuentra prohibida en nuestro país, siendo los contratos de gestación por sustitución nulos de pleno derecho, y no produciendo en consecuencia ningún efecto. A la citada resolución le han precedido diversas opiniones doctrinales como ya se ha podido ver, así como una tendencia jurisprudencial, que será asimismo objeto de estudio más adelante.

II.2.2 Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

No obstante la resolución anterior, el gran número de recursos interpuestos contra los Autos emitidos por los distintos encargados de los Registros Civiles consulares, denegando la inscripción de los menores nacidos por gestación subrogada, así como la necesaria protección de estos y los diversos intereses concurrentes cuando se celebran este tipo de contratos, hicieron necesaria la determinación de los requisitos pertinentes para que los bebés nacidos con ocasión de un contrato de gestación por sustitución puedan acceder al Registro Civil español. Es precisamente sobre esta base sobre la que se pronuncia la Instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010, relativa al régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Concretamente, esta instrucción viene a abordar tres cuestiones que revisten especial transcendencia. En primer lugar, señala como requisito necesario para el acceso al Registro de un menor nacido a través de un contrato de gestación subrogada que al menos uno de los padres comitentes posea la nacionalidad española. De esta forma, no cabría la inscripción en España, de la filiación de un menor cuando los padres comitentes no poseen esta nacionalidad. En

⁴⁸ DURAN AYAGO (2012: 283).

⁴⁹FARNÓS AMORÓS (2010: 2).

segundo lugar, más que un requisito, la citada resolución viene a afirmar que no cabe bajo ningún concepto favorecer a través de la inscripción en el registro el tráfico internacional de menores. Asimismo, añade que tal y como reconoce el artículo 7.1 CDN de 20 de noviembre de 1989 no cabe de igual modo, infringir el derecho que tiene el mismo a conocer sus orígenes biológicos en caso de que así lo estime oportuno.

De todo lo expuesto, se deduce en consecuencia, que esta instrucción opera como una garantía de salvaguarda de los derechos que asisten al menor entre los que se encuentran también aquellos que asisten a la madre alumbradora o gestante. Por último, señalar, que esta instrucción de fecha de 5 de octubre de 2010 impone, además, la obligación de presentar con carácter previo a la inscripción la resolución judicial dictada por el Tribunal extranjero competente donde se haga constar que se han cumplido los requisitos del contrato de gestación subrogada celebrado, en atención al marco legal del país donde este ha sido celebrado. La razón de ser de esta exigencia, no es otra que el control y protección de todos los intereses previamente destacados.

Ello permite, por ejemplo, verificar la plena capacidad de obrar y jurídica de la madre gestante o alumbradora, pudiendo advertir o no, en su caso, la posibilidad de que esta haya podido incurrir en error, así como que la misma no haya sido sometida para la celebración del contrato a ningún tipo de violencia, intimidación, engaño o coacción tendentes a obtener su consentimiento aun en contra de su voluntad. De igual modo, permite verificar la inexistencia de una simulación contractual. De todo lo expuesto, se deduce en consecuencia, que la solicitud de inscripción del bebé nacido fuera de España con ocasión de un contrato de maternidad subrogada sin que haya sido previamente presentada la citada resolución implica de forma automática la denegación de acceso al registro.

De todo lo anteriormente expuesto, se deduce en consecuencia, que la principal finalidad de esta instrucción se articula sobre la base de otorgar una mayor protección a ese interés superior del menor y facilitar asimismo, la inscripción en nuestro registro de la filiación transfronteriza que ha sido previamente declarada por un tribunal extranjero siempre y cuando se haya cumplido con los requisitos que venimos señalando, resultando en este sentido de aplicación, lo dispuesto en los artículos 954 y siguientes de la LEC, de los que se deriva además, que el tribunal competente para instar el exequatur es el juzgado de primera instancia. De esta forma, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, ha tratado de ofrecer una solución eficiente a esta problemática habitual dado que, si bien admite que se trata de una técnica prohibida en

España, no cabe obviar las consecuencias derivadas de la misma y cuyos efectos se pretenden en nuestro país. No puede negarse que la gestación por sustitución es ya una realidad en nuestro país, aunque sea de forma “indirecta”, pues si bien es cierto que se trata de una figura prohibida, cada día resulta más común que nuestros tribunales tengan que pronunciarse sobre el reconocimiento, ejecución y efectos de este tipo de contratos en España. En este sentido, se destinarán los siguientes apartados al tratamiento jurisprudencial de esta materia.

II.3 Realidad jurisprudencial

No resulta posible concluir el presente apartado sin abordar la postura sostenida por nuestro Alto Tribunal con respecto a la gestación por sustitución en nuestro país. Para ello, se realizará un breve análisis de los diversos pronunciamientos emitidos al respecto. Concretamente, el mayor número de veces que el Alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta controvertida figura ha sido con ocasión de determinar la procedencia o no, de las prestaciones por maternidad/paternidad solicitadas a la seguridad social por parte de aquellas personas que han sido padres comitentes en un proceso de gestación por sustitución.

Entre una de sus más recientes resoluciones en la materia, podemos destacar la Sentencia de fecha de 16 de noviembre de 2016⁵⁰ que vino reconocer en favor de una mujer que había sido madre con ocasión de la celebración de un contrato de gestación subrogada las correspondientes prestaciones que esta venía reclamando a la seguridad social, y ello en base a los motivos que se expondrán a continuación. Uno de los principales argumentos esgrimidos por la sala se centra concretamente en la imposibilidad de negar a un menor determinados derechos de los que es titular y que le son inherentes a su condición y persona. El Alto Tribunal basa su pretensión fundamentalmente en que, si bien es cierto que los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho de conformidad con el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, ello no puede perjudicar de forma automática al menor nacido con ocasión de los mismos. De igual modo, añade la Sala, que el principio general del interés superior del menor no permite al juzgador adoptar cualquier solución en la aplicación del mismo, por cuanto este se encuentra previsto para interpretar y aplicar la ley, así como para colmar las posibles lagunas que pudieran existir, señalando, además, que el referido principio ha de servir para la interpretación de las normas de protección a la maternidad que resultan de aplicación a este tipo de supuestos.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2016, (953/2016).

De igual modo, señala nuestro Alto Tribunal que, en el asunto examinado, el menor nacido a través de un contrato de maternidad subrogada, forma un núcleo familiar con los padres comitentes, que le prestan atención y cuidados parentales y tienen relaciones familiares “de facto”, por lo que debe protegerse este vínculo, siendo un medio idóneo la concesión de la prestación por maternidad. A este respecto añade que, en caso de no otorgarse esa protección a la maternidad en estos supuestos, se produciría una discriminación del menor en atención a su filiación, vulnerado lo dispuesto por los artículos 14 y 39.2 de la Constitución Española.

De igual modo, señala el Tribunal Supremo que el periodo de dieciséis semanas del descanso por maternidad y su correlativa prestación de Seguridad Social tienen una doble finalidad. Por un lado, atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo posterior al nacimiento del menor. La postura del Alto Tribunal parece ser clara e inequívoca respecto a la procedencia de este tipo de prestaciones tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución, y ejemplo de ello lo es también la sentencia de fecha de 13 de marzo de 2018 por cuanto alude expresamente a esta cuestión en términos similares⁵¹.

Así, el Tribunal Supremo, sienta una línea jurisprudencial sobre la base de las manifestaciones que venían realizando diversos tribunales superiores de justicia, que contemplan las prestaciones en los supuestos de maternidad subrogada como posibles al entender que la nulidad del contrato de maternidad por sustitución, conforme a la legislación española, no puede en ningún caso perjudicar la protección del menor por la Seguridad Social, y ello a pesar de que la maternidad subrogada no se contemple como una de las situaciones protegidas por las prestaciones de Seguridad Social dado que, sin embargo, su cobertura puede contemplarse por análoga situación de la adopción o el acogimiento. Asimismo, los tribunales superiores de justicia han venido entendiendo que, de no darse esa protección en supuestos de gestación por sustitución, existiría una discriminación respecto al resto de menores en situación de adopción o acogimiento⁵².

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Marzo de 2018, (2059/2016).

⁵² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 Mayo. 2017 (554/2017), Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 de Mayo de 2018, (732/2018), Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de diciembre (6074/2016).

Al margen de la jurisprudencia sentada en torno a la procedencia o no del reconocimiento de las prestaciones de maternidad/paternidad, cuando se celebran este tipo de contratos, ya se anticipaba previamente, que las resoluciones de la DGRN tuvieron como consecuencia fundamental, numerosos pronunciamientos tanto doctrinales como jurisprudenciales. A continuación, se analizarán las mismas, detallando el contenido de cada una de ellas, así como el sentido y tenor literal en el que se pronuncian estas, que si vienen a pronunciarse sobre la gestación por sustitución propiamente.

II.3.1 Sentencia núm. 193/2010 de 15 de septiembre, del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia de 2010

Concretamente, fruto de ellas, es la Sentencia de 15 de septiembre del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia.⁵³ Esta sentencia, trae causa de un recurso interpuesto por la Fiscalía con ocasión de un procedimiento ordinario seguido contra la Resolución de 2009 por la que se decretaba la inscripción de dos bebés nacidos en EEUU en el Registro Civil Español. El recurso, esgrimía principalmente la existencia de una posible falsedad documental ante el Registro Consular en Los Ángeles.

