

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA: ¿COHERENCIA ENTRE LA JURISPRUDENCIA CIVIL Y LABORAL?: Reflexiones a propósito de la STS de 25 de Octubre de 2016. Sala de lo Social¹.

María Soledad de la Fuente Núñez de Castro

Profesora de Derecho Civil

Universidad de Málaga

Email: msfuente@uma.es

RESUMEN: Son muchos los estudios sobre maternidad subrogada que se han llevado a cabo. La temática no es una cuestión fácil por mezclarse continuamente aspectos jurídicos y legales con otros éticos y morales por lo que, en función del posicionamiento del autor respecto a estos criterios, encontraremos los más variados argumentos a favor de su defensa o de su detracción. En este estudio pretendemos proponer métodos alternativos que, en función del mejor interés del menor, ofrezca una solución viable cuando, pese a no cumplirse los requisitos exigidos por la legislación civil tanto del país de origen de los niños como la directrices pautadas por la Instrucción de la Dirección General, se ha creado una situación *de facto* entre padres comitentes y menores engendrados que necesitan una especial protección para que derechos reconocidos constitucionalmente no sufran vulneración.

PALABRAS CLAVES: maternidad subrogada, padres comitentes, madre gestante, interés superior del menor, analogía, filiación, prestación por maternidad.

ABSTRACT: There are many studies on surrogacy that have taken place. The issue is not an easy matter because legal and legal aspects are continually mixed with other ethical and moral, so that, depending on the position of the author with respect to these criteria, we will find the most varied arguments in favor of its defense or its detracting. In this study we intend to propose alternative methods that, depending on the best interest of the child, offer a viable solution when, despite not complying with the requirements of the civil law of both the country of origin of children and the guidelines

¹ María Soledad de la Fuente Núñez de Castro. Profesora Contratada Doctora acreditada al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad. Departamento de Derecho Civil, Eclesiástico del Estado y Romano. Facultad de Derecho. Universidad de Málaga. msfuente@uma.es

set by the Instruction of the General Directorate, a de facto situation has been created between parents principals and minors who need special protection so that constitutionally recognized rights are not violated.

KEYWORDS: maternity surrogates, parents, pregnant mother, the child's best interest, analogy, filiation, maternity benefit.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN; 2. CONCEPTO Y TIPOLOGÍA; 3. ANÁLISIS CASUÍSTICO DERIVADO DEL ESTUDIO JURISPRUDENCIAL Y DE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO: POSIBLES SOLUCIONES ANTE LA DIVERSIFICACIÓN DE SUPUESTOS CONCURRENTES; 3.1. LEY Y REGLAMENTO DEL REGISTRO CIVIL: INSTRUCCIONES Y RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO QUE ABORDAN LA CUESTIÓN; 3.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014. SALA DE LO CIVIL PLENO (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jiménez); 3.3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 24 DE JUNIO DE 2014.; 3.4. AUTO ACLARATORIO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE FEBRERO DE 2015 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena); 3.5. CIRCULAR DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 11 DE JULIO DE 2014; 3.6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE OCTUBRE DE 2016. SALA DE LOS SOCIAL PLENO (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro); 3.7. A MODO DE RECAPITULACIÓN; 4. PROPOSICIÓN DE LEY REGULADORA DEL DERECHO A LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN PRESENTADA POR EL GRUPO PARLAMENTARIO CIUDADANOS: SU REPERCUSIÓN EN EL CASO ESTUDIADO; BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN.

En el último trimestre del año 2016, el Tribunal Supremo en su Sala de lo Social dictó dos sentencias de Pleno que, si bien contaron con varios votos particulares de los Magistrados integrantes de la misma, solventaron la controversia jurisprudencial en orden a la legitimación del padre/madre subrogante en la solicitud de las prestaciones concedidas por nuestra legislación laboral –art. 133 bis de la LGSS, actual artículo 117 tras la reforma acaecida en 2015-.

En la sentencia fechada el 16 de noviembre de 2016 un matrimonio heterosexual recurre a la gestación subrogada en San Diego, California, para ver colmados sus deseos de paternidad. En este Estado, si bien el reconocimiento de la filiación del niño nacido mediante el recurso a esta técnica no es automático, una vez celebrado el contrato de gestación, la parte interesada ha de instar el procedimiento judicial regulado en la sección 7630 (f) del *California Family Code*, cuyo fin es determinar la filiación que pueda derivar conforme a la voluntad de las partes expresadas en el acuerdo. Este

procedimiento dirigido a conformar los derechos parentales, pretende establecer los derechos de la filiación del nacido respecto de los miembros de la pareja comitente a partir de una sentencia, la llamada *pre-birth judgement*, que declara la filiación a su favor, sentencia que fue dictada por la Corte Suprema de California el 4 de abril de 2013. Determinada la filiación en EEUU a favor de los padres comitentes, concurren todos los requisitos exigidos por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 para que la inscripción de la filiación pueda practicarse en el Registro Civil español al presentar los padres comitentes resolución judicial extranjera que tenga su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria. No obstante, ante la disyuntiva de si estos padres tienen o no derecho a la prestación laboral derivada de la maternidad, el Tribunal Supremo llega a la conclusión que la finalidad última de los artículos 133 bis y 133 ter de la LGSS es el cuidado y atención del menor por parte de sus padres, ya sean biológicos o no, por lo que se ha de reconocer la prestación de maternidad a la solicitante, ya sea con base en la maternidad o aplicando por analogía la adopción o el acogimiento.

A la misma conclusión llega la STS de 19 de octubre de 2016 si bien la determinación de la filiación a favor del padre comitente puede ser cuestionada. En este supuesto, la subrogación tuvo lugar en India, país que ni en la actualidad ni en el momento en que se llevó a cabo la gestación cuenta con regulación sobre la maternidad subrogada ateniéndose en aquel momento a las directrices marcadas por las Guías Nacionales para la Acreditación, Supervisión y Regularización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, directrices que no se cumplieron en la medida en que la técnica empleada, aunque heteróloga, impedía que la gestante también aportara el material genético que fue tal y como aconteció la generación. No obstante lo anterior, y pese a la plena vigencia en España de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, se llevó a cabo la inscripción del nacido en el Registro Civil concediéndose la prestación de paternidad al solicitante de la misma.

Nuestro Tribunal Constitucional en sentencias tales como la 233/1999, de 16 de diciembre establece que “cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integran en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generadores que lo informan y sustenta, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes que de su articulado resulten”.

Siguiendo esta premisa de nuestro Tribunal Constitucional hemos llevado a cabo en este estudio una reflexión que nos ha permitido encontrar en el propio Derecho vías alternativas al reconocimiento legal de la filiación del nacido a favor del padre comitente dando respuesta de esta manera a la legalidad cuestionada. De esta manera no tiene por qué violentarse la jurisprudencia civil frente a la laboral o incluso superarse las discordancias que pueden concurrir dentro de un mismo orden.

Para la consecución de este objetivo es obligado un repaso por la legislación civil, por la jurisprudencia emanada por nuestro Tribunal Supremo así como por las resoluciones emitidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado en nuestro intento de buscar una solución a esta contradicción; solución con la que concluimos el apartado tercero.

Ahora bien, la reciente Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos, no puede ser obviada en un estudio como el que presentamos. No pretendemos llevar a cabo un examen exhaustivo de la Proposición, pero sí determinar cuál sería la solución al supuesto de hecho que nos sirve de referencia al aplicar la normativa allí establecida.

2. CONCEPTO Y TIPOLOGÍA.

La maternidad subrogada, gestación por sustitución o vientre de alquiler la podemos definir como el procedimiento mediante el cual una mujer llamada “madre gestante , madre de alquiler” acepta someterse a alguna técnica de reproducción humana asistida para llevar a cabo una gestación a favor de una persona o pareja llamada comitente a quien o a quienes se compromete a entregar el/la/s niño/a/s una vez se haya producido el alumbramiento, renunciando a cualquier vínculo de filiación sobre el nacido, determinándose la filiación a favor de los padres de intención o sujetos comitentes, haya mediado o no prestación económica entre los sujetos intervinientes en el contrato de gestación subrogada–padres comitentes y madre gestante-.

En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, (Ley 14/2006, de 26 de mayo, BOE nº126, de 27 de mayo de 2006, en adelante LTRHA) prohíbe expresamente el recurso a esta técnica de reproducción humana en territorio español (LAMM, 2012, p. 18). El precepto contiene en su primer

apartado una norma obligacional, la referente a la prohibición expresa al recurso a esta técnica estableciendo la nulidad de pleno derecho del contrato de maternidad subrogada:

1. *“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.*

Los apartados segundo y tercero del mencionado precepto vienen obligados a determinar la filiación cuando, pese a la prohibición expresa establecida en el apartado primero, la gestación subrogada es empleada como medio para lograr una maternidad o paternidad deseada. Esta respuesta del legislador viene motivada por la imposibilidad de aplicar las consecuencias fácticas de la nulidad de pleno derecho que nuestro ordenamiento jurídico preceptúa en el artículo 1303 de nuestro CC al dictaminar que *“declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido objeto de contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (...)”*. Si el contrato de gestación se ha celebrado y fruto del mismo se ha producido el nacimiento de un niño/a la aplicación del precepto, bajo un criterio de interpretación literal de la norma, nos llevaría a la restitución recíprocas de las prestaciones; es decir, la devolución del precio del contrato si es que este ha sido oneroso y, lo que es peor, la restitución de un ser humano a quien lo gestó cuando probablemente esa gestación tuvo como razón de ser una finalidad mercantil. Por ello, los dos últimos apartados del artículo 10 de la LTRHA concretan la determinación de la filiación de los nacidos por medio de un contrato de gestación por sustitución. En este sentido disponen:

2. *“La filiación de los nacidos por gestación por sustitución se determinará por el parto”.*
3. *“Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.*

La vigencia de esta prohibición en nuestro ordenamiento jurídico no ha alcanzado el efecto deseado cuando países de nuestro entorno más cercano o incluso otros geográficamente más distantes ofrecen una regulación pormenorizada del contrato de gestación por sustitución. Al analizar la casuística de los españoles, parejas o sujetos en su individualidad, que han acudido a esta técnica en el extranjero analizaremos los

requisitos exigidos por parte de las legislaciones permisivas en el uso de esta técnica de reproducción humana. No obstante, podemos advertir en este momento que, sin dudar del íntegro cumplimiento por parte de los usuarios de los requisitos exigidos en el país elegido para concertar el vientre de alquiler, el problema se plantea a los ciudadanos españoles cuando, una vez asentados en territorio español o incluso antes de su llegada con el bebé en sus brazos, solicitan la inscripción del mismo en el Registro Civil como hijo de los padres comitentes o el reconocimiento de la nacionalidad española del nacido a fin de que goce de una identidad que le es reconocida en el país que les vio nacer, pero no en el Estado español que es, al fin y al cabo, donde desarrollarán su vida familiar y personal, aspectos que contribuirán, sin duda, al libre desarrollo de la personalidad de los nacidos en el extranjero y ahora residentes en España.

Tradicionalmente se han distinguido dos modalidades de gestación por sustitución: la tradicional y la gestacional. La gestación por sustitución tradicional se caracteriza porque la mujer gestante aporta su útero y sus óvulos². El material genético masculino puede provenir del comitente o de un donante en cuyo caso los padres comitentes o de intención no aportarían material reproductivo alguno. Por el contrario, en la gestación por sustitución gestacional, la mujer gestante, a diferencia de la modalidad anterior, solo aporta su útero para la gestación. El material genético –óvulos y espermatozoides- son aportados por los padres de intención o por algún donante.

A partir de esta distinción y tras un análisis de de buena parte de la casuística de la que ha conocido nuestro Tribunal Supremo –tanto en su Sala I como en la IV-, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o nuestra Dirección General de los Registros y del Notariado en sus diferentes resoluciones, instrucciones y circulares, podemos constatar variantes muy diversas resultantes de la combinación de la modalidad de gestación subrogada elegida por los comitentes unida al hecho de que la fecundación sea homóloga o heteróloga.

En este sentido la fecundación será homóloga cuando los componentes genéticos pertenezcan a los cónyuges o a la pareja, es decir, la madre subrogada únicamente gestará en su útero el embrión que habrá sido transferido tras una fecundación in vitro –gestación por sustitución gestacional por excelencia-. En nuestro ordenamiento la

² Sobre la problemática surgida en torno a la madre portadora vid., LÓPEZ GUZMÁN y APARISI MIRALLES, (2012), “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, 2012/2.

fecundación homóloga solo será posible en caso de matrimonio o pareja heterosexual, padres de intención, que bien por imposibilidad física o por el simple deseo de maternidad y paternidad, pese a que no exista impedimento físico o fisiológico para ello, deciden acudir a una gestación subrogada en el extranjero.

