

Universidad de Almería.
Grado en Derecho

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O MATERNIDAD SUBROGADA

Natalia Barón Ruiz-Coello

Dirigido por Ramón Herrera Campos

14

**RÉGIMEN JURIDICO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O
MATERNIDAD SUBROGADA-**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	páginas 2-3
1. TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.	
1.1 Introducción.....	páginas 3-4
1.2 Concepto y Clases.....	páginas 4-6
1.3 Regulación. Ley 14/2006, de 26 de mayo y Ley 35/1988, de 22 de noviembre.....	páginas 6-7
2. MATERNIDAD SUBROGADA	
2.1 Concepto.....	páginas 7-9
2.2 Clases.....	páginas 9-11
2.3 Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada y del acuerdo que la establece.....	páginas 11-13
3. REGULACIÓN EN ESPAÑA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	
3.1 Prohibición en España de la maternidad por sustitución.La nulidad de pleno derecho.....	páginas 13-15
3.2 Filiación.....	páginas 15-16
3.3 Ausencia de sanción en la LTRHA.La adopción express como vía española de maternidad subrogada.....	páginas 16-17
3.4 Derecho comparado. Prohibición y admisión internacional.....	páginas 17-20
4 INSCRIPCIÓN EN ESPAÑA DE LOS HIJOS NACIDOS MEDIANTE MATERNIDAD SUBROGADA.	
4.1Regulación legal.....	páginas 20-23
4.2 Jurisprudencia. Tratamiento jurisprudencial.....	páginas 23-33
5 CONCLUSIONES.....	páginas 33-35
BIBLIOGRAFÍA.....	páginas 35-38

INTRODUCCIÓN.

La infertilidad es una situación de la naturaleza que, en ocasiones, puede remediarse. En la actualidad, los avances médicos y científicos permiten que todo tipo de matrimonios, parejas o personas individuales tengan la posibilidad de formar una familia. ¿Por qué excluir la maternidad subrogada como medio?

Existen diferentes técnicas de reproducción humana asistida que, gracias a su gran demanda, cada vez tienen mejor acogimiento en nuestra sociedad. Pero es cierto que también reciben duras críticas pues, como vamos a analizar, causan problemas y dudas éticas semejantes a los de la maternidad subrogada. Particularmente, se plantea el interrogante de si ¿pueden los niños ser tratados como producto de conveniencia? ¿Mediante cualquier método?

“Madre no hay más que una”, se ha dicho siempre, y siempre se ha pensado que era cierto. Pero al igual que abrimos nuestra mente y conciencia a las nuevas técnicas de reproducción humana y a los avances médicos, ¿no podemos concebir otras posibilidades en la maternidad? Posibilidades tales como que pueden existir dos madres, una que desea y concibe el hijo (madre biológica o genética) y otra que gesta y da a luz al niño (madre subrogada).

Jurídicamente, y concretamente en España, la maternidad subrogada es una figura que se niega y se prohíbe en nuestro país. Así se establece en el Artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de Mayo de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en lo sucesivo LTRHA). En España se considera nulo de pleno derecho cualquier contrato donde se convenga la gestación y la filiación de un menor. Así pues el Código Civil español es claro en determinar que la madre de un bebe es la que lo da a luz y no la que aporta el óvulo.

A continuación realizamos un estudio de las diversas técnicas de reproducción humana, así como del contenido de la gestación por sustitución o maternidad subrogada. Veremos los diferentes problemas que plantea esta figura en el ámbito jurídico español e internacional. Para ello analizaremos toda la legislación referente a estas técnicas, sobre todo en lo que se refiere a la inscripción en España de los hijos nacidos a través de las técnicas de gestación por sustitución, y comentaremos las diferentes resoluciones de

la Dirección General de Registro y Notariado. Y, por último, llevaremos a cabo un análisis jurisprudencial del reciente, y también famoso caso, donde se le deniega a un matrimonio homosexual la inscripción en Valencia de dos menores nacidos por gestación por sustitución.

En definitiva, la materia que en este proyecto vamos a abordar genera muchos interrogantes. Por ello es un tema que tiene tanto defensores como numerosos detractores. Se trata de una discusión entre los diferentes campos de la ética, biología, medicina, religión, ley y justicia, sociedad... Podemos quedarnos con algunos interrogantes como ¿existe un derecho a tener un hijo sin que incumba los medios para ello? ¿el fin justifica los medios? De estas y otras cuestiones nos ocuparemos en el presente proyecto, que espero clarifique y haga reflexionar sobre esta materia.

1. TÉCNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.

1.1 Introducción.

El nacimiento de un niño ya no es mera consecuencia de la reproducción humana, con su carácter natural y sus elementos imprescindibles como son la fertilidad del hombre y de la mujer.

Los grandes avances médicos y científicos nos llevan a una nueva era, en la cual el nacimiento de un bebé puede perder su carácter natural, para convertirse en un proceso de análisis de células seminales, comprobación de fertilidad o contar con exitosos médicos y anestesiastas.

Todo ello nos lleva a hablar de las técnicas de reproducción humana asistida.

¹“La reproducción humana puede estar proyectando en las técnicas de reproducción asistida su futuro; la esterilidad puede dejar de ser el único horizonte de aplicación de estas técnicas y pasar a un segundo plano. En la manipulación o alteración del genoma humano y en las posibilidades que ofrecen estas técnicas a ciertos colectivos de individuos, que reivindican su derecho a la reproducción, podemos hallar una, tal vez, inquietante ampliación del horizonte de aplicación de estas técnicas”.

¹PASCUCCI DE PONTO. Enrico “Algunas consideraciones en torno a las técnicas de la reproducción humana asistida” *“Saberes” Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, , Nº. 1, 2003.

Por ello es importante recordar y señalar que aunque la base fundamental de estas técnicas es la esterilidad humana, la evolución de ellas supone un desarrollo en la medicina, biología y sociedad, que a su vez nos lleva a un gran cambio en la moral y mentalidad de la humanidad.

Las técnicas de reproducción asistida son un derecho reconocido, ya que permiten la posibilidad de poder tener descendencia biológica propia. Existen diversos mecanismos para la reproducción asistida, los cuales al mismo tiempo plantean en el ámbito jurídico diversos interrogantes que no siempre se pueden resolver. La práctica de estas técnicas a veces es limitada, por cuestiones naturales, en cuanto que siempre es imprescindible la intervención de la mujer, y otras son socio-económicas.

1.2 Concepto y clases.

1.2.1 Inseminación artificial.

“Consiste básicamente en intentar la fecundación de la mujer por cauces distintos de la relación sexual, introduciendo el semen, previamente obtenido mediante masturbación, en el interior del aparato reproductor de la mujer (frecuentemente en el cuello del útero, aunque también en el fondo de la vagina o en el mismo útero)”².

“La inseminación artificial (IA) es un conjunto de técnicas que consisten en insertar esperma con un catéter en el interior del útero de una mujer. El semen se obtiene por masturbación de un varón, luego se analiza para valorar el número de espermatozoides, su movilidad y su morfología, y finalmente, se transfiere al útero de la mujer o se congela”.³

Esta técnica de producción humana asistida podríamos decir que es la más común, se desarrolla para dar solución a diversos problemas actuales en nuestra sociedad, como son la carencia de fertilidad en varones, el deseo de mujeres solteras de engendrar un hijo o las inquietudes de varones que se tengan que someter algún tipo de tratamiento que pueda afectar a su fertilidad, estos son solo algunos de los casos que promueven, sobre todo en España, esta técnica.

² HERRERA CAMPOS. Ramón. “Las técnicas de reproducción humana asistida” Apartado II Pag.17.

³ JUAN JEREZ. M. RODRIGUEZ. J.A “El cuerpo humano y las nuevas tecnologías médicas: hacia una redefinición del principio y el fin. *Reis Revista española de investigaciones sociológicas*, Nº 68 pag 175, 1994.

Por concretar un poco más hay que señalar que estamos ante dos tipos distintos de IA: Inseminación artificial homóloga y heteróloga.

- Inseminación artificial homóloga: es cuando la técnica de reproducción se lleva a cabo con el semen del marido o pareja de la mujer que va a ser fecundada.

- Inseminación artificial heteróloga: es cuando el semen utilizado para inseminar a una mujer, es semen procedente de un banco de semen. Se trata de varones anónimos que donan semen, tras pasar por diferentes y variadas pruebas médicas, y el semen se mantiene congelado un plazo de tiempo determinado.