En cuanto a los hechos acaecidos, se pretendía a través de la aportación de una certificación registral extranjera, la inscripción en el Registro Consular español de los Ángeles del nacimiento de dos menores nacidos a través de la maternidad subrogada. En dicha certificación, se hacía constar tanto el nacimiento como la filiación de los bebés. Sin embargo, no se hacía referencia alguna a la madre gestante, pues en la misma, se reconocía directamente como padres al matrimonio comitente, que en este caso concreto era una pareja de homosexuales.

A diferencia de lo que sucede en EEUU –ya se incidirá en ello en apartados posteriores– en España, la filiación queda determinada por el parto. Ante el contenido de dicha certificación, la Fiscalía constató la existencia de un posible fraude, motivo por el cual instó el correspondiente recurso. Tal y como venimos reiterando, nuestro ordenamiento jurídico se muestra contrario a la figura de la gestación por sustitución, motivo por el cual, el encargado del registro entendió no haber lugar a la inscripción de esos dos menores como hijos del matrimonio comitente. A este respecto, el encargado del registro debe examinar siempre, y al

⁵³ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, de 15 de Septiembre de 2010 (SJPI 25/2010).

amparo del art. 23 LRC la legalidad conforme a nuestra normativa interna del certificado emitido por la autoridad extranjera, y deberá hacerlo con carácter previo a su acceso al Registro. A pesar de que la fiscalía entendió que debido al carácter de prohibición que entraña esta controvertida figura en nuestro país, y que consecuentemente no cabía inscribir el nacimiento de los menores en el Registro Civil español, se procedió a la inscripción de los mismos, al entender que no se estaba vulnerando el orden público.

A pesar de la prohibición de los contratos de maternidad subrogada en España, cuando se presenta ante el registro una certificación extranjera, no se trata de volver a determinar si la filiación que ya ha sido previamente determinada es válida, sino de señalar si esta puede acceder o no al registro de conformidad con nuestras normas registrales. No obstante, y a pesar de todo lo anterior, el Juzgado de Primera Instancia N°15 de Valencia terminó por estimar las pretensiones ejercitadas por el Ministerio Fiscal impugnando la resolución de la DGRN de fecha de 18 de febrero de 2009 y dejando en consecuencia sin efecto, la inscripción realizada.

En este caso concreto, el tribunal no tiene en cuenta el sexo de los padres comitentes, sino la posibilidad de que los menores hayan podido nacer a través de la celebración de un contrato de gestación subrogada. El tribunal, entiende como acertadas las afirmaciones de la instrucción de la DGRN al señalar que el interés superior del menor aconseja la inscripción de su filiación en el RC, puesto que, de lo contrario, se podría estar privando a estos de su derecho a tener una identidad única. No obstante, entiende asimismo el tribunal, que dicha inscripción debe de realizarse en atención a lo dispuesto por las directrices de la legislación española y no eludiendo las mismas.

De igual modo, la vulneración del orden público queda descartada al no constatarse la existencia de *forum shopping*⁵⁴ fraudulento por parte de los padres intencionales, lo cual, sumado a la necesaria protección del interés superior del menor y la no discriminación por razón de sexo, no permite apreciar dicha vulneración en el supuesto de hecho enjuiciado. De esta forma, lo que realmente procede determinar es si resulta aplicable o no, a este supuesto de hecho concreto, lo dispuesto por el artículo 10 de la LTRHA. Queda acreditado que los padres comitentes son los padres de los niños conforme a la certificación californiana. No obstante, en la realidad, ello no resulta biológicamente posible, y es concretamente aquí donde surgen las

⁵⁴ El *forum shopping*, consiste en la elección de entre los distintos tribunales que pueden ser competentes, el que según la ley que resulte de aplicación, pueda ofrecer una respuesta más favorable de cara a las pretensiones ejercitadas por los interesados en cada caso.

dudas en torno al hecho inscrito y cuya revocación se pretende. A este respecto, si bien es cierto que no existían pruebas sobre la celebración previa o no de un contrato de gestación por sustitución, ante la realidad de que dos varones no pueden concebir un bebé de forma natural, se parte de esta realidad, y es cuando surge en consecuencia, la necesidad de aplicar lo dispuesto por el artículo 10 LTRHA. De esta forma, se considera como madre a la madre alumbradora, y el fallo de la sentencia pasa a dejar sin efecto la inscripción de estos menores en el registro civil español.

II.3.2 Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011

Ante el fallo del Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia, que venía a dejar sin efecto la inscripción registral de los niños nacidos en EEUU a través de la celebración de un contrato de gestación subrogada, los padres comitentes y solicitantes de la inscripción de la filiación en España, recurren la sentencia en apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia. La AP de Valencia viene otra vez a desestimar las pretensiones ejercitadas por los padres comitentes. Atendiendo a la Instrucción de la DGRN, que permite la declaración de la filiación en España de los niños nacidos con ocasión de la celebración de un contrato de gestación subrogada en el extranjero cuando se cumplan una serie de determinados requisitos, a continuación, se analizarán los fundamentos de Derecho esgrimidos por la Audiencia Provincial para desestimar el recurso de apelación interpuesto.

Ya se señalaba que la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, fijaba como requisito fundamental para que resulte posible la inscripción en el Registro Civil Español de la filiación de los menores nacidos en el extranjero con ocasión de un contrato de maternidad por sustitución, la necesaria presentación ante el encargado del registro civil consular de la resolución judicial previamente emitida por el tribunal competente certificando la filiación. A este respecto, la Audiencia Provincial de Valencia señaló que, aunque se decía que la certificación californiana había sido expedida por orden de una previa decisión judicial, lo cierto era que dicha resolución judicial no constaba 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 esta se inscribiría en el Registro Civil español.

La Audiencia tiene presente, durante toda la fundamentación jurídica, el interés superior de los menores, así como la necesidad de protección de los mismos. No obstante, la misma afirma que dicho interés no puede lograrse a través de la infracción de las leyes y normas. Y señala, además, con respecto 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 que no ha quedado acreditada la afirmación de los comitentes respecto a la situación de desamparo en la que quedarían ambos menores en caso de que sus pretensiones no fueran estimadas, pues los mismos señalaban que de no ser estimadas, el destino de los menores sería un orfanato.

Por su parte, Ministerio Fiscal aseveraba que la sentencia recurrida no atentaba contra el derecho a la identidad única de los menores, pues éstos siempre tendrían la resultante de la certificación californiana, que sería la publicada y reconocida por el Registro Civil español en caso de acceder a él de conformidad con lo dispuesto por la Ley española.⁵⁵ De esta forma, la Audiencia pasa a desestimar íntegramente el recurso de apelación formulado por el matrimonio comitente.

II.3.3 Sentencia del Tribunal Supremo 6 de febrero de 2014

Ante la anteriormente citada resolución de la Audiencia Provincial de Valencia, el matrimonio decide interponer un nuevo recurso de casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, basando sus pretensiones en la infracción del artículo 14 CE, que establece que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

⁵⁵ El artículo 23 de la LRC señala que “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”.

Concretamente, el matrimonio alega que se ha vulnerado el derecho de los menores ha a tener una identidad única, así como su interés superior al haberse privado a los mismos de una filiación, debiendo prevalecer su derecho a una única identidad frente a cualquier otro interés concurrente y por encima de cualquier frontera. De igual modo, los padres intencionales alegaban la no vulneración del orden público español por cuanto a través de sus pretensiones, los mismos no tratan de dar validez en España al contrato de gestación por sustitución celebrado en el extranjero sino el acceso de la filiación de los menores al Registro Civil español.

En este sentido, lo que realmente resulta preciso dilucidar es si la decisión adoptada por la autoridad californiana de determinar la filiación de estos menores en favor de los comitentes e inscribir la misma de conformidad con la normativa allí vigente, puede o no, desplegar sus efectos y ser reconocida en el sistema jurídico español. Se cuestiona el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 23 de la LRC. No obstante, resulta evidente que no puede pretenderse el cumplimiento de todas y cada una de las premisas exigidas por nuestra legislación española, dado que, de ser así, sería imposible que se produjera el reconocimiento.

El Alto Tribunal, afirma que hay se ha producido una evasión al ordenamiento jurídico español por parte de los comitentes, habida cuenta de la imposibilidad de celebrar un contrato de gestación por sustitución en nuestro país y consecuentemente, reconocer la filiación de los menores nacidos con ocasión de la celebración de ese tipo de contratos. A este respecto, añade asimismo el tribunal, que la decisión de reconocer a los comitentes como padres de ambos menores es contraria al orden público español por ser ello incompatible con nuestras normas reguladoras en materia de relaciones familiares, que se encuentran inspiradas en valores constitucionales de la persona, la integridad moral y la protección a la infancia.

Por todo ello, entiende el Alto Tribunal, que no cabe estimar el recurso de casación interpuesto por los comitentes, al entender que la filiación de los menores en su favor cuyo acceso al registro se pretende, es una consecuencia directa del contrato de maternidad subrogada, motivo por el cual no resulta posible reconocer en España la decisión judicial dictada en el extranjero. Asimismo, la sala rechaza de igual modo, la existencia de algún tipo de discriminación, y asevera que, de haberse tratado de un contrato celebrado por un matrimonio heterosexual, el fallo habría sido el mismo.