Por el contrario, la fecundación será heteróloga cuando la madre gestante aporte su útero siendo proporcionado el material genético, por ella misma o por donante. En relación con el material genético que ha de ser aportado por el varón, podrá provenir del padre de intención o de donante anónimo igualmente. De ello resulta una casuística muy variada que da entrada a que parternidades y maternidades inicialmente inconcebibles en nuestro ordenamiento jurídico tengan lugar. En este sentido, matrimonios igualitarios integrados por dos varones podrán ver colmados sus deseos de paternidad, aportando ellos mismos –uno o ambos- el componente genético que fecundará un óvulo de la madre subrogada o de una donante anónima por medio de una técnica de fecundación extracorpórea; incluso puede ocurrir que el material genético no sea aportado por ninguno de ellos en cuyo caso únicamente será la voluntad procreacional el elemento determinante que podrá sustentar una posible determinación de la filiación a favor de la pareja que concierta el vientre de alquiler (LAMM, 2011, p. 86; PEREÑA VICENTE, 2012, p.133). Del mismo modo, una mujer sola o un hombre solo pueden acudir a esta técnica aportando o no su propio material genético en busca de esa maternidad o paternidad deseada.

Esta casuística debemos siempre entenderla desde la perspectiva de las legislaciones permisivas o reguladoras de esta relación obligatoria entre comitentes y madre subrogada. Por lo tanto, la determinación de la filiación del nacido a favor de los padres intencionales tendrá efectos territoriales, es decir, en el país en que se llevó a cabo la gestación. Por el contrario, cuando los comitentes son ciudadanos españoles se plantea el problema del reconocimiento de la extraterritorialidad de la filiación declarada en el país originario y su efectividad en el Estado de residencia de los menores, es decir, en España.

3. ANÁLISIS CASUÍSTICO DERIVADO DEL ESTUDIO JURISPRUDENCIAL Y DE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO: POSIBLES SOLUCIONES ANTE LA DIVERSIFICACIÓN DE SUPUESTOS CONCURRENTES.

Si bien la casuística a la que da origen las variantes de gestación tradicional y gestacional unido al carácter homólogo o heterólogo de la técnica de reproducción humana asistida empleada para conseguir la gestación deseada puede llegar a ser muy variada, en este apartado de nuestro estudio nos centraremos en aquellos supuestos que han tenido más relevancia en nuestro país por la consecuencia mediática que han conllevado doctrinal y jurisprudencialmente. Esta repercusión de la que hablamos se ha circunscrito principalmente al ámbito civil, en la medida que los padres de intención han querido legitimar la filiación que les ha sido reconocida en el extranjero en nuestro territorio nacional, y en el ámbito laboral, al solicitar la prestación de maternidad o paternidad derivada de dicho reconocimiento amparada en nuestra legislación social.

3.1. LEY Y REGLAMENTO DEL REGISTRO CIVIL: INSTRUCCIONES Y RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO QUE ABORDAN LA CUESTIÓN.

En este sentido, una cuestión controvertida pero que a día de hoy podemos decir que está superada, al menos formalmente, es la referente a la tutela declarativa o por reconocimiento que han de llevar a cabo los encargados de los Registros Civiles Consulares de España en el extranjero cuando los padres subrogados solicitan la inscripción del nacido a su favor, independientemente del carácter homólogo o heterólogo de la gestación o del carácter gestacional o tradicional de la subrogación.

No obstante lo anterior, debemos advertir del confuso panorama legislativo que las sucesivas reformas de la Ley del Registro Civil ha traído consigo. Por ello, nos parece conveniente realizar una génesis de estas reformas y su posible repercusión en los preceptos reguladores de las inscripciones de los nacimientos ocurridos fuera del país solicitados por españoles respecto a unos hijos cuya filiación ha sido determinada en un Estado distinto del nuestro.

Inicialmente, la Ley 20/2011 del Registro Civil (BOE nº175, de 22 de julio de 2011) había de entrar en vigor el 30 de junio de 2017, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava –referidas a la puesta a disposición de los datos de identificación personal de nacionales y extranjeros, así como lo referente a la inscripción de defunción de desaparecidos durante la Guerra Civil y la Dictadura, respectivamente- y las disposiciones finales tercera y sexta –referida la primera de ella a la redacción del artículo 30 del Código Civil (en adelante, CC) y la segunda a la adquisición de la nacionalidad española por los nietos de los exiliados durante la Guerra Civil y la Dictadura- que entrarían en vigor al día siguiente de la publicación en el BOE del referido texto normativo, es decir, el 23 de julio de 2011.

La Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil –BOE nº167, de 14 de julio de 2015-, en su artículo segundo da una nueva redacción a los artículos 44, 45, 46, 47, 64 y 66 de la Ley 10/2011 del Registro Civil, modificación que no supuso un cambio sustantivo en la aplicación de los mencionados preceptos respecto a la a redacción dada por la Ley de 2011, ya que la misma no entraba en vigor hasta el 30 de junio de 2017. La Ley 19/2015 mantiene la entrada en vigor para el 2017 de la Ley 20/2011, del Registro Civil, salvo los preceptos por ella modificados que entrarían en vigor el 15 de octubre de 2015.

Recientemente, la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria –BOE nº154, de 29 de junio de 2017- pospone la entrada en vigor de la Ley 20/2011 del Registro Civil a 30 de junio de 2018 sin perjuicio de aquellos preceptos que habían entrado en vigor el 15 de octubre de 2015 y de los artículos 49.3 y 53 que entrarían en vigor el 30 de junio de 2017.

Por lo tanto, la normativa vigente que ha de guiar al Encargado del Registro Civil Consular al que se le solicita la inscripción ha de ser el texto de 1957 ya que ninguno de los preceptos de la nueva normativa, que tras las sucesivas reformas de la Ley de 2011 han entrado en vigor, afecta directamente a la cuestión controvertida. En cualquier caso, los principios de legalidad y oficialidad vinculan necesariamente al Encargado del Registro Civil ante el que se solicita la inscripción. Según el primero de los mencionados –art. 13 de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil-, “*Los Encargados del Registro Civil comprobarán de oficio la realidad y la legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende, según resulten de los documentos que los*

acrediten y certifiquen, examinando en todo caso la legalidad y la exactitud de los documentos"; es decir, en nuestro caso, si por algo se caracteriza la labor llevada a cabo por los Encargados de los Registros Civiles es por la función de control que deben desempeñar. La cuestión está en delimitar si esta labor de control a la que nos referimos se ha de circunscribir únicamente a los aspectos formales del documento que se pretende inscribir o si ha de entrar en el fondo del contenido del expediente. Una vez aclarada esta disquisición el principio de oficialidad obliga al funcionario a practicar la inscripción siempre y cuando tenga en su poder los títulos necesarios para ello –art. 14 de la Ley 20/2011-.

El nacimiento y la filiación constituyen, conforme al artículo 1 números 1 y 2 de la LRC 1957, hechos concernientes al estado civil de las personas que, cuando afectan a los españoles, deben ser inscritos en el Registro Civil Español, correspondiendo la competencia para su calificación e inscripción, conforme a las leyes vigentes en la materia (arts. 15 LRC 1957 y 68 RRC 1985) al Registro Civil Central o a los Registros Civiles Consulares, según los casos³.

Analizada la casuística planteada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado constatamos la ausencia de supuestos en los que los comitentes acuden a las autoridades registrales para solicitar la inscripción del nacimiento por declaración⁴, es decir, la relación de filiación ya ha sido establecida en el extranjero por las autoridades locales (en este sentido vid. HEREDIA CERVANTES, 2013, p. 694). Por lo tanto, la pretensión de los padres comitentes se circunscribe a una pretendida inscripción en el Registro Civil Consular de los nacidos mediante un título acreditativo de la filiación extendido por autoridad extranjera.

No obstante, antes de adentrarnos en el análisis pormenorizado de la primera resolución de la Dirección General que permitió la inscripción en el Registro Civil Español de unos

³ El artículo 4, correlativo en la Ley 20/2011 al referido en el texto, establece que *“Tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona. Son, por tanto, inscribibles (entre otras circunstancias): 1. El nacimiento, 2. La filiación. 3. El nombre y los apellidos y sus cambios (...), 5. La nacionalidad y la vecindad civil, (...). 9. Las relaciones paterno-filiares y sus modificaciones (...)”*.

Por otra parte, el artículo 5 de la Ley 20/2011 establece que *“1. Cada persona tendrá un registro individual en el que constarán los hechos y actos relativos a la identidad, estado civil y demás circunstancias en los términos de la presente Ley. 2. El registro individual se abrirá con la inscripción del nacimiento o con el primer asiento que se practique. 3. En dicho registro se inscribirán o anotarán, continuada, sucesiva y cronológicamente, todos los hechos y actos que tengan acceso al Registro Civil”*.

⁴ No obstante, posteriormente nos referiremos a un supuesto que sí tendría cabida dentro de esta modalidad.

menores nacidos bajo la técnica de la gestación subrogada en EEUU, creemos que es importante traer a colación dos cuestiones argüidas recurrentemente por los Encargados de los Registro Consulares de España en el extranjero en su intento de inhibirse ante una cuestión ciertamente hostil en la medida que convergen en ella no solo cuestiones jurídicas y legales sino también éticas y morales:

a) En primer lugar, la falta de competencia del Registro Consular para llevar a cabo la calificación y, consecuentemente, la inscripción del nacimiento y filiación por corresponder tal competencia al Registro Civil Central.

b) En segundo lugar, la delimitación del concepto de promotor de la inscripción.

La Dirección General de los Registros y del Notariado mantiene un criterio unánime al respecto. De la lectura de un número significativo de las resoluciones emitidas en los últimos años podemos concluir lo siguiente⁵.

En relación a la primera de las cuestiones la regla general de competencia en materia registral civil se contiene en el artículo 16 apartado primero de la LRC al disponer que “*la inscripción de nacimientos, matrimonios y defunciones se inscribirán en el Registro Municipal o Consular del lugar en el que acaecen*”. En este sentido, las resoluciones consultadas distinguen a estos efectos entre los hechos ocurridos en España⁶, los hechos ocurridos en el extranjero inscribibles por afectar a un español⁷ y, finalmente, los hechos ocurridos fuera de España cuyos asientos deban servir de base a inscripciones marginales exigidas por el Derecho español, en los supuestos de adquisición de la nacionalidad española por vía de adopción o por adquisición sobrevenida de la misma, respecto de los cuales no está definido en la Ley Registral el papel que juega el Registro Civil Central. De la normativa reguladora del Registro Civil, Ley y Reglamento, deducen las resoluciones examinadas que tales hechos del estado civil deben ser objeto de inscripción principal por los Registros Consulares de los correspondientes lugares de

⁵ Son muchas la Resoluciones emitidas. No obstante, entre otras podemos citar las RRDGRN de 3 de mayo de 2011; varias fechadas el 6 de mayo de 2011; 9 de junio de 2011; 27 de junio de 2011; varias fechadas el 23 de septiembre de 2011; varias fechadas el 30 de noviembre de 2011; 12 de diciembre de 2011; 22 de diciembre de 2011; varias fechadas el 19 de diciembre de 2014.

⁶ En este caso no se plantea problema alguno. Se aplica el principio de competencia territorial que se desprende el artículo 16 de la LRC. Por lo tanto, el hecho deberá inscribirse en el Registro Municipal, principal o delegado, en cuya circunscripción territorial acaece.

⁷ Para este supuesto el artículo 12 de la LRC dispone que “*Los Cónsules extenderán por duplicado las inscripciones que abren folio en el Registro de su cargo, uno de cuyos ejemplares será remitido al Registro Civil Central para su debida incorporación. En uno y otro Registro se extenderán en virtud de parte, todas las inscripciones marginales que se practiquen en cualquiera de ellos*”.

nacimiento, existiendo solo constancia en el Registro Civil central de las mismas a través de los duplicados recibidos.

En cuanto a la delimitación de la figura del promotor de la inscripción las resoluciones consultadas vinculan el supuesto en cuestión con otro internacional con evidentes analogías, en concreto, con las adopciones internacionales constituidas ante autoridad extranjera. La práctica registral más extendida, avalada por el propio Centro Directivo, considera que el concepto de promotor ha de ser amplio y flexible incluyéndose en el mismo no solo a las personas designadas por la Ley en cada caso como obligados a promover la inscripción (art. 43 LRC) sino también a “aquellos a quienes se refiere el hecho inscribible”, es decir, en el caso del nacimiento y de la adopción, el nacido y el adoptado. Con base a esta amplitud la consulta al Centro Directivo datada en 29 de abril de 1999 afirmó que “en el supuesto contemplado en el que adoptante o adoptantes están domiciliados en España, no debe olvidarse que el adoptado está domiciliado en el extranjero, de modo que el promotor, al solicitar las inscripciones de nacimiento y adopción actúa no tanto en su nombre propio, sino como representante legal del adoptado. Siendo esto así, no deja de ser promotor de las inscripciones el adoptado, por más que por su menor edad no pueda actuar por sí mismo. En consecuencia, no se infringe el párrafo segundo del artículo 68 del RRC cuando estando el adoptado domiciliado en el extranjero se practican las inscripciones de nacimiento y de adopción en el Registro Consular correspondiente”. Considera la Dirección General que en los supuestos en los que se solicita la inscripción por parte de los padres comitentes ante el Registro Civil Consular del país que ha visto nacer a los menores debe aplicarse este mismo criterio justificándose esta pauta, no solo en la aplicación analógica de lo expuesto anteriormente, sino también en otra circunstancia que repercute en la esfera de los derechos fundamentales de los menores como es la referida a la equiparación de los hijos ante la Ley con independencia de su filiación.