1.2.3 La fecundación in vitro.

En 1978 nace Louise Brown, la primera niña que no había sido engendrada en el aparato reproductor de su madre sino en un laboratorio. La madre de esta niña inglesa padecía una obstrucción en las trompas de Falopio, lo cual impedía el encuentro entre el ovulo y el esperma. El gran avance se produjo gracias a conseguir un ovulo maduro, el cual fue fecundado in vitro en un laboratorio. El embrión se introdujo rápidamente en el útero de su madre por lo que Louise fue únicamente “niña-probeta” en las aproximadamente 60 horas de su desarrollo.⁴

- “La fecundación in vitro (FIV) es un conjunto de técnicas con las que se pretende sustituir la función que ejercen las trompas de las mujeres. El procedimiento consiste en conocer el preciso instante en el que la mujer está ovulando. Cuando los óvulos están casi maduros los médicos los extraen de los ovarios mediante una intervención quirúrgica. Los óvulos se mantienen en un medio de cultivo donde se incuban durante unas horas hasta que están suficientemente maduros para ser fecundados.”⁵
- “Es la puesta en contacto de los ovocitos con los espermatozoides, para que se realice en el laboratorio el proceso de fecundación. El número de espermatozoides, que se ponen en contacto con los óvulos, es del orden de unas

⁴ “Sobre los aspectos científicos de la FIV”, Cf. GAFO, J, *Nuevas Técnicas de reproducción humana*, Universidad pontificia de Comillas, Madrid, 1986.

⁵ JUAN JEREZ. M. RODRIGUEZ. J.A “El cuerpo humano y las nuevas tecnologías médicas: hacia una redefinición del principio y el fin. *Reis Revista española de investigaciones sociológicas*, Nº 68 pag 175, 1994.

decenas de millares. Una vez conseguida la fecundación, el cigoto comienza a dividirse.”⁶

1.3 Regulación.

Ahora conviene hablar de la regulación legal que tienen estas Técnicas de Reproducción Humana asistida y para ello debemos mencionar dos leyes fundamentales, la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

En la década de los 70 la aparición de las técnicas de reproducción asistida supuso nuevas soluciones al problema de la esterilidad. La utilidad de estas técnicas generó la necesidad de abordar su regulación. En España se aprueba la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Dicha Ley supuso un gran avance científico y clínico, además de intentar frenar y corregir los efectos de la esterilidad. Esta Ley sufrió una modificación por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre. “Dicha Ley autorizó la utilización, con fines de investigación, de los preembriones criopreservados con anterioridad a su entrada en vigor -noviembre de 2003-. Además se establecía la limitación de producir un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, lo que dificultaba la práctica de las técnicas de reproducción asistida, al impedir poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer, que era el principal objetivo de la Ley modificada”.⁷

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, enumeraba mediante una lista cerrada, las posibilidades técnicas del momento fijando los límites legales de actuación respecto a ellas, de este modo las nuevas técnicas surgidas por los avances científicos carecen de regulación expresa en la norma, y nos encontramos con un vacío jurídico. La Ley 14/2006 realiza una enumeración de las técnicas mucho más abierta y diversificada que, según la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día.

Pero sin duda esta Ley nos proporciona un amplio desarrollo en el campo de la resolución de problemas de la esterilidad de ahí que las técnicas de reproducción

⁶ HERRERA CAMPOS. Ramón. “Las técnicas de reproducción humana asistida” Apartado II Pag. 25

⁷ “Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”. “Exposición de motivos, I y II”. Publicado en: «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006, (10 págs.) Sección: I. Disposiciones generales, Departamento: Jefatura del Estado.

asistida tengan esa gran acogida y evolución en su utilización y aplicación. Así como mencionar la aportación que realizan en el diagnóstico para prevención de enfermedades genéticas. La práctica de las técnicas de reproducción humana asistida se ha desarrollado mucho en España, tanto por los avances científicos como por la demanda que suponen por lo que también supone un gran desarrollo en el ámbito privado. Por lo tanto los poderes públicos deben buscar el equilibrio entre quienes demandan estas técnicas y quienes las aplican, proporcionando información clara y accesible. De todo ello se encarga la nueva Ley estableciendo mecanismos de información y registros para el desarrollo de estas técnicas. Por ello nos encontramos con los Registros de donantes y preembriones y el Registro de actividad de los centros de reproducción.

Por supuesto la presente Ley establece un régimen de infracciones y sanciones, donde regulan las conductas prohibidas y se les asignan las correspondientes sanciones.

“Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley.1. Esta Ley tiene por objeto:

a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.

b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley.

c) La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.

2. A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

3. Se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos”.⁸

⁸ “Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”. «BOE» núm.126, de 27 de mayo de 2006, Sec: I. Disposiciones generales.

2 MATERNIDAD SUBROGADA.

2.1 Concepto.

Es importante situarnos haciendo mención a la época en la que nos encontramos donde el progreso técnico, los avances médicos y la globalización de la tecnología nos lleva a nuevas situaciones en el marco de la familia, de la maternidad y de la filiación.

Sobre todo gracias a los grandísimos avances en el ámbito de las técnicas de reproducción humana asistida nos podemos permitir hablar de figuras como la maternidad subrogada.