Por lo que al interés superior del menor se refiere, la sala del Tribunal Supremo admite su necesaria toma en consideración para la toma de todas aquellas decisiones que afecten a un

menor, si bien dicha exigencia debe ceder cuando se haya producido una vulneración de las normas españolas. Asimismo, entiende el Alto Tribunal, que los contratos de maternidad por sustitución atentan contra la dignidad de los menores por cuanto a través de la celebración de los mismos se les está convirtiendo en un objeto del tráfico mercantil. De igual modo, entendía la sala, que ninguno de los comitentes había aportado prueba suficiente que acreditase a los mismos como padres biológicos de los menores ni que alguno de ellos hubiese aportado su propio material genético.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por los comitentes contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. No obstante lo anterior, resulta conveniente señalar que la citada resolución recoge la opinión generalizada de la Sala, pues no todos los magistrados que la componen mostraron su oposición al reconocimiento de la filiación de los menores en favor de los comitentes. A este respecto, uno de los magistrados formuló su propio voto particular, mostrando su disconformidad y aseverando la necesidad de establecer una necesaria distinción entre la convalidación de un contrato de maternidad subrogada que se encuentra prohibido por nuestra legislación, y la posibilidad de permitir el acceso al Registro Civil español de aquellas filiaciones que ya han sido válidamente determinadas en el extranjero cuando existe una resolución judicial extranjera que lo avale.

De igual modo, el magistrado SIJAS QUINTANA, aludía a la necesidad de valorar el orden público no desde una perspectiva contraria a nuestra normativa interna, sino desde aquel prisma que permita de forma simultánea la toma en consideración del interés superior del menor. El mismo, señala que no se produce una mercantilización de la filiación por la utilización de la gestación por sustitución, así como tampoco se produce la vulneración de la dignidad de la mujer o del niño, al permitir que se reconozca una filiación en favor de personas que, de otro modo, no podrían acceder a ella. Afirma asimismo, que ante la existencia de un acuerdo libre y voluntario entre los contratantes en la gestación, no se estaría vulnerando el interés superior del menor a cuya protección debe atenderse en todo caso⁵⁶.

Por último, asevera la no existencia de mercantilización, así como que no se produce una vulneración de los derechos y la dignidad de la madre gestante y el menor, por cuanto el contrato de gestación subrogada se establece sobre la base de un acuerdo de voluntades de

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (835/2013).

forma libre, en atención a la autonomía de la voluntad de los intervinientes, y cuyo objeto es la obtención de la filiación para personas que no pueden concebir de otro modo. En este sentido, autores como GARCÍA ABURUZA consideran que la inscripción no es una consecuencia secundaria de tal contrato de gestación por sustitución, sino la consecuencia directa y principal del mismo, no pudiéndose admitir la disociación entre el contrato y la filiación como sostienen los recurrentes⁵⁷.

En consecuencia, de la doctrina del Tribunal Supremo se desprende que el mismo, hace una importante diferencia entre la nulidad del contrato de gestación, establecida en el ordenamiento jurídico español, y la situación en que se encuentra el menor nacido, cuyos derechos no pueden verse perjudicados por la mencionada nulidad. No obstante todo lo anterior, si bien es cierto que existe una imposibilidad de plantear más recursos por parte del matrimonio comitente, ello, lejos de ser una mala noticia, les ofrece la posibilidad de establecer la filiación respecto de ambos bebés por otro tipo de vías. Llegados a este punto, resulta conveniente poner de relieve una serie de criterios existentes a través de los cuales resulta posible determinar la filiación, siendo estos; el criterio genético, el criterio gestativo y por último, el criterio social, cuya existencia es además reconocida por nuestro Alto Tribunal.

En cuanto al primero de ellos, el criterio genético, toma como base para la determinación de la paternidad, a la persona que aportó su propio material genético en el seno de la celebración de un contrato de gestación subrogada, si bien este deberá ejercitar la correspondiente acción de reclamación de la paternidad. El criterio gestativo, por su parte, atribuye la filiación a la madre, por ser esta la que gesta con su cuerpo y alumbró al niño, prescindiendo de la posibilidad de que esta haya podido ser inseminada con el material genético de donantes, o de que esta haya aportado siquiera, su propio material genético. Por último, el criterio social, pasa a atribuir la filiación a aquellos progenitores que están dispuestos a ejercer los derechos y deberes inherentes a la paternidad, de cara a todo el colectivo social.

Nuestro Alto Tribunal asume que estos tres criterios casan con lo dispuesto por nuestro Derecho Civil en lo relativo a la filiación y afirma 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”⁵⁸. Concretamente, en nuestro país, el criterio

⁵⁷ GARCÍA ABURUZA (2015: 4-6).

⁵⁸ Fundamento de Derecho tercero, apartado 6 de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

determinante para la filiación es el criterio gestativo⁵⁹, y por lo tanto, la maternidad, queda determinada siempre por la gestación y el parto. Ahora bien, en la línea de lo anteriormente expuesto, nuestro Alto Tribunal, se debe completar tanto con el criterio genético como con el criterio social, de forma que se pueda otorgar a los menores una mayor protección, así como para poder adaptar nuestra legislación, a la realidad social existente, pues tal y como se advertía, la gestación subrogada, a pesar de su “prohibición”, supone ya una verdadera realidad en nuestro país, aunque sea de forma indirecta.

En cualquier caso, tal y como advierte el Tribunal Supremo en la sentencia que venimos analizando de fecha de 6 de febrero de 2014, así como en el Auto de fecha 2 de febrero de 2015 relativo a un incidente de nulidad presentado por el matrimonio comitente, que la fijación de la filiación en este supuesto de hecho concreto, no puede derivarse del reconocimiento del certificado expedido por la autoridad californiana, pues la imposibilidad de reconocer la validez de este documento se deriva asimismo, de los preceptos antes señalados de la Ley RC, al establecerse no sólo el control formal de las resoluciones extranjeras, sino también el control de fondo de estas.

En este caso concreto, no cabe obviar que la madre había renunciado a todos sus derechos y deberes como madre, y que por su parte, habían venido siendo los padres comitentes quienes desde el nacimiento de ambos menores se habían venido ocupando y haciendo cargo de los mismos. A este respecto, el Alto Tribunal, si bien descarta la aplicación tanto del criterio gestativo, como del criterio genético –dado que ninguno de los comitentes había conseguido acreditar la aportación de sus propios gametos-, atiende al criterio social, viniendo a permitir en su fallo, la fijación de una relación paterno filial mediante la determinación de la filiación biológica respecto de uno de los padres comitentes, y la formalización de las relaciones familiares de facto, existentes entre estos y los menores, mediante el sistema de adopción o acogimiento.

En ese sentido, si atendemos a la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del TEDH, cuando existe un verdadero núcleo familiar, así como relaciones de facto entre los padres y los menores, no cabe obviar dichas circunstancias, y lo que es más, estas, deberán ser tenidas en cuenta, a la hora de proteger el interés superior del menor, tratando de contribuir al desarrollo y la protección de esos vínculos ya existentes. Concretamente, la Sentencia del

⁵⁹ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA (2014:9).

Tribunal Supremo de fecha de 6 de febrero de 2014 señala en concordancia con el contenido del artículo 8 CEDH que, toda vez que exista una relación familiar con un menor, existe a su vez una obligación a cargo del Estado de intervenir a los solos efectos de asegurar el correcto desarrollo de dicho vínculo, así como en aras de otorgar aquella protección jurídica que posibilite la integración del menor en su familia.

De este modo, si bien el Pleno fallo que no resultaba posible establecer la filiación como consecuencia del reconocimiento del certificado extranjero, sí era posible establecerla bien por el criterio social, bien por el criterio genético respecto del padre biológico de los menores, existiendo la posibilidad de adopción o acogimiento respecto del otro padre comitente, marido del padre biológico.

CAPÍTULO TERCERO: DERECHO COMPARADO

Tal y como se anticipaba, la gestación por sustitución es una figura que suscita gran controversia, tanto desde un punto de vista ético o moral como desde un punto de vista jurídico y político, y no solo en nuestro país, sino también a nivel internacional. De esta forma, ningún ordenamiento jurídico es ajeno a la existencia de esta figura, existiendo a ese respecto una gran disparidad entre los distintos ordenamientos jurídicos de cada país. Habiendo realizado un análisis pormenorizado sobre esta figura en España, a continuación, se incidirá sobre la base de lo anteriormente expuesto en torno a la regulación de esta figura en los países limítrofes a nuestras fronteras. Concretamente, se atenderá a qué países contemplan esta figura como legal, cuales las admiten siempre y cuando se realice de forma altruista, y cuales admiten esta práctica aun cuando la misma se realiza a cambio de una contraprestación económica en favor de la madre gestante.

En este sentido, ELEONORA LAMM encuentra tres posturas diferenciadas, en el Derecho comparado. Por un lado, contempla la prohibición de la maternidad subrogada; por otro lado, la admisión, siempre que no exista lucro por parte de la madre gestante, y cumpliendo determinadas condiciones y, por último, la admisión entendida de forma amplia⁶⁰.

III.1 La gestación subrogada en los distintos países de la Unión Europea

⁶⁰ LAMM, E (2012:23).