Determinada la competencia del Registro Civil Consular del país donde acaece el nacimiento así como la legitimación de los padres comitentes para solicitar la inscripción de los menores ante el referido Registro, buena parte de nuestra doctrina se cuestiona la aplicación del método conflictual o del método del reconocimiento que ha de seguir el funcionario público en su actividad calificadora. En este sentido, y en relación con el supuesto de hecho que dio origen al primer pronunciamiento de la Dirección General en relación con la determinación de la filiación de los nacidos

mediante maternidad subrogada, consideramos que es conveniente un resumen sucinto de los hechos que dieron lugar a la **Resolución emitida por la Dirección el 18 de febrero de 2009**. Dos varones españoles casados entre sí presentan una solicitud ante el Encargado del Registro Civil de España en Los Ángeles con el deseo de inscribir el nacimiento de dos hijos nacidos mediante gestación por sustitución, nacimiento que tuvo lugar en el Estado de California el 24 de octubre de 2008. La técnica reproductiva empleada fue la gestación por sustitución gestacional en la que la gestante aportó su útero. El material genético fue aportado por una donante anónima de óvulos y por ambos varones produciéndose la fecundación del óvulo por el semen de alguno de los padres comitentes pero sin que legalmente se estableciera, por expreso deseo de los mismos, quién de ellos era el padre biológico de los nacidos.

En el Estado de California, si bien el reconocimiento de la filiación del niño nacido mediante el recurso a esta técnica no es automático, una vez celebrado el contrato de gestación, la parte interesada, es decir, los padres intencionales, han de instar el procedimiento judicial regulado en la sección 7630 (f) del *California Family Code*, cuyo fin es determinar la filiación que pueda derivar conforme a la voluntad de las partes expresada en el acuerdo⁸. Este procedimiento dirigido a conformar los derechos parentales, pretende establecer los derechos de la filiación del nacido respecto de los miembros de la pareja comitente a partir de una sentencia (*pre-birth judgement*) que declara la filiación a su favor. El procedimiento también tiene por finalidad extinguir la filiación que se pueda establecer respecto de la gestante y de su marido si está casada. Este procedimiento que se suele iniciar en el segundo trimestre de la gestación se diferencia expresamente de la adopción, ya que el órgano judicial decide en unidad del acto, sin necesidad de valorar previamente la idoneidad de la pareja comitente. La sentencia recaída obliga a que el hospital justamente después del parto incluya los nombres de la pareja comitente en el certificado original de nacimiento. Con ello se evita tener que recurrir a la adopción y el nacido ve reconocida legalmente su filiación desde ese mismo momento. Dicho certificado debe inscribirse en la Oficina Estatal de los Registro Vitales (*The California Office of Vital Records*) durante los diez días siguientes al nacimiento junto con la *pre-birth judgement* que establece la filiación a su

⁸ Sobre el desarrollo legal y jurisprudencial de la maternidad subroga en California vid., DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, (2016) “La maternidad subrogada: una alternativa para el colectivo LGTB: A propósito de la reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo” en LAURENZO COPELLO y DAUNIS RODRÍGUEZ (dirs) *Colectivos en los márgenes del Derecho*, Valencia Tirant Lo Blanch, pp. 282-284.

favor. Si ésta no se aporta, la oficina designará a la gestante como madre legal y, si está casada, a su marido, en virtud de la presunción de paternidad establecida en el *California Family Code*, como padre.

Los padres intencionales solicitan la inscripción del nacimiento del menor ante el Consulado de España en Los Ángeles adjuntando en apoyo de su solicitud el certificado literal del nacimiento de los menores expedido por el Estado de California traducido y apostillado donde figuran los mismos como padres de los nacidos, certificados literales del nacimiento de los recurrentes, pasaporte de los anteriores así como el Libro de Familia de los interesados que contrajeron matrimonio el 30 de octubre de 2005. El Encargado del Registro Civil deniega la inscripción de los certificados utilizando como argumento principal el artículo 10 de la LTRHA y, más concreto, el apartado primero del mencionado precepto que declara la nulidad de los acuerdos de gestación subrogada. Este argumento utilizado por el funcionario contiene un pronunciamiento del mismo sobre el fondo del asunto, lo que implicaría una tutela declarativa en la que el Encargado del Registro Civil lleva a cabo un control de legalidad de los hechos referidos en la declaración. Ello le obliga a aplicar las normas jurídicas pertinentes y si el supuesto presenta elementos extranjeros, el deber de concretar la legislación, española o extranjera pertinente, reguladora de dichos hechos y declaraciones. A tal efecto, el Encargado debe aplicar inexcusablemente las normas de conflicto españolas que son aplicables de oficio (art. 12.6 del CC). Nos encontraríamos “ante una cuestión de *“Derecho aplicable”* a ciertos hechos y declaraciones y ello exige la precisión de la ley reguladora de los mismos a través de las normas de conflicto españolas”⁹.

Ante la negativa los solicitantes recurren a la Dirección General de los Registros y del Notariado que estima el recurso interpuesto procediendo a la inscripción del certificado y del nacimiento. El Centro Directivo justifica su decisión en que la cuestión planteada no es un problema de determinación del Derecho aplicable a la filiación, sino un problema de validez extraterritorial de las decisiones. En este sentido dispone la RDGRN de 18 de febrero de 2009¹⁰ que “una correcta perspectiva metodológica

⁹ RDGRN de 18 de febrero de 2009.

¹⁰ Un detallado análisis sobre la misma lo ofrecen: FORTUNY BERENGUER, (2013), <http://www.vientredealquiler.com/index.php/component/content/article/895-la-maternidad-subrogada-un-caso-practico> ; VELA SÁCHEZ, (2011) “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a los vientres del alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de

conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de las normas específicas del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español”. En base a este argumento sería de aplicación del artículo 81 del RRC en la medida en que la certificación registral extranjera constituye una decisión adoptada por las autoridades extranjeras en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. La aplicación del mencionado precepto excluye las normas de conflicto de leyes, especialmente, el artículo 9.4 del CC y, consecuentemente, la Ley 14/2006, sobre TRHA como ley sustantiva.

Ahora bien, la aplicación del artículo 81 del RRC no implica una ausencia del control de legalidad por parte del funcionario autorizante. Es más, el funcionario autorizante debe llevarlo a cabo. Sin embargo, en modo alguno ha de consistir en constatar que la autoridad registral extranjera resuelva el caso de modo idéntico a como lo habría hecho la autoridad española, y ello, entre otras razones, por la inseguridad jurídica que provocaría la solución contraria por quebrantamiento de la coherencia en la reglamentación de las situaciones privadas internacionales y de su continuidad en el espacio; argumento que inexorablemente se une al derecho a la tutela judicial efectiva que asiste a los afectados.

El control de legalidad a realizar por el Encargado del Registro Civil se concreta en los siguientes puntos:

1. La certificación registral extranjera ha de ser un documento público, es decir, autorizado por una autoridad extranjera.
2. La certificación registral extranjera ha debido ser elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españolas (art. 85 del RRC).
3. Control de legalidad de la certificación registral extranjera si bien este requisito no ha de entenderse en el sentido de aplicación de las normas de conflicto españolas. El artículo 81 del RRC no exige que la solución jurídica contenida en la certificación

octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, n°7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, Año XXXII.

registral contenga determinadas exigencias imperativas ineludibles para que la misma pueda tener fuerza en España y acceder, en consecuencia, al Registro Civil Español. Junto a la exigencia de la competencia de la autoridad registral extranjera y del respeto, en su caso, de los derechos de los interesados, se exige, como no puede ser de otro modo, que la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español¹¹.

La Dirección General no duda del cumplimiento de cada uno de los requisitos que integran este control de legalidad por lo que estima el recurso presentado por los padres comitentes, revoca el auto apelado y ordena que se proceda a la inscripción, en el Registro Civil Consular, del nacimiento de los menores que consta en la certificación registral extranjera presentada por los padres de intención determinándose la filiación a favor de los mismos.

Pese a lo anteriormente expuesto, la resolución fue anulada a instancia del Ministerio Fiscal por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010 que, recurrida en apelación, fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia el 23 de noviembre de 2011. Los padres comitentes interponen recurso de casación que dio lugar a la STS de 6 de febrero de 2014 sobre la que volveremos posteriormente.

Anulada la resolución de la Dirección General por el Juzgado de Primera Instancia, el Centro Directivo modifica su posición inicial a través de la **Instrucción de 5 de octubre de 2010**¹² sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. La razón de ser de esta modificación creemos que vino motivada no sólo por el contenido de la sentencia del Juzgado de Primer Instancia a la que nos hemos referido en el párrafo precedente, sino también a autorizados expertos *ius privatistas* que ponen en tela de juicio el que sea una mera certificación registral expedida por autoridad extranjera el título inscribible en el Registro Civil del que se

¹¹ Sobre la interpretación del concepto de *orden público* al que se refiere el Centro Directivo, vid., HEREDIA CERVANTES, (2013) “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución” *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 2º, pp. 708 y ss.; PRESNO LINERA y JIMÉNEZ BLANCO, (2014) “Libertad e igualdad ¿maternidad?. La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea” *Revista Española de Derecho Europeo*, pp. 18 y ss.

¹² Instrucción comentada por buena parte de nuestra doctrina, entre otros, HUALDE MANSO, (2012) “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante la gestación contratada”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº10, pp. 1 y ss.; VELA SÁNCHEZ (2011), “El recurso a las madres de alquiler: A propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, *Diario La Ley*, nº7621, Sección Doctrina, 3 de mayo de 2011, Año XXXII, Ref. D-190.

deriva una relación de filiación a favor de los padres de intención tras el recurso a la técnica de la maternidad subrogada.

Este argumento está íntimamente relacionado con el supuesto de hecho que dio lugar a la Resolución de 18 de febrero de 2009¹³. Recordemos que en el Estado de California el reconocimiento de la filiación de un niño nacido mediante gestación subrogada no es automático, sino que requiere de dos elementos: de un lado, un acuerdo o contrato de gestación de carácter privado celebrado entre las partes, y de otra, y siempre bajo la premisa anterior, que la parte interesada, es decir, los padres comitentes, insten el procedimiento judicial regulado en el *California Family Code*. Este procedimiento judicial finaliza con una sentencia que obliga a que el hospital justamente después del parto incluya los nombres de la pareja comitente en el certificado original del nacimiento. Por lo tanto, en la medida en que la inscripción registral basa su existencia en una resolución judicial, el reconocimiento de la decisión judicial se convierte en un trámite previo e imprescindible para lograr el acceso al Registro Español de tales relaciones de filiación tal y como estipula el artículo 83 del RRC. Con ello lo que se pretende es dar eficacia en España a una inscripción extranjera que tiene su origen y fundamento en una previa decisión judicial en virtud de la cual se constituye una relación de filiación a favor de dos nacionales españoles y se excluye la de la madre gestante, lo que supone *de facto* que es la decisión judicial la que realmente está llamada a desplegar efectos en España.

¹³ La Instrucción limita su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en los que se pretenda una inscripción en España de una relación de filiación derivada de gestación por sustitución previamente establecida por una autoridad extranjera y se vertebró en torno a dos objetivos esenciales:

a) En primer lugar la plena protección jurídica del interés superior del menor para lo cual se recurre a su vez a tres instrumentos:

1. Habilitar los medios necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento.
2. Evitar que con la inscripción registral se dote de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores.
3. Garantizar el derecho del menor a conocer su origen biológico tal y como contempla el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional así como la STS de 21 de septiembre de 1999.

b) En segundo lugar, asegurar la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción y renuncian a sus derechos como madres garantizando que otorgan su consentimiento con total libertad y que tras el recurso a esta técnica no se encubre ningún caso de explotación de mujeres.

El artículo 41 de la LRC es otro de los argumentos empleados por el Centro Directivo. A tenor del mismo la filiación es uno de los extremos a los que se extiende la fe pública registral en las inscripciones de nacimiento por lo que no basta probar el hecho del nacimiento sino que es necesario que quede acreditada en cuanto a su existencia y eficacia en España. Esta circunstancia ha de probarse a través de cualquiera de los títulos de prueba de la filiación admitidos por nuestro Ordenamiento Jurídico, entre los que se incluyen las sentencias judiciales que la declaren –art. 113 del CC-. Admitir la inscripción directa de la certificación registral extranjera que refleje la filiación declarada por el país que vio nacer a los menores sin exigir la homologación o el reconocimiento judicial de la correspondiente sentencia en España supone admitir eficacia *ultra vires* a la certificación en virtud de un tratamiento más favorable que el que se dispensa a una sentencia de la que trae causa.