Como regla general, los países que conforman la Unión Europea rechazan la realización de este tipo de prácticas, y declaran nulos de pleno derecho los contratos derivados del uso de la gestación subrogada. En este sentido, son numerosos los argumentos esgrimidos para la no aprobación de leyes que legalicen esta técnica de reproducción asistida. No obstante, la mayoría se centran en torno a la cosificación de la mujer y la comercialización de su cuerpo. De igual modo, se ha esgrimido la mercantilización de la filiación, que afecta ya no solo a los derechos de la mujer, sino a los intereses de los menores y su consecuente protección. Habiendo analizado en profundidad, la regulación de la gestación por sustitución en España, así como su realidad jurisprudencial, vamos a ver qué sucede con esta figura en distintos países de los que conforman la Unión Europea.

Previamente, ya se hacía referencia a la situación existente en Portugal y en el Reino Unido. Mientras que en el Reino Unido solo se contempla esta posibilidad para las personas allí residentes, Portugal, cuenta ya con su propia ley reguladora en la materia si bien, tal y como se anticipaba, su Tribunal Supremo se ha visto obligado a suprimir algunos de sus artículos por entender que los mismos vulneraban los derechos fundamentales tanto de la madre gestante como del bebé. En el Caso del Reino Unido, la Ley de 1985⁶¹ reguladora de la materia, no prohíbe la gestación por sustitución ni sanciona a las partes intervinientes. No obstante, la misma rechaza que el acuerdo en virtud del cual una mujer se presta a gestar a un bebé para entregarlo a otra pareja o persona pueda realizarse atendiendo a fines lucrativos. Según la normativa interna del Reino Unido, la filiación se establece respecto de la madre gestante debiendo solicitar los padres comitentes al tribunal competente, la declaración de la filiación en su favor.

Esta Ley, ha sido desde entonces modificada en dos ocasiones. La primera en el año 1990, momento en el cual, se introdujo la posibilidad de otorgar a la madre gestante un plazo legal de reflexión introduciéndose así la posibilidad de que la misma pudiera cambiar de parecer respecto del consentimiento previamente prestado. La segunda modificación por su parte, se introduce ya en el año 2008 cuando se prevé la posibilidad de que los comitentes sean personas del mismo sexo, si bien su unión deberá encontrarse debidamente registrada en el Registro Civil. De esta forma, cabe concluir, que el ordenamiento jurídico del Reino Unido avala la gestación subrogada como técnica de reproducción asistida si bien, para que sea legal, esta debe de realizarse de forma gratuita y no cabiendo a ese respecto la celebración onerosa de este tipo

⁶¹ Surrogacy Arrangements Act. 1985.

de contratos. En este sentido, si conviene señalar que, no cualquier pago por parte de los comitentes debe entenderse como una contraprestación derivada de la celebración del propio contrato, pues podrán sufragarse los gastos razonables que deriven de la gestación a la gestante.

En cuanto a Portugal, ya se señalaba la decisión adoptada por el pleno del Tribunal Constitucional Portugués, que vino a suprimir varios artículos de la norma que legaliza en el país el uso de los vientres de alquiler. El Alto Tribunal explicaba en un comunicado que la Ley no violaba en sí misma la dignidad de la gestante ni del bebé, así como tampoco el deber del Estado de protección a la infancia. No obstante, entendía el alto Tribunal, que la norma violaba varios principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, lo que hacía necesaria, su supresión, no afectando ello, en cualquier caso, a los procesos de gestación subrogada ya autorizados por el Consejo Nacional de Procreación de Medicamento asistida.

Bélgica y los Países Bajos por su parte, toleran esta práctica, pero, sin embargo, carecen de un marco legal en el que desarrollarla y sentar unas bases para su adecuada regulación. Mención especial merece la situación existente en Alemania, donde concretamente, la Ley de protección del embrión 745/90 de 13 de diciembre de 1990⁶², enumera una serie de actividades que pueden dar lugar a la imposición de una pena privativa de libertad de hasta tres años siendo estas; la transfusión de los óvulos de una mujer a otra, la fecundación de un óvulo cuando esta no se realice al objeto de lograr el embarazo de la mujer titular de dicho óvulo y la fecundación de una mujer dispuesta entregar a otra persona el bebé al momento del nacimiento de este. No obstante, y a pesar de lo anterior, el citado cuerpo normativo, establece además que ni la madre gestante, ni los comitentes serán sancionados.

La redacción del citado precepto suscita numerosas dudas en torno a quien corresponde atribuirle la responsabilidad derivada de la celebración de dichos contratos. La redacción del artículo es clara e inequívoca, por lo que no cabe atribuir la misma ni a la madre gestante ni a los padres comitentes. Parece ser que el legislador alemán ha sentado sobre la base de su legislación, un régimen de responsabilidad aplicable únicamente al cuerpo médico interviniente en el proceso de gestación por sustitución, lo que parece resultar bastante injusto teniendo en consideración que el contrato de gestación por sustitución se desarrolla precisamente sobre la base de la autonomía de la voluntad de la madre gestante y de los padres comitentes, siendo el cuerpo médico un mero interviniente.

⁶² Disponible en: <http://www.bioeticaweb.com/alemania-ley-de-protecciasn.del-embriasn-n-74590-del131290/>

Por lo que respecta a la validez del contrato, el citado cuerpo normativo, no viene a declarar la nulidad del mismo, sino que se limita a establecer un régimen de responsabilidad aplicable al cuerpo sanitario que haya intervenido en el proceso. El Código Civil Alemán por su parte (Bürgerliches Gesetzbuch) señala, en sus artículos 1591 y 1592, que se considerará como madre legal de un niño a la madre que haya dado a luz al mismo, teniendo como padre al hombre que al momento del nacimiento del bebé se encuentre casado con esta⁶³. A mi modo de ver, el Código Civil Alemán parece obviar aquellos supuestos en los que la madre gestante no se encuentre casada al momento de dar a luz, más aun, teniendo en consideración que el padre comitente puede haber aportado su propio material genético. En este tipo de supuestos, cabría preguntarse, si existe por parte del padre comitente la posibilidad de reclamar la filiación biológica del bebé nacido.

Francia también cuenta con su propia regulación en la materia. Concretamente, la gestación subrogada se encuentra regulada en la Ley nº 94-653 de 29 de julio de 1994⁶⁴ del cuerpo humano⁶⁴, y que se encuentra completada por la Ley nº 2004-800 de 6 de agosto sobre la Bioética⁶⁵. No obstante, los tribunales franceses resuelven sobre la gestación subrogada en base a lo expresado por el Código Civil Francés⁶⁶, que señala en su artículo 16-7 que *“todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”*. Asimismo, el Código Penal Francés, no es ajeno a esta realidad y castiga en su artículo 227-12 con la pena de prisión de seis meses y multa de 15.000 euros a aquellos que intermedien entre una persona o pareja y la mujer gestante. A este respecto, cabe señalar que la legislación francesa presenta ciertas similitudes con la legislación alemana, al fijar un régimen de responsabilidades para aquellas personas intervinientes en el proceso, pero descartando cualquier tipo de responsabilidad respecto a la madre gestante y los padres comitentes. No obstante, la legislación francesa, omite cualquier referencia al cuerpo médico sanitario, por lo que dicho régimen de responsabilidad parece estar más encaminado a castigar la intervención de las agencias que se prestan a la realización de este tipo de técnicas de reproducción asistida.

Italia, que no posee una Ley específica en la materia, cuenta sin embargo con la Ley de 19 de febrero de 2014 relativa a la procreación médicamente asistida. En este sentido, el citado cuerpo normativo recoge en su artículo 12.6 la posible sanción que puede imponerse a aquellas

⁶³ Disponible en: <http://dejure.org/gesetz/BGB>

⁶⁴ Loi nº 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

⁶⁵ Loi nº 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

⁶⁶ Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

personas que comercialicen con la maternidad bajo cualquier modalidad, y que puede oscilar entre los 600.000 euros y 1.000.000 de euros además de una pena de prisión de hasta dos años. Una vez más, la legislación italiana establece un régimen de responsabilidades respecto a quienes “forman, producen, organizan o anuncian” la gestación por sustitución, quedando nuevamente fuera de ese régimen de responsabilidad tanto los comitentes como la madre gestante.

A diferencia de las otras legislaciones, la legislación italiana parece obviar determinados aspectos que revisten trascendental importancia como la identificación de los padres legales que han tenido acceso a las TRHA, el estatus de la filiación o a quién corresponde en su caso la custodia del nacido. A la vista de todo lo expuesto, llama la atención que ninguno de los distintos ordenamientos mencionados, incluido nuestro propio ordenamiento, prohíbe de manera expresa la gestación por sustitución. Todos ellos se limitan a declarar la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, así como a establecer un régimen de responsabilidades para los sujetos intervinientes en los mismos.

No es así el caso de Suiza, donde el artículo 119.2 d) de la Constitución Federal de fecha de 18 de abril de 1999 prohíbe expresamente el uso de esta técnica al declarar que “se prohíbe la donación de embriones, así como todas las formas de maternidad de sustitución”. De todo ello, se desprende la una tendencia europea general a rechazar este tipo de técnicas a salvo de las excepciones destacadas como el Reino Unido o Portugal, que cuentan con un ordenamiento jurídico más permisivo en la materia si bien con una serie de reservas.

Del mismo modo en que se analizaban los pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de gestación subrogada al examinar el contexto normativo de la gestación por sustitución en España, aquí no cabe obviar los pronunciamientos emitidos al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dada la importancia de los mismos. En este sentido, ello resulta importante no solo en atención a los casos de maternidad subrogada resueltos por el mismo, sino porque dichas resoluciones producen consecuencias en los distintos Estados Miembro que conforman la Unión Europea, pudiendo ocasionar cambios tanto en sus ordenamientos internos como en sus pronunciamientos y políticas en relación a esta figura.

A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en lo sucesivo), actúa sobre la base de lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos

Humanos⁶⁷, relativo a la vida privada y familiar. Concretamente, lo que el referido precepto viene a proteger es el derecho que tiene toda persona a que tanto su vida privada como su vida familiar sean respetadas. Asimismo, añade la necesidad de evitar que se produzca cualquier tipo de injerencia en este derecho por parte de las autoridades públicas, siendo esta medida una medida básica y necesaria en una sociedad democrática, y ello tanto para la seguridad nacional como para la seguridad pública y el bienestar económico del país. De igual modo, todo ello se entiende asimismo necesario para la evitación de delitos y la protección a la salud, la moral y los derechos y libertades de los ciudadanos.

El TEDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre ello con ocasión de varios supuestos acaecidos en los últimos años. Concretamente, el TEDH se ha ocupado de estos problemas, por un lado, en las sentencias recaídas en los asuntos *Menesson* (demanda 65192/11) y *Labassée* (demanda 65941/11), ambas de 26 de junio de 2014, seguidas después por la sentencia conjunta en los asuntos *Foulon* (demanda 9063/14) y *Bouvet* (demanda 10410/14), de 21 de julio de 2016. Por otro lado, debe ser mencionada la sentencia dictada por la Gran Sala en el asunto *Paradiso* (demanda 25358/12), de 24 de enero de 2017, que revoca la sentencia pronunciada por la Sala el 27 de enero de 2015⁶⁸.

Por incidir de forma más profusa en alguna de ellas, en el caso *Menesson* contra Francia y *Abassee*, el TEDH declaró contraria al artículo 8 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales la inscripción de la filiación de dos menores que habían nacido con ocasión de la celebración de un contrato de gestación subrogada en favor de los padres comitentes en su sentencia de fecha de 26 de junio de 2016. La Corte de Casación, rechazó la inscripción de filiación de dos matrimonios homosexuales con respecto a sus hijas, nacidas con ocasión de un contrato de gestación por sustitución, al entender que dichos contratos, eran contrarios al orden público francés. Ambos matrimonios, alegaban la contravención del citado precepto, por no respetar, la vida familiar y privada, donde se enmarca de igual modo el derecho a la propia identidad.

⁶⁷Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

⁶⁸ https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/04/Maternidad_subrogada.pdf

En este sentido, el TEDH asume y advierte la existencia de un conflicto que afecta a dos de los intereses protegidos por el mismo precepto; por un lado, la necesaria protección de la salud y por otro, la de los derechos y libertades fundamentales del resto. En ese sentido, conviene señalar que, ante la inexistencia de una única doctrina a nivel europeo, es el propio TEDH quien afirma la necesidad de que cada Estado Miembro posea un amplio margen de discrecionalidad cuando estos deben pronunciarse sobre una materia tan controvertida como es la gestación por sustitución⁶⁹. Asimismo, el TEDH señala que de la jurisprudencia del Alto Tribunal Francés se puede deducir la existencia de un equilibrio entre las pretensiones del Estado y las de los propios recurrentes. Sin embargo, y por lo que se refiere a los menores, el propio tribunal asevera que no es menos cierta sin embargo, la situación de inseguridad jurídica a la que se enfrentan los menores por cuanto se cuestiona su derecho a tener una única identidad. Además, no cabe obviar que en uno de los casos, uno de los comitentes era el padre biológico de las dos niñas nacidas por gestación subrogada, motivo por el cual, la prohibición de inscripción de la filiación de las mismas, no casa con los artículos relativos al reconocimiento de la filiación a través de una interposición de una demanda de paternidad, igual que sucede con los referentes a la adopción o a la posesión de estado.

Finalmente, el TEDH falla estableciendo que la prohibición de la inscripción de las niñas nacidas por gestación subrogada era contraria al art. 8 CEDH, condenando al Estado francés a pagar 5.000 euros a cada una de ellas en atención a los daños morales producidos. Conviene destacar, que esta sentencia, reviste especial relevancia, por cuando la misma tuvo un reflejo inmediato dentro de nuestro propio ordenamiento jurídico. Ello es así, por cuanto el 9 de julio del 2014 el Ministerio de Justicia anunció la inmediata puesta en marcha de todo aquello que fuera necesario a efectos de adaptar nuestra legislación interna a lo establecido en esta sentencia y facilitar el acceso al Registro Civil Español de la inscripción de los bebés nacidos por gestación subrogada.

La Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017 por su parte, marcó un importante antes y después, en lo que a la gestación por sustitución se refiere. Esta sentencia, revocaba un fallo de fecha 27 de enero de 2015 en el Asunto Paradiso y Campanelli contra Italia. En este caso, una mujer de nacionalidad rusa se prestó a cambio de 50.000 euros a gestar un bebé, renunciando a ese respecto a la filiación materna. El padre comitente, el Sr. Campanelli, había aportado supuestamente su propio material genético, y en la partida de

⁶⁹ STEDH, de 26 de junio de 2017.

nacimiento expedida por la correspondiente autoridad rusa, figuraban como padres tanto el cómo su esposa, la Sra. Paradiso. Dos meses después del alumbramiento, la Sra. Paradiso regresó a Italia con el bebé.

Cuando los padres comitentes acudieron al registro a inscribir al menor, se encontraron con que el Consulado italiano en Moscú había informado de que la partida de nacimiento contenía información falsa, motivo por el cual, se les denegó la inscripción del bebé en el registro italiano, y se abrió un procedimiento penal en el que se acusaba de haber falseado la filiación del bebé, además de falsificación documental, y contravención del procedimiento sobre adopción internacional. Como consecuencia de ello, las autoridades italianas, comenzaron además a tramitar un procedimiento de adopción para el menor, al entender que el mismo se encontraba en situación de abandono.

A este respecto, el matrimonio, interpuso el correspondiente recurso, siendo este estimado con fecha 27 de enero de 2015, por la Sección Segunda del TEDH por entender desproporcionada la actuación de las autoridades italianas, afirmando que la referencia al orden público no puede, sin embargo, otorgar carta blanca a cualquier medida, más aun teniendo en consideración que los estados se encuentran en la obligación de velar por el interés superior del menor y ello con independencia del vínculo que una al mismo y a los comitentes.⁷⁰ Por ello, el Gobierno italiano se vio obligado a abonar 20.000 euros al matrimonio por los daños morales causados.

No obstante, esta resolución fue asimismo recurrida por el Gobierno de Italia ante la Gran Sala, la cual confirmó la legitimación de las autoridades italianas a la hora de quitar la custodia de un menor nacido con ocasión de la celebración de este tipo de contratos, los cuales se encuentran expresamente prohibidos por el ordenamiento jurídico italiano, al entender que los mismos, constituyen además, una vulneración del art. 8 CEDH, al no haber interferencia en la vida familiar dado que la intromisión en la vida privada estaba justificada. Los fundamentos jurídicos alegados por el TEDH para alejarse del fallo emitido previamente por la sala eran fundamentalmente la no aportación por los comitentes de su propio material genético y, que el tiempo de estancia del menor con los mismos, era inferior a seis meses, no existiendo a dicho respecto la generación de ningún tipo de relación afectiva.

⁷⁰ STEDH del 24 de enero de 2017.

Finalmente, concluía el TEDH que “aceptar que el menor permaneciera con los recurrentes, posiblemente con la intención de que acabaran convirtiéndose en sus padres adoptivos, hubiera sido equivalente a legalizar la situación creada por ellos contraviniendo importantes normas de Derecho italiano”, lo cual, no se aleja de la doctrina del TEDH analizada hasta ahora.

De la doctrina sentada en las sentencias mencionadas, resulta preciso destacar las siguientes consideraciones. En primer lugar, que el TEDH no ha llegado a pronunciarse expresamente sobre los contratos de gestación por sustitución. No obstante, el mismo asume que se trata de una materia respecto a la cual no existe un consenso internacional, lo que hace que cada país cuente con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de establecer sus propias legislaciones internas, que en ningún caso procede sean sustituidas por su propio criterio, de cara a determinar la regulación más idónea al respecto.

En segundo lugar, que las sentencias del TEDH más que con la maternidad subrogada en sí misma, tienen que ver con los problemas que se derivan de la celebración de este tipo de contratos por personas cuyos países prohíben la realización de estas prácticas, y cuyo reconocimiento y ejecución pretenden en su país de residencia. En este sentido, el TEDH asume que el reconocimiento de dichos contratos en el país de origen, supone dejar sin efecto la prohibición sentada en torno a la celebración de este tipo de contratos. A este respecto, en el caso Paradiso, habido tenido en consideración las circunstancias concurrentes, este criterio resultó decisivo a la hora de no declarar la filiación. No obstante, en el caso Mennesson, el mismo se volvió más laxo.

Por último, que el TEDH tiene como criterio determinante a la hora de determinar o no la filiación, tanto la existencia de una relación biológica entre el bebé y los padres comitentes como el tiempo efectivo de convivencia entre estos y el niño o niños nacidos por gestación subrogada.