En consonancia con lo anteriormente expuesto, y bajo la previa existencia de una resolución judicial dictada en país extranjero que determine la filiación a favor de los padres de intención, siempre y cuando al menos uno de ellos sea nacional español, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 pauta las siguientes directrices:

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

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

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

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

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

Si las directrices marcadas por la Instrucción hubiesen podido ser aplicadas al supuesto que originó la misma, se hubiese podido determinar la filiación de los niños nacidos en California a favor de los padres comitentes en la medida que mediaba una resolución judicial, la llamada *pre-birth judgement*, que declaraba la filiación a favor de los mismos en un procedimiento análogo al de jurisdicción voluntaria, llevando a cabo el Encargado del Registro Civil Consular una tutela por reconocimiento. La actuación del funcionario se aleja de una tutela declarativa en cuyo caso habría de acudir a la norma conflictual a fin de identificar la norma sustantiva que en nuestro ordenamiento habría de ser de aplicación —artículo 10 de la LTRHA—. Muy al contrario, su labor se incardinaría en constatar la correcta cumplimentación de los requisitos exigidos por la Instrucción en los supuestos en los que la sentencia que determina la filiación a favor de los padres de intención hubiese sido el resultado de un procedimiento no litigioso en el que no hay contienda como fue el caso. Esta tarea le obliga a un exhaustivo estudio de

la sentencia que se pretende inscribir pues ésta constituye el instrumento habilitante para una correcta verificación formal, material y procesal del pronunciamiento emitido por la autoridad extranjera¹⁴.

Gracias a esta Instrucción son muchos los usuarios de la técnica de la gestación subrogada que han conseguido la inscripción de la filiación de los nacidos en el Registro Civil Español. Del análisis de buena parte de las resoluciones emitidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado podemos constatar que siempre que los usuarios, siendo al menos uno de ellos de nacionalidad española, acuden a un país en el que la cuestión ha sido objeto de regulación y una sentencia determina la filiación de los nacidos a favor de los padres comitentes, el problema de la validez extraterritorial de la decisión adoptada está superado.

En la búsqueda llevada a cabo como material de campo en el que sostener este argumento no hemos localizado ningún supuesto en el que se haya recurrido al exequátur de la sentencia que determina la filiación a favor de los solicitantes de la inscripción, es decir, la filiación no ha sido determinada en un procedimiento litigioso en el que hubiese mediado contienda entre las partes para alcanzar la declaración de la filiación deseada por los padres comitentes. Muy al contrario, hemos podido constatar que en los supuestos en los que los solicitantes aportan, entre otros documentos, el certificado de nacimiento del menor o menores en muchos casos con apostilla de La Haya, el Centro Directivo, mediante diligencia para mejor proveer, requiere a los solicitantes que en un plazo determinado –un mes- aporten resolución judicial dictada por un Tribunal Competente en el que se determine la filiación del nacido, independientemente de que la legislación reguladora de la materia en el país donde se lleva a cabo la subrogación cuente con una normativa que exija un control judicial en la

¹⁴ Entre otros extremos el funcionario ha de constatar que el sistema competencial judicial del país de origen de los menores se rige por el principio de proximidad razonable como instrumento esencial que ha de garantizar en el ámbito internacional el principio de tutela judicial efectiva. Igualmente, que la sentencia emitida ha respetado el interés superior del menor. Generalmente, el hecho de que en las propias resoluciones se declare la guarda y custodia así como la patria potestad a favor de los solicitantes asegura que el menor recibirá la protección y el cuidado que son necesarios para su bienestar, de acuerdo con lo exigido por el artículo 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño. Así mismo, la ruptura del vínculo del menor con la madre gestante, garantiza el derecho de los menores a disponer de una filiación única, válida para todos los países. Finalmente, el funcionario ha de acreditar el respeto a los derechos de la madre gestante y de su cónyuge. Generalmente este requisito se constata mediante la declaración suscrita por ambos en la que se hace constar que saben y comprenden que el/los comitente/s serán declarados, siempre y a todos los efectos, los padres genéticos y naturales, así como únicos tutores de los nacidos mediante gestación subrogada.

determinación de la filiación a favor de los padres de intención. Y todo ello, con independencia del naturaleza gestacional o tradicional de la subrogación y del carácter homólogo o heterólogo de la generación.

De las resoluciones consultadas podemos concluir que cuando la subrogación se lleva a cabo en California la madre subrogada aporta el útero engendrándose el embrión con material genético procedente de ambos solicitantes – matrimonio o pareja heterosexual- lo que nos indica que el impedimento para la generación será biológico que no genético. Por el contrario, será el resultado de la técnica extracorpórea con óvulo donado y aporte del material genético reproductor del varón o varones según la subrogación venga a colmar los deseos de paternidad en una pareja heterosexual o igualitaria. Es más, incluso cabe plantearse la posibilidad de que el embrión implantado en la madre subrogada resulte de una fecundación in vitro con material reproductor donado, masculino y femenino. En este caso los padres de intención lo serían legalmente cuando el procedimiento judicial finalizara mediante sentencia que determine la filiación a su favor, pero en ningún caso tendrán vinculación genética con el nacido.

El resultado no sería el deseado por los padres comitentes cuando el solicitante de la inscripción demandase el reconocimiento de la inscripción directa de la certificación registral californiana y no de la sentencia de la que trae causa, en virtud del cauce contemplado en el artículo 23 de la LRC y de los artículos 81 y 85 de su Reglamento de desarrollo, vía por la que optaron los padres de intención en el supuesto de hecho que dio lugar a la Instrucción de 5 de octubre de 2010¹⁵.

Por otro lado, entre las resoluciones analizadas merecen ser destacadas aquellas en las que la subrogación ha tenido lugar en India¹⁶. En el año 2015¹⁷ la regulación india de la

¹⁵ Los solicitantes en este caso no hicieron sino atenerse a lo pautado por la Resolución de 18 de febrero de 2009, consiguiéndose inicialmente la inscripción de los nacidos a favor de los padres de intención pero siendo revocada posteriormente por el Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia a solicitud del Ministerio Fiscal.

¹⁶ Resolución de la Dirección General de 23 de septiembre de 2011; Resolución de la Dirección General de 30 de noviembre de 2011.

¹⁷ Desde 2002 la gestación subrogada era una práctica permitida en la India, tanto para nacionales como para extranjeros. Sin embargo, en 2015 se produjo un cambio en relación con los extranjeros, permitiendo solo el acceso a matrimonios heterosexuales en cuyo país estuviese permitido este método reproductivo. Por lo tanto a día de hoy en virtud de la prohibición expresa del artículo 10 de la Ley 14/2006 de TRHA, los españoles tienen vedada la posibilidad de recurrir a esta país para lograr la generación deseada. En India, en la actualidad, hay una propuesta de ley que, de ser aprobada, sólo permitiría el acceso a la maternidad subrogada a matrimonios indios con problemas de fertilidad de forma altruista.

La legislación india vigente impide que cualquier extranjero que visite el país con la intención de llevar a cabo un tratamiento de gestación subrogada pueda entrar como turista. Esto obliga a los padres que

gestación por sustitución sufrió un cambio radical en relación a las parejas extranjeras del mismo sexo que recurren al país en busca de esta maternidad o paternidad deseada. Pese a ello, los supuestos de hechos que dan lugar a las resoluciones estudiadas están datados con anterioridad a dicho momento. Por lo tanto, hemos de exponer el panorama legislativo existente al tiempo de acaecer los mismos. En ese instante, años 2009 y 2010, la maternidad subrogada se regía según las directrices emanadas por Guías Nacionales para la Acreditación, Supervisión y Regularización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LAMM, 2013, p. 178 y ss). Ente otras, estas guías, establecían las siguientes condiciones:

-La gestante no podía tener más de 45 años, no podía donar material genético ni podría actuar como gestante más de tres veces, sometiéndose previamente a estudios de VIH para asegurarse que no fuese portadora del virus.

- Los comitentes habrían de ser incapaces para llevar a término un embarazo.

- La filiación se determinaría a favor de los padres genéticos. Por tanto, si los comitentes aportaron su material genético ambos figurarían en el certificado de nacimiento. Por el contrario, si solo uno de ellos aportó material genético sería éste el que figurase en el certificado.

En las resoluciones estudiadas el momento en el que los padres subrogados solicitan la inscripción de los niños en el Registro Civil ya tiene plena vigencia en España la Resolución de la Dirección General de 5 de Octubre de 2010, por lo que el funcionario que autoriza o deniega la inscripción ha de guiarse por las directrices marcadas por la misma. En este sentido, viene a bien recordar que, bajo la premisa de evitar un tráfico externo de mujeres en situación de especial vulnerabilidad y de niños nacidos bajo estas circunstancias, el solicitante habrá de presentar ante el Encargado del Registro Civil una

deseen practicar la subrogación a solicitar un visado médico especial que solo se concede a parejas heterosexuales casadas desde al menos dos años. Este visado ha de ir acompañado de la siguiente documentación:

- una declaración jurada de los padres solicitantes que van a cuidar a los hijos nacidos a través de la gestación subrogada
- un contrato legal entre los futuros padres y la gestante india
- una prueba de que el proceso se ha llevado a cabo en una clínica de reproducción asistida registrada y reconocida como tal
- una carta de la clínica confirmando que la compensación en total para la gestante ha sido totalmente pagada según el contrato.

Sobre el Proyecto de Ley presentado en 2015, vid., <https://www.babygest.es/india/>.

resolución judicial dictada por un órgano jurisdiccional competente del país de origen que determine la filiación a favor de los padres subrogados.

No obstante lo anterior, el análisis de los supuestos referidos comparten una premisa común. Los solicitantes de la inscripción adjuntan en apoyo de su solicitud certificado de nacimiento del menor en el que no figura el nombre de la madre. Vigente la Resolución de 2010, el Centro Directivo requiere al solicitante la resolución judicial dictada por el Tribunal competente en el que se determine la filiación del nacido¹⁸. Sin embargo, esta solicitud no es atendida en la casuística analizada. Muy al contrario, en la contestación a este requerimiento, el recurrente, padre de intención, alega en su intento de evitar con ello la aplicación de las directrices marcadas por la Resolución del Centro Directivo, que el hijo no es fruto de una gestación por sustitución, sino de una relación extramatrimonial con una mujer india que no quiso hacerse cargo del menor y como padre biológico del mismo reconoce su paternidad, paternidad que debe ser admitida como válida a efectos de su acceso al Registro Civil con arreglo al Derecho español, por encontrarse en España la residencia habitual del hijo (arts. 9.2 y 10 del CC).

Sin embargo, este argumento ha de ser rechazado bajo dos premisas derivadas una de la concurrencia de la otra:

a) Si bien es verdad que el reconocimiento del padre es un medio para la determinación en nuestro Derecho de la filiación no matrimonial, su validez y eficacia dependen de la concurrencia de una serie de requisitos tanto formales –formalización ante el Encargado del Registro Civil, testamento u otro documento público- como materiales – consentimiento expreso del representante legal del menor o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido- que han de acreditarse conforme a lo establecido en los artículos 120.1 y 124 del CC, acreditación que no fue llevada a cabo.

b) De admitirse el planteamiento anterior, el solicitante participaría en un fraude de ley a tenor del artículo 6.4 del CC al pretender bajo el amparo del texto de una norma – artículos 120.1 y 124 del CC- perseguir un resultado prohibido por el ordenamiento

¹⁸ Es más, a tenor de la Directriz Segunda de la Resolución de 5 de octubre de 2010 “en ningún caso se admitirá como título válido para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”.

jurídico, o contrario al mismo –art. 10 de la LTRHA así como Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010-

Consideramos que la normativa vulnerada sería tanto la ley sustantiva como la Resolución de la Dirección General, aunque aparentemente una resulte contraria a la otra por los siguientes motivos. En los supuestos analizados en estas resoluciones, ante la inexistencia de sentencia judicial, ya sea dictada en un procedimiento contencioso o uno similar al de jurisdicción voluntaria, que declare la filiación del nacido a favor de los solicitantes de la inscripción, la Instrucción de 2010 sería de imposible aplicación ya que la labor del funcionario autorizante no podría limitarse a una simple tutela de reconocimiento, sino a una tutela declarativa, en cuyo caso habría de acudir a la norma conflictual y, por lo tanto, al Derecho sustantivo que regula la gestación subrogada en nuestro país.

Los argumentos referidos no pueden conducirnos a pensar que la filiación del niño no podrá ser determinada. Todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que pueda obtenerse la determinación de la filiación paterna mediante sentencia judicial conforme a lo previsto en la legislación española –arts. 120.3 del CC y 764 y ss de la LEC-, es decir, mediante la determinación de la filiación legal por sentencia firme.

3.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014. SALA DE LO CIVIL PLENO (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jiménez)¹⁹.

Tal y como advertíamos en páginas precedentes la Resolución de la DGRN de 2009 fue recurrida por el Ministerio Fiscal y el procedimiento finalizó, en casación con la STS de Pleno Sala de lo Civil de 6 de febrero de 2014. La resolución desestimatoria de la pretensión de los padres comitentes se fundamenta, entre otras razones, en las que a continuación se exponen:

¹⁹ Sobre este pronunciamiento vid., JIMÉNEZ MUÑOZ, (2014), “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014/736)”, *Turis Tamtum. Revista Boliviana de Derecho*, nº18; SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, (2014), “La maternidad subrogada: Una prohibición donde confluyen el Derecho sanitario y el Derecho Civil en la protección de la dignidad de la persona”, *Agathos: Atención socio-sanitaria y bienestar*, nº14; VELA SÁNCHEZ, (2014), “De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014” *Diario La Ley*, nº 8309, Sección Doctrina, 13 de mayo de 2014, Ref. D-150.

- a) En el contenido del art. 10 de la LTRHA que establece la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se conviene 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.
- b) Por ello el caso enjuiciado no cuestiona un conflicto de leyes, sino el reconocimiento de la decisión de una autoridad extranjera conforme al art. 85 del Registro tenga garantías análogas a las exigidas por la ley española en cuanto a los hechos de que den fe: sobre este particular el Tribunal Supremo no tiene duda alguna. En segundo lugar, el respeto a la legalidad del hecho inscrito conforme a la ley española; en este punto el Tribunal Supremo entiende que el hecho inscrito no respeta los límites del orden público que conforman la legislación española.
- c) Considera el Tribunal Supremo que, si bien actualmente la legislación no establece el hecho biológico como fuente exclusiva de la filiación, admitiendo su determinación por otros criterios distintos que no constituyen contravención del orden público español como son la adopción o el consentimiento a la fecundación con contribución de donante, no se acepta que se vulnere la dignidad de la mujer gestante y del niño: mercantilizando la gestación y la filiación, cosificando a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocios entre ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en mujeres jóvenes en situación de pobreza, así como creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paternos filiales vedadas a la mayoría de la población.
- d) Inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual.
- e) Interés superior del menor. En este punto nuestro Tribunal Supremo estima que, pese a la consideración del interés del menor como cláusula general, constituye un concepto jurídico controvertido que no permite al juez alcanzar con su aplicación cualquier resultado. La concreción de dicho interés del menor debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos en las reglas legales y en los principios que inspiran la legislación

nacional y las convenciones internacionales, teniendo en cuenta que tal principio no es único y que puede ponderarse con otros bienes jurídicos con los que puede concurrir, en concreto: con la dignidad de la mujer gestante y la dignidad del menor.

- f) No vulneración de la identidad única del menor.
- g) No vulneración del derecho al respeto a la vida privada y familiar, reconocido en el art.8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.
- h) Ofrece medidas alternativas que protegen al menor buscando una solución óptima para determinar su correcta filiación, teniendo en cuenta la efectiva integración de este en un núcleo familiar “de facto”.

3.3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 24 DE JUNIO DE 2014.

No habíamos terminado de asimilar la STS de 6 de febrero de 2014 cuando en junio de ese mismo año el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) dicta un pronunciamiento el 26 de junio, en el Asunto Menneson contra Francia, y en el Asunto Labasse contra Francia, reconociendo, en el primero de los casos, el derecho de dos gemelas nacidas en California, y en el segundo, de una niña nacida en Minnesota mediante la técnica de la gestación por sustitución, a ser inscritos como padres de intención protegiendo así el interés superior del niño conforme a lo dispuesto en el art. 8 que reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar. No obstante, antes de adentrarnos en las razones argüidas por el TEDH para sustentar esta resolución creemos conveniente, para la correcta comprensión de la resolución del Alto Tribunal, el conocimiento de los hechos que dieron lugar a la controversia.

Paralelamente al iter procesal seguido por los cónyuges españoles se plantea una cuestión fáctica similar en Francia, si bien en este último supuesto el conflicto se origina en el seno de dos matrimonios de carácter heterosexual. Dos matrimonios franceses, que no podían llevar a cabo su proyecto de paternidad debido a la infertilidad de sus

respectivas esposas, decidieron trasladarse a Estados Unidos para recurrir a la fecundación in vitro con gametos del propio marido y un óvulo procedente de una donante, llevándose a cabo la implantación de los embriones fecundados en el útero de otra mujer. Por lo tanto, fue la técnica de la maternidad subrogada gestacional el medio empleado para ver cumplido su deseo de paternidad.

Sin embargo, pese a que fue Estados Unidos²⁰ el país elegido como garantista en el recurso a estas técnicas dado el gran desarrollo legislativo y jurisprudencial de la gestación por sustitución comercial, cada uno de estos matrimonios, en su pretensión, optó por dos Estados diferentes. La primera de las parejas a la que nos referimos acudió al Estado de California. El segundo de los matrimonios lo hace a Minnesota, Estado que al igual que el anterior, se enmarca dentro del grupo que reconoce efectos a la maternidad subrogada por medio de una resolución judicial, sin que el procedimiento varíe sustancialmente respecto al explicado anteriormente.

En ambos supuestos nos encontramos con una gestación por sustitución gestacional caracterizada porque la gestante aporta únicamente la gestación pero no sus óvulos que pueden provenir de la comitente – si la hay y puede hacerlo- o de una donante –como ocurre en los casos reseñados-.

En el caso del matrimonio que acude a California, producido el nacimiento de las niñas y reconocida su filiación a favor de los comitentes por la Corte Suprema de California el 14 de julio de 2000, el padre de las mismas solicita al Consulado de Francia en Los Ángeles la transcripción de las actas, solicitud que es denegada al sospecharse que las gemelas habían nacido por gestación por sustitución. El matrimonio nada dice sobre su

²⁰ La décima enmienda de la Constitución de los EEUU establece que “Los poderes que la Constitución no delega a los EEUU ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente o al pueblo”. Conforme a esta disposición y al concepto de “soberanía estatal” que crea, la facultad de establecer y regular la paternidad siempre ha sido históricamente una función estatal, no federal. Por lo tanto, no hay ninguna ley federal ni reglamento que contemple la gestación por sustitución y la filiación de los hijos resultantes, ya sea positiva o negativamente. Corresponde a cada Estado individualmente determinar si la regularán y cómo sus respectivas leyes tratarán los acuerdos de la gestación por sustitución y la filiación de los niños nacidos de esos acuerdos. Sobre esta base la legislación estatal relativa a la gestación por sustitución es muy variable quedando comprendida en una de las tres siguientes categorías: Estados que han tomado la iniciativa de aprobar leyes específicas sobre gestación por sustitución, ya sean prohibitivas o permisivas; Estados que no tienen leyes relativas a la gestación por sustitución, pero cuyos tribunales han dictado precedentes jurisprudenciales aplicables y, finalmente, una tercera categoría que incluye Estados que no tienen ni ley ni jurisprudencia sobre maternidad subrogada.

proceder y no aporta prueba física del parto de la esposa pese a lo cual las actas de nacimiento son transcritas en el Registro de estado civil de Nantes el 25 de noviembre de 2002. A la vista de ello, el Ministerio Fiscal pide la anulación basándose en razones de orden público. El 25 de octubre de 2007, la Corte de Apelación de París rechaza la acción de nulidad interpuesta por el Ministerio Fiscal. Se invoca, entre otras cuestiones, el interés superior del niño, sobre la base del artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989. Esta decisión fue recurrida ante la Corte de Casación. El 18 de marzo de 2010 este tribunal estima que la transcripción de las actas de nacimiento viola el orden público francés, por lo que se ordena su anulación. Junto a ello también se negó la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación otorgada porque los comitentes habían cuidado de las niñas desde su nacimiento, pues consideraron que la posesión de estado de las personas que alegaban los demandantes y el acta de notoriedad estaban viciadas por defecto en su origen, defecto que consistía en la nulidad de orden público del contrato de gestación por subrogación, por tener carácter fraudulento.

En el segundo de los supuestos referidos tras el nacimiento de la menor el 31 de octubre de 2001 un tribunal de Minnesota constató que el comitente era su padre biológico confiándosele la custodia de la niña, renunciando la madre gestante y su esposo a todo derecho sobre ella. Se verificó, en un segundo juicio celebrado el mismo día, que la madre gestante entendía que ya no tenía derechos parentales sobre la menor. Por lo tanto, el acta de nacimiento asentada en 2001 con timbres del Estado de Minnesota, designó al matrimonio francés como sus padres. De vuelta a Francia obtuvieron del juez tutelar un acta por la que se constataba la posesión de estado. El Ministerio Público rechazó asentar dicha mención en el estado civil por lo que los padres comitentes promovieron una acción, a título principal, para transcribir el acta pública y, a título subsidiario, para asentar la filiación paterna de la menor por medio de la posesión de estado.

La diferencia entre ambos supuestos radica en que mientras en el primero las actas de nacimiento de las gemelas lograron inscribirse en un primer momento en el Registro del Estado Civil de Nantes; en el segundo directamente se deniega la inscripción aunque se

obtiene por parte de un juez tutelar la constatación pública de la posesión legítima de estado de hijo a favor del matrimonio.

El argumento que sustenta la Corte de Casación Francesa para negar la inscripción de estas menores es que la gestación subrogada en el extranjero:

a) Es un hecho cometido en fraude de ley, en concreto, el artículo 16 en sus apartados séptimo y noveno del *Code* que establecen que cualquier convención para la procreación o gestación por cuenta de otro es nula produciéndose, por lo tanto, una vulneración del orden público francés. Para los tribunales franceses los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y de indisponibilidad del estado de las personas se oponen al reconocimiento de la gestación por sustitución, tal y como establece el art. 16 del Code donde la prohibición de orden público recoge los principios éticos y morales que impiden que el cuerpo humano sea objeto de transacción y que el niño quede reducido a ser objeto de un contrato. La jurisprudencia francesa se muestra inflexible en este punto, a diferencia de otros Derechos extranjeros más inclinados a resolver la cuestión tomando como referencia el interés superior del niño, atenuando de esta forma el orden público aplicable²¹.

b) El rechazo, a juicio de la Corte, no privaría a las menores de su filiación paterna, ni de la filiación materna que le reconoce el Derecho del Estado extranjero, ni le impediría vivir con la cónyuge solicitante en Francia, sin que pueda considerarse que vulnere el derecho al respeto a la vida privada y familiar del niño conforme al artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos Y Libertades Fundamentales (CEDH), ni el interés superior garantizado en el artículo 3 del CIDN.

c) Por último, tampoco cabría invocar para determinar la filiación la posesión de estado materno, pues el principio de indisponibilidad del estado civil de las personas impide su

²¹ La Corte de Casación Francesa se reitera en este sentido en sentencias posteriores. Así la sentencia de la Corte de Casación de 13 de septiembre de 2013 proclamó que “el acta de nacimiento del niño proveniente de las autoridades indias no puede transcribirse en los libros del Registro Civil francés. En presencia de fraude resulta inútil invocar el interés superior del niño que garantiza el artículo 3-1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), ni el respeto de la vida privada y familiar conforme al artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos y sus Libertades Fundamentales, de modo que el motivo de reclamación no resulta fundado conforme a Derecho”.

eficacia en Francia cuando es consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, aunque haya sido concluido lícitamente en el extranjero al ser contrario al orden público internacional francés.

Este pronunciamiento de la Corte de Casación francesa fue recurrido por ambas parejas ante el TEDH, sustentando su recurso, entre otras cuestiones, en el artículo 8 –respeto al derecho a la vida privada y familiar- del CEDH.

En especial, se proscribía la injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio de este derecho salvo que sea necesario para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud, de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Este requerimiento fue atendido por el TEDH en la sentencia de 24 de junio de 2014 que subraya las delicadas cuestiones éticas que suscita el tema y la falta de consenso sobre el mismo reconociendo, en consecuencia, que los Estados deben disponer de un amplio margen para regularlo. No obstante, al Tribunal sí le corresponde la competencia en controlar el alcance de un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados habida cuenta del principio de supremacía del interés del menor.

Por lo tanto, habiéndose acreditado que padres e hijas se habían podido establecer en Francia poco después del nacimiento, que viven juntos en una situación globalmente comparable a la de otras familias y ante la ausencia de riesgo de que las autoridades decidan separarles con motivo de su situación respecto al Derecho francés, se considera por el Tribunal que se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses de los recurrentes y los del Estado, por lo que se refiere a su derecho al respeto de la vida familiar.

Sin embargo, los efectos de la ausencia de reconocimiento por el Derecho francés de la relación de filiación entre los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero y las parejas que han acudido a este método no se limitan a la situación de

estos últimos. De hecho, afectan también a los propios menores, cuyo derecho al respeto a la vida privada, que implica que cada uno pueda establecer la sustancia de su identidad, incluida su filiación, se encuentra significativamente afectado. En este sentido, por lo que se refiere al respeto a la vida privada de las niñas, así nacidas, el Tribunal aprecia una situación de incertidumbre jurídica en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa y de heredar de los esposos recurrentes, incertidumbre que adquiere un relieve especial cuando uno de los miembros de la pareja es a la vez el que engendró al niño.