III.2 La gestación subrogada en otros países fuera de la Unión Europea

El hecho de que la gestación por sustitución sea una técnica de reproducción asistida no avalada por la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, implica el desplazamiento de muchas parejas residentes en la Unión, a otros países del continente o a Estados Unidos, donde algunos ordenamientos jurídicos son más laxos y permiten la utilización de esta técnica

como una más dentro de los métodos de reproducción asistida. Este fenómeno, al que ya hacía previamente referencia, recibe el nombre de turismo reproductivo y es cada vez más frecuente a nivel mundial. Entre los principales países de destino se encuentra Ucrania y Estados Unidos, pues si bien es cierto que la gestación por sustitución no es legal en todos los estados, ya se adelantaba que era uno de los países pioneros en la materia, habiendo sentado a nivel mundial los primeros precedentes.

Por lo que se refiere a los Estados Unidos de América, existen, dentro de un mismo país, posturas muy divergentes en función del Estado de que se trate. La razón de ser de la existencia de ordenamientos jurídicos tan dispares entre sí, obedece en primer lugar, a la soberanía estatal contemplada en la Constitución de Estados Unidos. Cada Estado, posee el poder de legislar de forma propia en materias como la paternidad. Además, no existe a nivel estatal ninguna ley que regule con carácter general para todos los estados esta materia. Por lo tanto, corresponde a cada Estado, crear de forma individual, leyes que contemplen o no la legalidad de la gestación por sustitución, así como la determinación de la filiación de los bebés nacidos a través de estas técnicas y en su caso, las sanciones que pudieran corresponder por la celebración de este tipo de contratos.

Consecuencia de ello es que, a día de hoy, podamos encontrar en Estados Unidos tres grandes grupos según la tendencia normativa creada por los órganos legislativos de cada Estado⁷¹. Por un lado, estarían aquellos Estados que permiten la celebración de convenios de gestación por sustitución, si bien la regulación varía en cada Estado en función de tres factores a destacar. En primer lugar, la admisión o no tanto de la gestación subrogada tradicional como de la gestacional. En segundo lugar, la posibilidad de que se produzca una contraprestación en favor de la madre gestante que vaya más allá de los gastos razonables del embarazo. Por último, la necesidad de que los padres comitentes deban estar unidos por razón de matrimonio, o puedan en su caso acceder a ello siendo pareja de hecho siendo, además, en su caso o no, heterosexuales⁷².

Concretamente, son ejemplo de ello Florida, que cuenta con sus propias normas con rango de ley que permiten la gestación por sustitución, exigiendo estas que los comitentes sean mayores de edad y se encuentren unidos en matrimonio. Texas y Utah cuentan con una misma Ley creada por la “Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes”,

⁷¹ LAMM, E. (2012/186).

⁷² SÁNCHEZ ARISTI (2013:21).

la cual exige que todo acuerdo de gestación por sustitución sea aprobado por un organismo judicial encargado de verificar el cumplimiento de las exigencias legales previstas al efecto, como por ejemplo, que la asisten⁷³.

Por otra parte, se encuentran aquellos Estados que no cuentan con normas con rango de ley que regulen la gestación por sustitución, pero que, sin embargo, cuentan en el plano jurisprudencial con una serie de precedentes aplicables a la celebración de estos acuerdos. Son ejemplo de ello Pensilvania y California. Concretamente, el ordenamiento jurídico del Estado de California avala la práctica de la gestación subrogada o gestación por sustitución incluso si esta se realiza con fines comerciales. No obstante, para ello exige que la madre gestante sea residente allí.⁷⁴ En este sentido, y habida cuenta de que no existe ningún reconocimiento explícito, se observa que ha sido la propia jurisprudencia emanada de su Alto Tribunal la que se ha encargado de fijar los derechos que asisten a las partes intervinientes en este tipo de contratos, señalando asimismo, una máxima como es la prevalencia de los derechos de los padres comitentes frente a los de la madre gestante, que bajo ningún concepto puede desistir del contrato una vez este haya sido suscrito.

A este respecto, el Family Code of California⁷⁵, reconoce a los padres comitentes como los verdaderos progenitores del menor nacido con ocasión de la celebración de un contrato de gestación por sustitución y ello a pesar de que los mismos ni siquiera hayan aportado sus propios gametos. En este sentido, FERNÁNDEZ- SANCHO TAHOSES asevera que el momento de mayor relevancia durante el proceso de gestación se produce concretamente a los 8 meses de gestación, pues es entonces cuando se realiza lo que se denomina como “juicio de paternidad”, que tiene lugar en los juzgados de familia, y al que asistirán todas las partes intervinientes, desde la agencia que puso en contacto a la madre natural y los padres comitentes como el ginecólogo que práctico la fecundación in vitro. Habido concurrido todas las partes interesadas al denominado “juicio de paternidad” el juez procederá a declarar la filiación en favor de los padres comitentes en la partida de nacimiento y sin hacer ninguna mención a la madre gestante, lo cual es completamente legal de conformidad con la legislación existente en la materia.

No obstante, el reconocimiento de la filiación no es automático, ya que los padres comitentes, tendrán que acudir a un procedimiento judicial en el cual expresen su voluntad de

⁷³ LAMM, E. (2011:189).

⁷⁴ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES (2011:132).

⁷⁵ Family Code of California, Division 12, Parent and Child Relationship.

adquirir la filiación del nacido como consecuencia de la gestación por sustitución⁷⁶. Este procedimiento, se encuentra por un lado dirigido, a declarar la filiación entre el menor nacido por un contrato de gestación por sustitución y los padres comitentes a partir de una sentencia denominada pre-birth judgement y su consecuente atribución a los comitentes de todos los derechos parentales. Por otro, a extinguir el vínculo filial que pudiera existir entre el bebé y la madre gestante y en su caso, entre el bebé y el esposo de esta en aquellos supuestos en los que la misma pudiera haber contraído matrimonio con carácter previo.

Por último, estarían aquellos Estados en los que ni sus órganos legislativos ni sus órganos judiciales se han pronunciado sobre la materia, como por ejemplo Colorado, Delaware o Alabama. Habida cuenta de todo lo anteriormente expuesto, cabría preguntarse si existe en su caso, algún Estado en el cual la gestación subrogada se encuentre expresamente prohibida. Si bien la autora LAMME hacía una división en tres grandes grupos que hace sospechar que no, el hecho de que existan determinados estados en los que no exista pronunciamiento alguno sobre la materia, genera a mi modo de ver una gran incertidumbre jurídica. A este respecto, cabe señalar que, existen una serie de estados en los que la gestación subrogada se encuentra prohibida, pudiendo constituir un delito penal castigado con pena de multa e incluso con pena de prisión, como en el caso del Estado de Nueva York.

No obstante lo anterior, este tipo de contratos se siguen celebrando en la mayoría de los estados. A pesar de la legislación y jurisprudencia existentes, la realidad social es otra, y es que, con independencia de las normas con rango de ley existentes, así como de la jurisprudencia sentada por los tribunales americanos, hasta en Estados como Nueva York, se han hallado resoluciones judiciales por las cuales se declaraba la filiación en favor de unos padres comitentes. Ello es así, gracias a la posterior aprobación de las correspondientes acciones de filiación.

Si bien es cierto que existen más países en los cuales es legal la gestación subrogada, ya se hacía referencia a EEUU y a Ucrania como principales destinos del turismo reproductivo. Habiéndose realizado un análisis pormenorizado de la situación existente en EEUU, a continuación, se hará una breve mención a la realidad existente en Ucrania. En Ucrania, el planteamiento de la legislación acerca de la maternidad subrogada es uno de los más permisivos de todo el continente europeo.⁷⁷ La gestación subrogada, se encuentra plenamente avalada por

⁷⁶ LAMM, E (2013:186).

⁷⁷ LAMM, E (2012:17).

el ordenamiento jurídico ucraniano. En este sentido, tanto el Código de Familia, como el Código Civil y las Órdenes Ministeriales ucranianas permiten la celebración de este tipo de contratos. El Código Civil ucraniano sostiene que, toda persona, puede “ser curado” mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida siempre y cuando se respeten los condicionamientos contemplados legalmente. A este respecto, Ucrania, elaboró la Instrucción sobre la Aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que admite la posibilidad de emplear la gestación por sustitución a cualquier persona, y ello con independencia de su nacionalidad. A pesar de lo anterior, y pese a poseer Ucrania uno de los ordenamientos jurídicos más permisivos en la materia, los padres comitentes habrán de cumplir con una serie de requisitos para que resulte finalmente procedente la celebración de este tipo de contratos.

A este respecto, la madre comitente, deberá acreditar en primer lugar, que la misma no cuenta por si misma con la capacidad necesaria para llevar a cabo el proceso gestacional. Concretamente, la mujer, deberá acreditar la deformación y ausencia de útero, el padecimiento de enfermedades que hagan imposible terminar la gestación o el padecimiento previo de varios abortos.⁷⁸ Asimismo, los comitentes deberán estar unidos por razón de matrimonio debiendo ser además heterosexuales. De esta forma, la legislación ucraniana rechaza por completo la posibilidad de que una pareja homosexual pueda acudir al país con ánimo de celebrar este tipo de contratos, quedando esta posibilidad exclusivamente reservada a parejas heterosexuales.

Por su parte, el último de los requisitos se establece esta vez sobre la figura de la madre gestante. En este sentido, estos se centran concretamente en el estado físico y mental de la misma, exigiéndose que esta sea menor de treinta y cinco años y que cuente como mínimo con un hijo sano. Lo que resulta llamativo en el caso de los contratos de gestación por sustitución celebrados en Ucrania, en contraposición con el resto de los ordenamientos jurídicos analizados previamente, es el momento de la determinación de la filiación. Mientras que en el resto de los supuestos la misma venía a determinarse una vez nacido el bebé a través de las correspondientes acciones de la filiación, en Ucrania se prevé la posibilidad de que esta se determine una vez los padres comitentes hayan introducido el embrión creado por sus propios gametos en el interior del útero de otra mujer.