Concluye el Tribunal considerando que la Corte de Casación francesa obstaculiza tanto el reconocimiento como el establecimiento de su vínculo de filiación respecto del padre biológico de las menores –al prohibir no solo reconocerlo como hijo, sino también adoptarlo- por lo que el Estado francés va más allá de lo que permite su margen discrecional ignorando el derecho a la vida privada de del artículo 8 del CEDH.

3.4. AUTO ACLARATORIO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE FEBRERO DE 2015 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena)²²

Ante el pronunciamiento del TEDH, los padres de intención consideran vulnerados el principio de igualdad ante la ley reconocido por nuestra Constitución como derecho fundamental, principio donde se integra la no discriminación por razón de sexo u orientación sexual. Alegan en su defensa que la negativa a reconocerles la filiación por naturaleza de los menores nacidos en California resulta discriminatorio frente al derecho reconocido en el art. 7.3 de la LTRHA que permite la inscripción de la filiación a favor de dos mujeres en caso de que una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción humana asistida y la otra sea su cónyuge.

Nuestro Tribunal Supremo no admite este requerimiento al considerar que los supuestos “son diferentes por razones evidentes. La existencia de desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye en principio la existencia de un trato discriminatorio por el

²² Entre los comentarios a esta Auto destacan: FLORES RODRÍGUEZ, (2015), “Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015, Sala Primera de los Civil, Rec. 245/2012”, *La Ley, Derecho de Familia*, nº7, Tercer Trimestre; VELA SÁNCHEZ, (2015), “A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8600, Sección Tribuna, 8 de septiembre 2015, Ref. D.321.

hecho de que la consecuencia legal de uno y otro supuesto sea diferente (...) la causa de denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California. Por lo tanto, la solución hubiera sido la misma si los contratantes hubiesen constituido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho, o una sola persona, hombre o mujer”.

El TS en el Auto de 2 de febrero de 2015 reitera el pronunciamiento emitido en la STS de 6 de febrero de 2014 argumentando a favor de esta reiteración la propuesta de cobertura y amparo legal sugerida en el pronunciamiento jurisprudencial anteriormente referido alcanzándose, de seguirlo, una perfecta protección del núcleo familiar existente entre los menores y los padres de intención, es decir, la reclamación judicial de la paternidad por aquél de los varones cuyo material genético fecundó el óvulo que fue gestado por la madre de alquiler así como la adopción de los menores por el marido de éste al quedar descartada la filiación biológica.

3.5. CIRCULAR DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 11 DE JULIO DE 2014.

La función y competencias que los actuales artículos 32 y 46 del CEDH atribuyen al TEDH hacen que su interpretación sobre el alcance de tales derechos posea una eficacia hermenéutica muy relevante respecto a los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas en nuestra Constitución. Si ello es así, es lógico que nos cuestionemos la posible vulneración por nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia de 6 de febrero de 2014 así como en su auto aclaratorio de 2 de febrero de 2015, del respeto al derecho a la vida privada de los menores cuya filiación se reclama.

Por ello, la DGRN emite una Circular fechada el 11 de julio de 2014 en la que mantiene la plena vigencia de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 considerando que la sentencia de la Sala Civil de nuestro Tribunal Supremo está superada por la emanada por el Tribunal de Estrasburgo. “En el estado legislativo y jurisprudencial actual, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución **está plenamente vigente**, por lo que debe

seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo para ello”.

3.6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE OCTUBRE DE 2016. SALA DE LOS SOCIAL PLENO (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro)²³.

Si bien, recientemente el Tribunal Supremo, en su Sala de lo Social, ha tenido ocasión de pronunciarse en relación a dos supuestos en los que el recurrente, padre biológico de las niñas gestadas mediante subrogación, tiene derecho o no al disfrute de las prestaciones asociadas a la maternidad, centraremos nuestro análisis en la STS de 25 de octubre de 2010, por la indefensión que su contenido puede conllevar respecto a situaciones similares acaecidas en el orden civil y su consecuencia en el orden laboral.

El supuesto de hecho al que da origen esta sentencia está datado en 2013, fecha en la que tuvo lugar el nacimiento de dos niñas en Nueva Delhi mediante gestación subrogada en la que el demandante de las prestaciones en el orden social fue el padre biológico y los óvulos donados por una mujer que también llevó a cabo la gestación. La gestación y el nacimiento, fechados con anterioridad a 2015, habrían de regirse por las directrices pautadas por las Guías Nacionales para la Acreditación, Supervisión y Regularización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida²⁴. Junto a ello, como aval de esta desigualdad que pretendemos demostrar, la vigencia de la Instrucción de DGRN de 5 de octubre de 2010, exigiría al padre biológico de las niñas al solicitar la inscripción de su filiación, la presentación ante el Encargado del Registro Civil Consular de España en Nueva Delhi, una resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente del país de origen que determinara la filiación a favor del padre subrogado.

²³ VELA SÁNCHEZ, (2017), “La gestación por sustitución en las Salas de los Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales de Justicia: A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimiento derivados de convenio gestacional”, *Diario La Ley*, nº8927, Sección Doctrina, 22 de Febrero de 2017.

²⁴ Vid apartado 3.1 del presente estudio.

Pese a estas exigencias, de los antecedentes de hecho de la STS de 25 de octubre de 2016, no se infiere que ninguno de estos dos requisitos se cumplimentara. Todo lo más, justifica la inscripción en un acta notarial en virtud de la cual el padre acepta ejercer exclusivamente todas las funciones y obligaciones que derivan de la patria potestad, incluyendo el cuidado exclusivo y la custodia de las menores, ante la imposibilidad de la gestante para ejercer esta función. Es más, la mujer renuncia a cuantos derechos y deberes pudieran corresponderle sobre las menores autorizando al padre a establecer su casa y hogar en cualquier país y ciudad de su libre elección²⁵.

Si bien este pronunciamiento judicial distingue dos planos perfectamente diferenciados, a saber, el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación del menor al que no puede perjudicar la nulidad del contrato, el reconocimiento de las prestaciones derivadas de nuestra legislación social²⁶, en supuestos como el examinado, atentaría contra otros básicamente iguales en los que la filiación no ha podido ser reconocida en el orden civil como derivada de una gestación subrogada, sin perjuicio de que la filiación paterna pudiera ser determinada mediante sentencia judicial conforme a lo previsto en la legislación española.

Del examen del pronunciamiento judicial se deduce que la determinación de la filiación a favor del sujeto que aportó el material genético se instrumenta en torno al artículo 120.1 del Código Civil, es decir, nos encontraríamos ante un supuesto en el que la paternidad extramatrimonial se establece en virtud del reconocimiento de la misma *“realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la*

²⁵ El progenitor biológico podría traer a colación analógicamente lo dispuesto en el artículo 177.2.2 del CC, si bien referido a la adopción en relación al consentimiento que ha de emitir la madre del adoptando al establecer que *“el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que no hayan transcurrido 30 días desde el parto”*. No obstante lo anterior, nunca sería legal pactar la entrega del recién nacido antes de dar a luz mientras el CC señale el plazo de un mes tras el parto. En este sentido, CASADO BLANCO (2013, p. 60).

²⁶ Por razones cronológicas se ha de aplicar al supuesto el art. 133 de la LGSS de 1994, cuyo artículo 133. bis (actual artículo 117 de la LGSS de 2015) delimita las *“situaciones protegidas”* a efectos de tales prestaciones:

“A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento tanto adoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil y con las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el artículo 30.3 de la ley 30/1994, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública”.

legislación del Registro Civil". Por ello, antes de determinar estos dos planos bien diferenciados de los que parte la sentencia estudiada que distinguen entre nulidad del contrato de gestación subrogada y la situación *de facto* del menor que no ha de verse desprotegida en virtud del principio del mejor interés del menor, debemos cuestionarnos si el solicitante de la prestación incurrió en un fraude de ley como apuntamos en páginas precedentes respecto al reconocimiento de la filiación de los menores nacidos por subrogación en India. Nos llama la atención que, inicialmente en los Antecedentes de Hecho de la sentencia, el solicitante argumentara que el nacimiento de las niñas fue fruto de una subrogación, para después, en el Fundamento Jurídico Noveno, cimentar el Tribunal la determinación de la filiación del sujeto y, por tanto, la concesión de las prestaciones, en el artículo 120.1 del Código Civil. A todas luces parece que nos encontramos ante un supuesto de fraude de ley del artículo 6.4 del CC en el que el artículo 120.1 del CC sería la norma de cobertura y el artículo 10 de la LTRHA la norma defraudada en el ejercicio de la tutela declarativa que habría de llevar a cabo el Encargado del Registro Civil para proceder a la inscripción del nacimiento y de la filiación a favor del padre biológico ante la ausencia de pronunciamiento judicial expedido por un órgano jurisdiccional indio que determinara la filiación a favor del mismo.

No obstante lo anterior, la STS de 25 de octubre de 2016 concede la prestación al padre solicitante al establecer que "el que una Ley civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar; y tal situación de necesidad debe ser afrontada ... procurando que esos hijos no vean mermados sus derechos. Y aquí nos encontramos con un contrato de maternidad por subrogación que es nulo pero que ha desplegado sus efectos, en particular los que nos interesan: inserción de las menores nacidas en el núcleo familiar (...) Porque al margen de la nulidad del negocio sobre gestación, lo cierto es que estamos ante una realidad contemplada por la legislación social (Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre). Carece de sentido admitir la protección cuando nace un hijo fuera del matrimonio, o como consecuencia de una relación sexual esporádica, pero rechazarla en supuestos como el presente".

3.7. A MODO DE RECAPITULACIÓN.

Es un hecho indiscutido que la maternidad subrogada es una realidad social. La función del Derecho debe ser regular la realidad social si es que quiere tener utilidad efectiva. El análisis realizado sobre la maternidad subrogada en las páginas precedentes se ha llevado a cabo desde dos perspectivas distintas del Derecho pero que han de ser complementarias y congruentes: civil y laboral. Sobre esta congruencia se pronuncian diversas Sentencias del Tribunal Constitucional, entre otras, SST 150/1990, de 4 de octubre; 222/2006, de 6 de julio ó 233/1999, de 16 de diciembre, al establecer que “cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integran en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes que de su articulado resulten”.

Desde la perspectiva civil, ante la nulidad del contrato de gestación subrogada en nuestro país por la ilicitud de la causa –art- 10 de la LTRHA-, los padres intencionales recurren a otros Estados donde esta técnica de reproducción humana asistida está permitida y/o regulada²⁷. Si en el país al que acuden los padres comitentes un órgano jurisdiccional emite una resolución que determine la filiación a favor de los mismos la inscripción del nacimiento y, consecuentemente, de la filiación podrá llevarse a efecto en los términos que establece la Instrucción de la DGRN de 5 de Octubre de 2010 vigente tras la Circular de 11 de julio de 2014 pese al pronunciamiento de la STS de 6 de febrero de 2014. Si, por el contrario, el país al que acuden los padres subrogados no cuenta con legislación que regule la materia o, contando con ella, ningún órgano jurisdiccional del país emite una resolución determinando la filiación a favor de los padres de intención, la única vía que le queda a éstos para que quede determinada la filiación a su favor será la establecida en el artículo 10.3 de la LTRHA, es decir, el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad por el progenitor si es que este aportó el material genético. En este sentido se pronunció la STS de 6 de febrero de 2014. Siendo la gestación subrogada el medio utilizado por un matrimonio igualitario masculino para lograr sus deseos de paternidad, aportando ambos el material reproductor para fecundar el óvulo de una donante anónima, nuestro más Alto Tribunal

²⁷ CORERA IZU, (2014), “Abandono, apátridas y sin padres”, *Diario La Ley*, nº8345, Sección Doctrina, 2 de julio de 2014, Año XXXV.

dictaminó que la filiación del progenitor biológico quedase determinada por el ejercicio de la acción de reclamación del padre biológico, confirmado tras la prueba de ADN, mientras que la filiación a favor del otro integrante del matrimonio podría llevarse a efecto mediante la adopción de los menores en virtud del artículo 44 del Código Civil tras la reforma experimentada en el año 2005, *“el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”*. Por lo tanto, se admite, a partir de entonces, la adopción por parejas de la misma condición sexual.

Si la filiación de los nacidos por medio de la gestación subrogada se ha alcanzado siguiendo los términos establecidos en el párrafo precedente, y, por lo tanto, la filiación de los mismos está inscrita en el Registro Civil a favor de los padres de intención, éstos, ya sean pareja heterosexual, igualitaria, hombre o mujer en su individualidad estarán legitimados para solicitar la prestación a la que se refiere el artículo 133 bis de la LGSS de 1994 (actual art. 177 de LGSS en la redacción dada tras la reforma del año 2015) porque si bien, el/los solicitantes no se encuentran en ninguno de los supuestos previstos en la norma, ésta “ha de interpretarse no solo a la luz de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad de aquellas (artículo 3.1 del CC), sino, muy especialmente, a la vista del tenor de otros preceptos. No se trata de violentar lo preceptuado por el legislador, sino de aquilatar el alcance de sus previsiones, armonizando los diversos mandatos confluyentes (STS de 25 de octubre de 2016)”. La transferencia del derecho a prestaciones por maternidad en estos casos muestra a las claras la finalidad que se le asigna a la misma y concuerda con la interpretación analógica al no haber mediado conducta fraudulenta para obtener indebidamente las prestaciones²⁸.

Ahora bien, si los comitentes incurren en un fraude de ley para determinar la filiación a su favor cuando, en su intento de alcanzar la generación, acuden a la gestación subrogada en un país que carece de regulación o que teniéndola no emite un pronunciamiento judicial, nos encontraremos ante una doble contravención del ordenamiento jurídico: por un lado, el contrato de gestación subrogada prohibido por el artículo 10 de la LTRHA; por otro, el fraude cometido conforme al artículo 6.3 del CC.

²⁸ STS de 25 de octubre de 2016.

Al no existir resolución judicial emitida por autoridad del país extranjero, el amparo en el artículo 120.1 del CC pretendiendo el reconocimiento de la filiación extramatrimonial supondría, tal y como hemos expuesto en el epígrafe anterior, un fraude de ley siempre y cuando el comitente fuese un varón en su individualidad que aporta material reproductor. Sin embargo, esta situación creada al margen de la ley, no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en un determinado núcleo familiar. El artículo 39.3 de nuestra Constitución obliga a los padres a prestar asistencia a los hijos habidos “dentro o fuera del matrimonio”. Esta situación de necesidad debe ser afrontada desde la perspectiva de las prestaciones de la Seguridad Social, procurando que los hijos no vean mermados sus derechos. Sin embargo, no creemos que sea la vía de la interpretación analógica en la que descansa el argumento de la STS de 25 de octubre de 2016 la más indicada. No obstante el juez que conozca del asunto debe resolver. Por ello, en virtud del principio *iura novit curia* “el Tribunal puede fundamentar su decisión en normas distintas a las alegadas porque conoce el Derecho. Ahora bien, como norma general sus facultades no son ilimitadas. Los principios de congruencia y dispositivo impiden acudir a hechos extraños al proceso (...). El juzgador debe tomar en consideración exclusivamente los hechos alegados por las partes, que resulten probados e integren la *causa petendi* (HENRÍQUEZ SALIDO, ALARCÓN OLMEDO, ORDOÑEZ SOLÍS, OTERO SEIVANE, RABANAL CARVAJO, 2015, p. 7)” y, en consecuencia, puede aplicar el principio del interés superior del menor como Cláusula General para resolver la cuestión de la legitimación del padre biológico respecto a las prestaciones derivadas de nuestra legislación social y laboral.

Una cláusula general se conceptúa en palabras de MIQUEL GONZALEZ (1997, p. 297) como disposiciones de ley, y en ello se diferencian de los Principios Generales. En realidad en muchas ocasiones el legislador se limita a elevar a rango de Ley auténticos Principios Generales del Derecho, que a partir de ese momento y con independencia de su carácter informador del ordenamiento jurídico (y su aplicación principalmente subsidiaria por el Juez, ex art. 1.4 del CC) pasan a configurar normas imperativas y, por tanto, de aplicación directa y necesaria. Esta afirmación permite entender que la vinculación del juez a la Ley no pueda serlo de forma rígida sino flexible dentro del Ordenamiento entendido en su conjunto. Por ello, el juez puede corregir un precepto legal mediante una cláusula general, pues es precisamente para ello para lo que están

pensadas éstas. No es que el Juez se desvincule de la ley, sino que aplica otra ley (la que contiene la cláusula general) que sirve a dicho efecto.

Tal y como establece la STS de 25 de octubre de 2010, “la protección que la Seguridad Social dispensa a la *maternidad* está relacionada no solo con el descanso obligatorio y voluntario por el hecho del parto, sino también con la atención y cuidado del menor” y este menor necesita la protección que le dispensa el ordenamiento jurídico, física, psíquica y económicamente, no solo cuando nace en el seno de una matrimonio o pareja heterosexual²⁹ o igualitaria femenina³⁰ sino también cuando es fruto de una gestación subrogada, gestacional o tradicional, ya sea homóloga o heteróloga la técnica de reproducción humana asistida empleada.

El aplicador del Derecho lleva a cabo un juicio de ponderación sobre los intereses concurrentes: el del niño así como el de el/los padre/s comitentes y, una vez analizados todos ellos, desde la perspectiva del mejor interés del menor, certificar que el cuidado de los menores puede crear una situación de necesidad, personal y material, que puede quedar solventada con el acceso a las prestaciones reconocidas por nuestra legislación. Incluso podría plantearse que de no concederse la misma y, ante la situación de vulnerabilidad en la que puede encontrarse el menor (riesgo y desamparo), la intervención de la Administración podría llevar a desvincular a estos de el/los sujetos que han creado en torno al mismo una situación familiar *de facto*. Por lo tanto, la no concesión de las prestaciones podría implicar un menoscabo del interés del menor que podría ver vulnerados derechos constitucionales como el de igualdad de los hijos ante la ley o el de no discriminación por razón de filiación o nacimiento.

4. PROPOSICIÓN DE LEY REGULADORA DEL DERECHO A LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN PRESENTADA POR EL GRUPO

²⁹ Cuya generación haya tenido lugar bien de forma natural o acudiendo a las técnicas de reproducción humana asistida, ya sean homólogas o heterólogas.

³⁰ En este supuesto no hay cuestión que se preste a debate tras la adición de un tercer apartado al artículo 7 de la LTRHA que determina que “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”. Vid (DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, 2015, “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal: A propósito de las SSTS de 5.12.2013 y 15.01.2014”, *In Dret, Revista para el Análisis del Derecho.*).

PARLAMENTARIO CIUDADANOS: SU REPERCUSIÓN EN EL CASO ESTUDIADO.

Recientemente, en Junio de 2017, el Grupo Parlamentario Ciudadanos, al amparo de lo establecido en los artículos 124 y concordantes del Reglamento de la Cámara Alta, ha presentado una Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Aún le queda un largo camino por recorrer a esta proposición de ley para convertirse en Ley sustantiva, principalmente porque cuenta con el rechazo del Partido Popular (PP) y del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y es aceptada, no sin algunas reticencias, por Podemos. No obstante, en todos ellos nos encontramos con partidarios y detractores de la regulación de esta realidad social, por lo que Ciudadanos pide el voto en conciencia de cada miembro de la Cámara cuando, previsiblemente en otoño de 2017, se proceda a la votación y tramitación de la Proposición de Ley.

Pese a las dificultades de la misma para ser aprobada, a continuación delimitaremos la situación legal y jurídica en la que se encontraría nuestro padre comitente en el supuesto de hecho analizado a la luz de la regulación propuesta por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos.

La primera premisa de la que debemos partir es que el varón en su individualidad no tendría por qué recurrir a otra legislación que no fuese la española en su intento de alcanzar este deseo de paternidad. Ahora bien, si en el supuesto analizado la gestación por sustitución se puede calificar como tradicional al aportar la mujer gestante su útero y su óvulo, la propuesta de Ciudadanos acota la gestación por sustitución a la modalidad gestacional³¹, es decir, a aquella en la que la mujer gestante únicamente aportaría su útero. Por lo tanto, el material genético ha de ser proporcionados por los padres de intención³². Todo ello siempre y cuando el supuesto en cuestión se contemple en alguno de los permitidos por la Proposición de Ley. A ello debemos responder que la misma nos parece un poco ambigua en la terminología empleada. En este sentido, el artículo 4 al establecer los requisitos para la gestación por subrogación, dispone en su apartado

³¹ A tenor del art. 3b) de la Proposición de Ley se entiende por mujer gestante aquella que “*sin aportar material genético propio, consiente y acepta, mediante un contrato de gestación por subrogación, someterse a la LTRHA con el fin de dar a luz un hijo o hijos del progenitor o progenitores subrogantes, sin que, en ningún momento, se establezca vínculo de filiación entre la mujer gestante y el niño o niños que pudieran nacer*”.

³² Se entiende por progenitor o progenitores subrogantes “*la persona o personas que acceden a la paternidad o maternidad mediante la gestación por subrogación, aportando su propio material genético*”.

segundo que “*el progenitor o progenitores subrogantes deberán haber agotado o ser incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida*”.

¿Qué supuestos deberían incluirse? :

Pensemos en primer lugar en razones de infertilidad en un matrimonio o pareja heterosexual. Si el artículo 3 de la Proposición de Ley nos está indicando que la gestación subrogada ha de ser gestacional aportando los padres comitentes su propio material genético, ¿a qué se está refiriendo el precepto?

Para que la procreación tenga lugar es necesario un complejo sistema de sincronías orgánicas entre el hombre y la mujer³³. Si algún sistema falla podemos hablar de infertilidad, pero si todo falla ya hablamos de esterilidad. En este complejo de sistema de sincronías orgánicas podemos distinguir las siguientes fases:

1. El hombre debe producir espermatozoides, lo mismo que la mujer óvulos que reúnan características que los hagan viables.
2. Un espermatozoide debe superar la prueba de llegar a las trompas de Falopio de la mujer y ser capaz de fecundar la célula germinadora femenina.
3. El huevo o cigoto resultante debe poder implantarse correctamente en un útero listo para acogerlo.
4. La mujer debe tener una “ambiente hormonal” adecuado que le permita al huevo desarrollarse saludablemente y crecer hasta llevar a buen término el embarazo.

Si alguna de estas etapas presenta alguna dificultad que le impida, de forma repetida, llevar un embarazo hasta el final, los médicos le llaman infertilidad mientras que hablan de esterilidad cuando está probada la incapacidad para lograr la fecundación.

A tenor de lo expuesto, podríamos pensar que los padres comitentes habrán de ser infértiles que no estériles. Sin embargo, el artículo 8 al establecer los requisitos a cumplir por el progenitor o progenitores subrogantes en su apartado tercero remite al apartado primero del mismo precepto cuando la gestación subrogada es llevada a cabo en el seno de una pareja unida por vínculo matrimonial o relación equivalente reconocida por la Ley sin distinguir entre el carácter heterosexual o igualitario de la

³³ <https://www.guiainfantil.com/blog/213/es-lo-mismo-ser-esteril-que-infertil.html>

misma. En este caso, las exigencias de este apartado primero al que nos referimos podrán ser cumplidas por uno de los miembros de la pareja. Por lo tanto, bastará que solo uno de sus integrantes *“haya agotado o sea incompatible con otras técnicas de reproducción humana asistida”* siempre que el otro miembro de la pareja aporte el material reproductor.

Esta premisa da entrada a que los usuarios de la gestación por sustitución sean:

- matrimonio o parejas heterosexuales que sufran infertilidad.
- matrimonio o parejas heterosexuales en los que algún miembro de la pareja sea estéril, pero no ambos ya que uno de ellos necesariamente ha de aportar material genético.
- imposibilidad biológica manifiesta en caso de matrimonios igualitarios o parejas de hecho integradas por dos varones.

En aquellos supuestos permitidos por la norma se recurrirá a la donación del material genético necesario para la fecundación en los términos que establezca la LTRHA.

Ahora bien, el supuesto en el que sea un varón o una mujer en su individualidad el usuario/a de esta técnica se sustenta en la propia definición de progenitor o progenitores subrogantes al establecer la norma que será *“la persona (...) que accede a la paternidad o maternidad mediante gestación por subrogación, aportando su propio material genético”*. Por lo tanto, y bajo la perspectiva del supuesto analizado el material reproductor masculino habrá de provenir del comitente y el óvulo de donante anónima, llevándose a cabo la técnica de fecundación extracorpórea en las condiciones que establece la LTRHA³⁴ tal y como aconteció.

En cualquier caso, el/los progenitores subrogantes habrán de tener plena capacidad jurídica y de obrar; ser mayor de 25 años y menor de 45; tener la nacionalidad española o la residencia legal en España así como acreditar que cuenta con capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental asociada a la familia que

³⁴ Artículo 4.4 de la Proposición de Ley: *“la utilización auxiliar de las técnicas de fecundación in vitro o afines que sean necesarias para la gestación por subrogación se llevará a cabo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en los centros habilitados a tal fin”*.

pretende construir; requisitos que habrán de ser acreditados según se disponga reglamentariamente³⁵.

Respecto a la madre gestante la Proposición de Ley insiste en la prohibición del aporte de material genético propio. Este presupuesto no se cumple en el asunto que nos sirve de referencia ya que la gestante aportó no solo su útero sino también su óvulo a tenor de los antecedentes de hecho de la sentencia estudiada.