Esta posibilidad, viene reconocida por el artículo 123.2 del Código de Familia Ucraniano. No obstante, antes de la intervención médica que vaya a posibilitar llevar a cabo la

⁷⁸ SÁNCHEZ ARISTI (2010:20).

gestación subrogada, el consentimiento de la gestante debe constar en el certificado de nacimiento, siendo este el único momento en el cual la misma puede manifestar su disconformidad, y ello, dado que el artículo 139 del mismo cuerpo legal no puede, en ningún caso reclamar para sí misma la filiación del niño gestado con el material genético de los padres comitentes. De esta forma, una vez se haya cumplido con los requisitos legalmente exigidos, los padres comitentes figurarán en todo momento como los padres del menor. De todo ello, lo que se deduce, es que el ordenamiento jurídico ucraniano otorga mayor relevancia al vínculo genético que al vínculo existente entre el bebé y la madre gestante.

En cuanto al carácter oneroso o gratuito de estos contratos, a diferencia de lo que sucedía en Estados Unidos, donde el contrato debía ser para su legalidad altruista, el Código Civil Ucraniano, promulga el principio de libertad contractual, por lo que las partes, en el seno de la celebración de un contrato (incluyéndose la gestación por sustitución) podrán convenir libremente las estipulaciones y cláusulas que estimen convenientes o necesarias entre las cuales podrá incluirse el precio. A este respecto, ALVAREZ, N. señala, que actualmente el precio puede oscilar entre los 28.000€ y 40.000€, en función de las distintas garantías que presten las posibles clínicas intervinientes⁷⁹.

CAPÍTULO CUARTO: RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN EL EXTRANJERO CON OCASIÓN DE LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

A pesar del rechazo y prohibición por parte de nuestro ordenamiento jurídico a esta controvertida práctica la figura de la gestación por sustitución constituye ya una verdadera realidad dentro de nuestro país. En este sentido, ya se ha visto como la jurisprudencia de nuestros tribunales no es ajena a ella, y a este respecto se ha pronunciado ya en varias ocasiones en relación a la misma; ya sea con ocasión del reconocimiento de las prestaciones de maternidad/paternidad, ya sea con ocasión de la inscripción de la filiación en el Registro Civil español de los bebés nacidos a través de esta técnica en el extranjero.

En la actualidad, el procedimiento a través del cual se obtiene en España el reconocimiento de sentencias dictadas en el extranjero es bastante habitual y recibe el nombre de exequatur. En este sentido, si bien la práctica habitual es que se recurra a este procedimiento para la homologación en España de sentencias de divorcio dictadas en el extranjero, no resulta

⁷⁹ ÁLVAREZ, N (2017).

menos extraño que se recurra al mismo para la homologación de sentencias en España en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida. En lo que al presente trabajo interesa, se atenderá a la utilización del mismo para el reconocimiento en España de sentencias extranjeras dictadas con ocasión de la celebración de un contrato de gestación por sustitución celebrado en el extranjero, y cuyos efectos se pretenden en España. A este respecto, los jueces y tribunales españoles han empezado ya a homologar sentencias procedentes de EEUU referentes a la celebración de este tipo de contratos. La razón de ser, aun siendo la gestación subrogada una técnica no avalada por nuestro ordenamiento jurídico, radica en la finalidad de proteger un principio muy importante en Derecho de familia como es el interés del menor o *favor filii*.

Ya se señalaba, que para que resulte posible la inscripción en el Registro Civil español de un niño nacido por gestación subrogada es necesario un título habilitante, siendo este concretamente el documento oficial expedido por la autoridad o administración competente en el país de celebración del contrato. A este respecto, existen en la actualidad dos tipos distintos de documentos que podrían habilitar dicha inscripción en nuestro registro variando este en función del país en el que se haya celebrado el contrato de gestación por sustitución y consecuentemente el nacimiento del bebé cuya inscripción se pretende.

En primer lugar, estaría la sentencia judicial a través de la cual se determina la filiación del bebé nacido y de los padres comitentes. Esta sentencia, luego tendrá que ser homologada posteriormente en España, mediante el citado procedimiento en Derecho Internacional Privado *exequátur*⁸⁰. Por otro, estaría el certificado o partida de nacimiento con la Apostilla de la Haya⁸¹, a nombre de los padres comitentes. No obstante, a pesar de que en la partida de nacimiento figuren los nombres de ambos, España, únicamente reconocerá al padre biológico. De igual modo, en la partida española, quedará inscrita la madre gestante. Una vez en España, con el libro de familia, se iniciarían los trámites de adopción en favor de la otra parte de comitente.

⁸⁰ Este procedimiento, se encuentra reconocido en la Sección II "De las Sentencias dictadas por Tribunales Extranjeros" del Título VIII "De la ejecución de las Sentencias" de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Concretamente, aluden a él, los artículos 951 a 958. El *exequátur* es procedimiento judicial cuyo objeto es reconocer la validez de una sentencia dictada por un Tribunal extranjero y permitir en su caso, la ejecución de la misma en un Estado distinto al que se dictó esta. Este procedimiento, simplemente verifica que la sentencia extranjera cumple los requisitos para que sea válida y por tanto sea reconocida y ejecutada en España, por lo que no se trata de un procedimiento que vuelve a resolver nuevamente sobre el fondo del asunto.

⁸¹ La apostilla de la Haya, es un método simplificado de legalización de documentos, cuyo objetivo principal consiste en verificar la autenticidad del documento en el ámbito internacional. Materialmente hablando se trata de una hoja adicional, agregada o adherida al reverso en una página adicional a los documentos, que la autoridad competente agrega sobre una copia del documento público

En cualquier caso, para que resulte preciso ejecutar en nuestro país una resolución extranjera de estas características, habrán de cumplirse además una serie de requisitos, entre los que se encuentran el hecho de que la sentencia no haya sido dictada en rebeldía, que se haya dictado con ocasión del ejercicio de una acción personal, que la obligación para su cumplimiento sea lícita en España y que esta tenga la consideración de auténtica.⁸² Por último, resulta preciso señalar asimismo que bajo ningún concepto se admitirán certificaciones extranjeras en las que no se hagan constar la identificación de la madre natural.

CONCLUSIONES

Del estudio realizado se han podido extraer las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- Que la institución de la familia no es ajena a los profundos y constantes cambios sociales que ha experimentado nuestra sociedad en los últimos años, y que esta, no es una institución inmutable sino adaptativa que evoluciona conforme a los usos y costumbres existentes en cada momento.

SEGUNDA.- Que a este respecto, los recientes avances científicos y tecnológicos han supuesto, junto con la propia evolución del ser humano y su forma de entender la vida, la aparición de nuevos modelos familiares, que distan mucho de lo que comúnmente se ha conocido como la “familia tradicional”.

TERCERA.- Que las técnicas de reproducción humana asistida no han sido ajenas a dichos avances tecnológicos, habiendo surgido nuevas técnicas de reproducción asistida, entre las que se encuentra la gestación por sustitución o gestación subrogada, surgiendo incluso, dos nuevos fenómenos como son el “turismo reproductivo” y la “revolución reproductiva”.

CUARTA.- Que la gestación subrogada es un acuerdo de voluntades en función del cual, una mujer se presta a gestar un bebé, para entregarlo al momento de su nacimiento a una pareja o persona en su caso, y que reciben el nombre de “comitentes”, pudiendo dicho acuerdo responder tanto a fines onerosos como a fines altruistas. En cualquier caso, si bien dichos acuerdos no se encuentran expresamente prohibidos por la LTRHA, los mismos no se

⁸² Art. 954 de la LEC

encuentran avalados por nuestro ordenamiento jurídico, siendo a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 LTRHA, nulos de pleno derecho, y, existiendo incluso, sanciones para aquellas personas que intervengan en la celebración de este tipo de contratos. En este sentido, y ante la imposibilidad de celebrar este tipo de contratos en España, muchas personas, recurren a otros países del extranjero para practicar esta técnica, siendo EEUU y Ucrania, países pioneros en la materia, así como los principales destinos del denominado turismo reproductivo, por ser sus ordenamientos jurídicos los más permisivos y laxos.

QUINTA.- Que, cada vez son más las personas que recurren al método de la maternidad subrogada para procrear, habiendo disminuido en consecuencia el número de adopciones, motivo por el cual, y ante la incipiente crecida de los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero, nuestros tribunales y la DGRN han tenido que pronunciarse sobre la procedencia o no del reconocimiento en nuestro país de la filiación declarada en favor de los padres comitentes en virtud de una resolución extranjera y cuya inscripción se pretendía en nuestro registro.

SEXTA.- Que como consecuencia de todo ello, la DGRN ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones en su Instrucción de 5 de octubre de 2010 y en su Resolución de 18 de febrero de 2009, viniendo a establecer una serie de requisitos para la procedencia de la inscripción, como puede ser por ejemplo la necesidad de que al menos uno de los padres comitentes posea la nacionalidad española, estableciendo asimismo, una serie de criterios para la determinación de la filiación, siendo estos; el criterio genético, el criterio gestativo y el social, que es el criterio seguido por España, pudiendo suponer todo ello el inicio de un largo camino tendente a la regulación de esta controvertida figura.