No obstante, debe cumplir los requisitos exigidos por el artículo 7 de la Proposición de Ley: ser mayor de 25 años y menor de la edad que reglamentariamente se fije en función de las condiciones psicofísicas para que se consideren adecuadas para la gestación con éxito; plena capacidad jurídica y de obrar; tener buen estado de salud psicofísica conforme a lo dispuesto en el artículo 5.6 de la LTRHA respecto de las exigencias fijadas a los donantes; tener buen estado de salud mental; haber gestado, al menor, un hijo sano con anterioridad; disponer de una situación socio-económica, así como familiar adecuadas para afrontar la gestación en condiciones óptimas de salud, bienestar y seguridad; poseer la nacionalidad española o la residencia legal en España; no tener antecedentes penales; no tener antecedentes de abuso de drogas o alcohol así como no haber sido mujer gestante por subrogación en más de una ocasión con anterioridad³⁶.

Cumplidos los requisitos por ambas partes que confieren legitimación para el otorgamiento de un convenio de gestación subrogada ha de llevarse a cabo el mismo. Según estipula el artículo 9 de la Proposición de Ley el/la/los padres comitentes han de celebrar ante Notario un contrato de gestación subrogada con carácter previo a la aplicación de una técnica de reproducción humana asistida redactado conforme a lo dispuesto en la normativa, accesible y comprensible tanto para la mujer gestante como para los progenitores subrogantes.

El contrato ha de contener unos requisitos mínimos. A saber: identidad de las partes intervinientes; consentimiento informado, libre, expreso e irrevocable de las partes intervinientes; conceptos por los cuales la mujer podrá recibir una compensación

³⁵ Artículo 8 de la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación apartados 2 y 4.

³⁶ Del control de concurrencia de estos requisitos se encargarán los centros públicos habilitados por las CCAA con ocasión de la inscripción de la mujer en el registro que contempla la Proposición de Ley. Si el resultado del examen es negativo, no podrá inscribirse en el registro la mujer, ni acceder, en consecuencia, a la posibilidad de gestación subrogada.

económica³⁷; técnicas de reproducción humana asistida que se emplearán; información sobre el seguro que han de concertar las partes; forma, modo y responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación; previsión del lugar del parto y de las circunstancias en las que el o los progenitores subrogantes se harán cargo del hijo o hijos así como la designación del tutor, de acuerdo con lo previsto en el artículo 233 del CC.

De los antecedentes de hecho de la sentencia estudiada no se deduce la existencia de este convenio previo al que alude el artículo 9, todo lo más una declaración jurada ante Notario en virtud del cual el padre subrogado acepta ejercer exclusivamente todas las funciones y obligaciones que derivan de la patria potestad, incluyendo el cuidado exclusivo y la custodia de las menores ante la imposibilidad de la gestante de ejercer esta función. Es más, la mujer renuncia a cuantos derechos y deberes pudieran corresponderle sobre las menores autorizando al padre a establecer su casa y hogar en cualquier país y ciudad a su elección.

El fin de esta declaración no es otro que facilitar el acceso de la filiación de las niñas nacidas en India al Registro Civil español por lo que se aleja de los principios rectores que dicen inspirar el modelo normativo propuesto por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos: dignidad, libertad, solidaridad, igualdad, protección integral de los hijos así como igualdad ante la Ley de padres, madres y niños, sin perjuicio de la contraprestación económica que seguro medió entre padre biológico y madre gestante.

En relación con estos principios rectores se nos hace difícil conjugar solidaridad y compensación resarcitoria o lucro cesante al que se refiere la Proposición de Ley en su artículo 4. Tal y como establece PASQUAU LIAÑO (2017)³⁸ “¿alguien puede creer que una mujer se alistará en un Registro como candidata a ser elegida por varones o parejas desconocidas para soportar un embarazo y parir por cuenta ajena, por una razón que no sea ganar dinero?”.

La contraprestación económica que recibiría la gestante excluye la solidaridad, más aún, cuando la propia Proposición de Ley excluye la posibilidad de que la gestación sea llevada a efecto en el círculo de personas cercanas entre las que sí pudiera ser

³⁷ Sobre el concepto y la naturaleza de esta compensación económica volveremos posteriormente.

³⁸ <http://ctxt.es/es/20170628/Firmas/13629/ctxt-gestacion-subrogada-vientres-alquiler-ciudadanos.htm>

imaginable una motivación altruista o solidaria³⁹. Es más, el contenido que ha de cubrir esta compensación resarcitoria incluye gastos difícilmente cuantificables así como otros que nos indican un claro ánimo de lucro. ¿Quién o cómo se cuantifican las molestias físicas? Como dice PASQUAU LIAÑO (2017) “es claro que no se refiere a medicamentos o tratamientos para paliar esas molestias, sino a una cantidad de dinero igual a aquella en que la mujer gestante valora que “merece la pena” sufrir esas molestias del embarazo y del parto. Es decir, un precio por el alquiler del útero. Como en todo precio, los progenitores no darán más que aquello en lo que valoran su deseo de tener un hijo, y la gestante no pedirá menos que aquello en lo que valora el “servicio” corporal que va a prestar”. Por otro lado a qué se refiere la proposición normativa cuando habla de lucro cesante. El mismo autor nos indica que es aquello que la mujer *deja de ganar* por estar embarazada. No se trata de una indemnización a calcular por un juez, en función del trabajo preexistente de la mujer o sus oportunidades laborales, sino que es una cuantía que las partes han de pactar en el contrato. Lo llamarán “lucro cesante”, pero será un precio que por lo general se aproximará a un salario digno durante el periodo de gestación.

Si bien la maternidad subrogada puede fundamentarse en la dignidad de la persona entendida como fundamento del orden jurídico y de la paz social⁴⁰ bajo la premisa indiscutible de que la madre gestante ha de emitir un consentimiento correctamente formado y fundamentado sobre el alcance de la actuación nos encontramos ante un negocio jurídico que podemos calificar como de arrendamiento de servicios remunerado y oneroso⁴¹.

Finalmente, respecto a la inscripción en el Registro Civil de la filiación derivada de la gestación subrogada, la Proposición de Ley elimina cualquier controversia en relación al mismo al establecer en su artículo 11 que “*la filiación de los nacidos mediante gestación subrogada se regulará por las leyes civiles, salvo las especificaciones establecidas en el artículo siguiente*”.

³⁹ El artículo 4.3 de la Proposición de Ley establece que “*la mujer gestante por subrogación no podrá tener vínculo de consanguinidad con el o los progenitores subrogantes*”.

⁴⁰ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, (2016) “La maternidad subrogada: una alternativa para el colectivo LGTB: A propósito de la reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo” en LAURENZO COPELLO y DAUNIS RODRÍGUEZ (dirs) *Colectivos en los márgenes del Derecho*, Valencia Tirant Lo Blanch, pp. 284-289.

⁴¹ Sobre esta cuestión, vid. LAMM, (2012), “La necesidad de compensar a la gestante como la alternativa más justa y que no tiñe de comercial a la gestación por sustitución”, *Cuestión de Derechos*, nº3, Segundo semestre 2012. www.cuestiondederechos.org.ar

En los supuestos en los que sea un matrimonio o una unión heterosexual o un hombre o una mujer en su individualidad los que recurran al uso de esta técnica, la filiación no podrá determinarse conforme a las reglas generales que establece el Código Civil. Así, en el caso del matrimonio integrado por dos personas de diferente condición sexual, en relación con la mujer por el hecho del parto y, respecto al marido, por la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil. Igualmente ocurrirá cuando los usuarios de la técnica sean una pareja heterosexual o una mujer en su individualidad. Si, por el contrario, es un hombre en su individualidad el que recurre al uso de la técnica de la gestación subrogada para ver colmados sus deseos de paternidad, podrá determinarse su filiación a favor del nacido en virtud de lo preceptuado en el artículo 120.1 del CC. No obstante, a tenor del apartado segundo del artículo 12 de la Proposición de Ley serán *“los obligados a promover la inscripción correspondiente, debiendo aportar copia autenticada del contrato de gestación por subrogación debidamente registrado”*. El mencionado precepto no está determinando la filiación, sino legitimando la inscripción en el Registro Civil de una filiación que con carácter previo habrá debido ser determinada. A este respecto será la voluntariedad a la generación por parte de los padres comitentes la que constituiría el título de atribución de la paternidad o maternidad⁴². Ahora bien, en el caso de que la gestación subrogada se consiga mediante fecundación heteróloga, es decir, con aportación de donante anónimo, el consentimiento emitido por ambos miembros de la pareja o por el hombre o la mujer en su individualidad, según el caso, no puede ser utilizado con posterioridad como elemento para impugnar una maternidad o paternidad no deseada. Así lo establece expresamente el artículo 12.1 de la Proposición de Ley al dictaminar que *“la persona o personas progenitores subrogantes, cuando hayan formalizado el contrato de gestación por sustitución y se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer, no podrán impugnar la filiación del hijo o hijos nacidos como consecuencia de tal gestación”*.

Por último, en caso de parejas ya sean heterosexuales o igualitarias el progenitor no subrogante que no hubiese aportado material genético a la gestación por subrogación podrá manifestar, conforme a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que

⁴² Para un desarrollo exhaustivo de esta cuestión, vid. LAMM, (2011), “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*.

“consiente en que se determine a su favor la filiación respecto del hijo nacido o hijos del progenitor subrogante que sí lo hubiese aportado”.

BIBLIOGRAFÍA.

- CASADO BLANCO, Mariano y IBAÑEZ BERNÁLDEZ, María (2014) “Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada” *Revista Española de Medicina Legal*, www.elsevier.es/mlegal.
- CORERA IZU, Martín (2014), “Abandono, apátridas y sin padres”, *Diario La Ley*, nº8345, Sección Doctrina, 2 de julio de 2014, Año XXXV.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, 2015, “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal: A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.01.2014”, *In Dret, Revista para el Análisis del Derecho*.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, María Soledad (2016) “La maternidad subrogada: una alternativa para el colectivo LGTB: A propósito de la reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo” en LAURENZO COPELLO, Patricia y DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto (dirs) *Colectivos en los márgenes del Derecho*, Valencia Tirant Lo Blanch.
- FLORES RODRÍGUEZ, Jesús (2015), “Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015, Sala Primera de los Civil, Rec. 245/2012”, *La Ley, Derecho de Familia*, nº7, Tercer Trimestre.
- FORTUNY BERENGUER, Monteserrat (2013), <http://www.vientredealquiler.com/index.php/component/content/article/895-la-maternidad-subrogada-un-caso-practico>
- HENRÍQUEZ SALIDO, María do Carmo; ALAÑÓN OLMEDO, Fernando; ORDOÑEZ SOLÍS, David; OTERO SEIVANE, Josefa; RABANAL CARVAJO, Pedro F, (2015) “El principio procesal *iura novit curia* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Llengua, Dret, Journal of Language and Law*, nº64.
- HEREDIA CERVANTES, Iván (2013), “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo II.
- HUALDE MANSO, Teresa (2012) “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante la gestación contratada”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº10.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier (2014), “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014/736)”, *Turis Tamtum. Revista Boliviana de Derecho*, nº18.
- LAMM, Eleonora (2011), “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*.
- LAMM, Eleonora (2012), “La necesidad de compensar a la gestante como la alternativa más justa y que no tiñe de comercial a la gestación por sustitución”, *Cuestión de Derechos*, nº3, Segundo semestre 2012. www.cuestiondederechos.org.ar
- LAMM, Eleonora (2013), *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona.

- LÓPEZ GUZMÁN, José y APARISI MIRALLES, Ángela (2012), “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, 2012/2.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María (1997), “Cláusulas judiciales y desarrollo judicial del Derecho”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat (2012), “Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI” *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, nº29, Enero-Junio 2012.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel y JIMÉNEZ BLANCO, Pilar (2014) “Libertad e igualdad ¿maternidad?. La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea” *Revista Española de Derecho Europeo*.
- SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, Jorge (2014), “La maternidad subrogada: Una prohibición donde confluyen el Derecho sanitario y el Derecho Civil en la protección de la dignidad de la persona”, *Agathos: Atención socio-sanitaria y bienestar*, nº14.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. (2011), “El recurso a las madres de alquiler: A propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, *Diario La Ley*, nº7621, Sección Doctrina, 3 de mayo de 2011, Año XXXII, Ref. D-190.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. (2011), “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a los vientres del alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, Año XXXII.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. (2013), “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, nº 8162, Sección Doctrina. 3 de octubre de 2013.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. (2014), “De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014” *Diario La Ley*, nº 8309, Sección Doctrina, 13 de mayo de 2014, Ref. D-150.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. (2015), “A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8600, Sección Tribuna, 8 de septiembre 2015, Ref. D.321.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. (2017), “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales de Justicia: A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimiento derivados de convenio gestacional”, *Diario La Ley*, nº8927, Sección Doctrina, 22 de Febrero de 2017.