SÉPTIMA.- Que, en definitiva, se ha llegado a plantear la existencia de un posible derecho a la procreación, o dicho de otro modo, de un derecho a la maternidad/ paternidad, si bien el mismo termina finalmente descartado en atención a la prevalencia de una serie de derechos como son el derecho a la integridad física y moral de la mujer y su derecho a la dignidad, debiendo quedar en consecuencia ese deseo a la maternidad/paternidad relegado a un simple proyecto de vida.

OCTAVA.- Que, en todo aquello que concierne a un menor ha de ser tenido siempre en cuenta su interés superior y que cuando se trata de un contrato de maternidad subrogada se

plantean serias dudas sobre si a través de la celebración de dichos contratos se está protegiendo adecuadamente ese interés.

NOVENA.- Que a día de hoy, dada la situación existente en España, únicamente ha llegado un supuesto de gestación por sustitución al conocimiento de nuestro Alto Tribunal, habiendo obtenido el mismo, la ocasión de pronunciarse sobre el acceso al Registro Civil Español de un contrato de estas características.

DÉCIMA.- Que a este respecto, la doctrina del Tribunal Supremo entiende, de forma mayoritaria, la necesidad de proteger ese interés que debe prevalecer sobre cualquier otro interés concurrente a la celebración de un contrato de gestación por sustitución si bien no resulta igualmente posible atender al mismo cuando se han vulnerado las normas españolas.

UNDÉCIMA.- Que, no obstante, existen opiniones divergentes que se inclinan por la necesidad de establecer una clara distinción entre el contrato de gestación por sustitución que se encuentra prohibido por nuestro ordenamiento y el acceso al Registro Civil español de una filiación que ya ha sido previamente determinada por una autoridad extranjera, y ello en atención al interés superior del menor.

DOUDÉCIMA.- Que uno de los problemas a los que se enfrenta España, consecuentemente, es al reconocimiento de este tipo de contratos celebrados en el extranjero y cuyos efectos se pretenden en nuestro país. Como se ha visto, la gestación por sustitución es ya una realidad en España, aunque sea de forma indirecta, y en cierto modo, nuestro ordenamiento se ha tenido que adaptar a esta práctica ante los numerosos problemas que se plantean cuando se trata de inscribir en el Registro Civil Español, la filiación de un menor nacido en el extranjero con ocasión de un contrato de gestación por sustitución, todo ello sin perjuicio de las prestaciones por maternidad/paternidad solicitadas a la Seguridad Social que puedan solicitar los padres comitentes.

DECIMOTERCERA.-. Que si la tendencia generalizada en Europa es de igual modo la prohibición expresa de la gestación por sustitución, existen países como el Reino Unido o Portugal que sí que avalan la realización de estas prácticas, si bien de forma cautelosa y en atención a determinadas garantías y requisitos que han de cumplirse. A este respecto, el TEDH tampoco es ajeno a los contratos de gestación por sustitución, y si bien la jurisprudencia que emana del mismo no se pronuncia propiamente sobre la gestación por sustitución en sí misma,

este sí que ha tenido ocasión de entrar a valorar el reconocimiento y efectos de la misma en varios de los estados que conforman la Unión Europea.

DECIMOCUARTA.- Que de ello, lo que se desprende es que el TEDH no tiene sentada una jurisprudencia tendente a rechazar o a avalar esta técnica de reproducción humana asistida, sino que a la hora de valorar la procedencia o no de la declaración de la filiación, habrá de estarse al supuesto de hecho concreto, no existiendo nunca supuestos de hechos iguales ni decisiones finales iguales por parte del tribunal.

DECIMOQUINTA.- Que para el reconocimiento en España de las resoluciones extranjeras en materia de gestación subrogada, habrá de acudir a un procedimiento denominado exequatur, cuyo objeto es reconocer la validez de una sentencia dictada por un Tribunal extranjero y permitir en su caso, la ejecución de la misma en un Estado distinto al que se dictó esta.

DECIMOSEXTA.- Que la gestación subrogada es en consecuencia, un figura compleja y controvertida, a la cual, ningún ordenamiento jurídico es ya ajeno en la actualidad, dada la creciente repercusión que está teniendo la misma en los últimos años en los distintos sistemas legislativos. A mi modo de ver, este creciente fenómeno social, aconseja la regularización en España de esta materia, siempre en atención del interés superior del menor y su necesaria protección.

FUENTES JURIDICAS UTILIZADAS

II.1 Bibliografía

ALKORTA IDIAKEZ, I. (2006) *Nuevos límites del derecho a procrear*, Derecho Privado y Constitución, ISSN: 1133-8768, N°. 20, págs. 9-61.

ÁLVAREZ DE TOLEDO, L. (2014) *El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 6, N° 2, págs. 5-49.

APARISI, A.-LÓPEZ GUZMÁN, J. (2012) *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*. Cuadernos de Bioética, vol. 23, núm. 78, págs. 253-267.

ATIENZA, M. (2015) *Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos*, El Notario, N°. 63, págs. 95-96.

DURAN AYAGO, A. (2012). *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, tomo XII. págs. 266- 283.

ESPINOZA ESPINOZA, J. (2004) *Derecho de las personas*, Lima-Peru, Gaceta Jurídica, 4° ed.

FARNÓS AMORÓS, E. (2010) *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, núm.1, págs. 1-25.

GALLEGOS PÉREZ, N. (2006) *La teoría del hecho y acto jurídico aplicada al derecho familiar*, Tabasco, Univ. J. Autónoma de Tabasco, pág. 65.

GARCÍA ABURUZA, M.P. (2015) *A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada*, Revista Aranzadi Doctrinal, N°. 8, págs. 4-6.

GUZMÁN, J.-APARISI, A. (2012) *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*, Cuadernos de Bioética, nº 2, pág. 255.

JARUFE CONTRERAS, D. (2013) *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento español: adopción ‘‘versus’’ técnicas de reproducción humana asistida*. Madrid, Dykinson.

LAMM, E. (2013) *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, pág. 186.

LAMM, E. (2012) *Gestación por sustitución. Realidad y derecho*, InDret, núm 3, pág. 17.

LEONSEGUI GUILLOT, R.A. (1994) *La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo*, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, N°. 7, págs. 317-338.

MARRADES PUIG, A. (2017) *La gestación subrogada en el marco de la constitución española: una cuestión de derechos*, pág. 221. (Última consulta 12 de Diciembre) <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6129170.pdf>

MOSQUERA VÁSQUEZ, C. (1997) *Derecho Y Genoma Humano*, Lima-Peru, 1º ed., Editorial San Marcos, pág 49.

PÉREZ MONGE, M. (2010) *Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad*.

PÉREZ MONGE, M. (2002) *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Colegio de Registradores, pág. 329.

SÁNCHEZ ARISTI, R. (2010) *La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos*, Humanitas Humanidades Médicas, nº. 49, págs. 1-38.

SALAZAR BENITEZ, O. (2017) *La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos*, UNED, Revista de Derecho, Político, N°. 99, pág. 82. (Última consulta 9 de Enero) <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/viewFile/19307/16192>

SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO, A. (2011) *Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada*, Revista Aranzadi Doctrinal, ISSN 1889-4380, N°. 3, págs. 127-146.

SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO, A. (2011) *Eficacia Jurídico-Registral del contrato de gestación subrogada*, Revista Aranzadi, Doctrinal 6.

TORRALDA ERRUZ, M. (2011) *El contrato de gestación por sustitución en Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo I, parte sustantiva, págs. 616-617.

VELA SÁNCHEZ, A.J. (2011) *Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler*, Diario La Ley, nº 7608, Sección Doctrina, págs. 1-2.

VELA SÁNCHEZ, A.J (2015) "*Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España*". Diario La Ley, págs. 1 a 15.

VELA SÁNCHEZ, A.J (2012) "*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*". págs. 1 a 15.

VERDERA IZQUIERDO, B. (2007) *Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida*, Actualidad Civil, N°. 10, pág. 1117.

VILAR GONZÁLEZ, S. (2014) *Situación actual de la gestación por sustitución*, Revista de Derecho UNED, N°. 14, págs. 897 a 932.

II.2 Jurisprudencia

2010

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, de 15 de Septiembre de 2010 (25/2010).

2011

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011 (Rec 949/2011).

2014

Sentencia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014 (Rec 835/2012).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 2014.

2016

Sentencia Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 16 de noviembre de 2016 (Rec 953/2016).

2017

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de enero de 2017.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 Mayo. 2017 (554/2017).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de diciembre de 2017, (6074/2016).

Court of Appeal, fourth district, division 3, California. Decided march 10, 1998. Go22147/Go22157.

2018

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 de Mayo de 2018, (732/2018).

II.3 Legislación

Constitución Española

Art. 10

Art. 14

Art.39

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

Art. 9.4

Art. 30

Art. 122

Art. 1261.2

Art. 1271

Art. 1271

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

Art. 10

Art. 24

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

Art. 11

Art. 13

Art. 23

Art. 30

Art. 44

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Art. 951

Art. 954

Art. 958

Código Penal

Art. 220

Art. 221

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

Art. 81

Convenio Europeo de Derechos Humanos

Art. 8

Convención de los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989

Art. 8

Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación de 8 de septiembre de 2017

Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009.

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

Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).