El catedrático en derecho civil Ramón Herrera nos proporciona ya en el año 1991 un concepto de maternidad subrogada situado desde la inseminación artificial la cual trata de la introducción en los órganos genitales de la mujer de semen del hombre con la finalidad de que quede fecundada. Existen diversas y numerosas causas por las que en ocasiones estas técnicas no son productivas, ya sea por esterilidad de la mujer u otra dificultad, es en estos casos cuando aparece la figura de la maternidad subrogada: “una mujer extraña al matrimonio o pareja, es inseminada con el semen del esposo de la mujer que “encarga” el niño como condición cuando nazca el niño se entrega al marido (padre biológico) y a su esposa. Estamos ante la figura de maternidad subrogada, sustituida, suplencia en la gestación, alquiler o cesión de útero.”⁹

Avanzando en el tiempo llegamos hasta un concepto de 2011, a través de la “Instrucción de Octubre de 2010”, nos llega esta definición de maternidad subrogada: “reproducción asistida en el que la mujer (por contrato, cuya naturaleza en caso de estar tipificado sería de arrendamiento de servicios) acepta gestar y entregar el producto de esa gestación estableciendo un vínculo jurídico de filiación con el neonato”.¹⁰

“La madre subrogada es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar la criatura y darlo a luz. Una vez nazca la criatura la madre subrogada renuncia a la custodia en favor del padre biológico, y además, termina con sus derechos filiatóricos

⁹ HERRERA.CAMPOS.R “La inseminación artificial. Aspectos doctrinales y la regulación legal española” . Capitulo II, pag 61, Granada 1991.

¹⁰ “La insostenible legalización de la maternidad subrogada” LA LEY 4893/2011, la Instrucción de Octubre de 2010. 2011.

sobre ella, para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada lo adopte”. Así lo explica la escritora Rosa Adela Leonseguí Guillot.¹¹

Tras mencionar algunos de los conceptos que definen esta figura de la maternidad subrogada habría señalar que esta figura es conocida con diferentes nombres “maternidad subrogada”, “madres de alquiler”, “madres portadoras”, “madres suplentes”, “madres gestantes”, “vientres de alquiler”... y así un sinnúmero de conceptos que hacen referencia a esta materia.¹²

Pero lo que si me gustaría dejar claro son los diferentes sujetos que podemos encontrar en esta figura. Por ello debemos decir que independientemente de los perfiles que le da cada autor a esta figura, “una madre subrogada o portadora” es aquella mujer a la que se le implanta un embrión en su útero, se encargará de su gestación hasta el nacimiento, en cuyo momento entregará la criatura que nazca en beneficio de otra mujer o pareja. Aquí es donde entran los diferentes sujetos, ya que es posible que se lleven a cabo algunas combinaciones. Y todo ello dependerá del material genético, si la madre gestante aporta sus óvulos, o por el contrario son aportados por la madre que encarga y desea esa criatura. O incluso podría darse un tercer caso, en el que una tercera mujer, ni la gestante ni la que encarga, aporta sus óvulos.¹³

2.2 Clases de maternidad subrogada.

A raíz de lo indicado anteriormente debemos señalar las diferentes clases que existen dentro de esta figura. Como ya he mencionado se pueden dar tres situaciones al respecto, y por supuesto todo dependerá de las circunstancias y hechos de cada pareja, familia o mujer.

1) Maternidad subrogada tradicional.

Se supone que es proceso más simple o sencillo. En este caso la madre portadora es inseminada con el semen del futuro padre. La madre gestante aporta tanto su útero como sus óvulos. De modo que el bebé que gestará llevará su material genético. Será tanto madre biológica como gestante. Con el nacimiento

¹¹ LEONSEGUI GUILLOT, R.A “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo” *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, N° 7, pág. 321, 1994.

¹² VELA SÁNCHEZ, A. J., «La gestión de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler», *Diario LA LEY*, núm. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, año XXXII, Editorial LA LEY.

¹³ LEONSEGUI GUILLOT, R.A “La maternidad portadora...” Op. Cit 11

del bebé, éste será entregado a su padre biológico (que aportó el semen) y a la madre que lo desea y que pasará a ser madre legal por adopción.

Hay que señalar que esta clase tiene muchas perfilaciones, ya que como anteriormente señalaba, todo va a depender de las circunstancias en las que se encuentren las personas.

Puede que el hombre que aporta el material genético para la fecundación sea el marido de la mujer que desea el hijo, puede que simplemente sea su pareja y no estén casados. O quizás la madre que desea ser madre legal recurre a un banco de donación de esperma.

2) Maternidad subrogada gestacional.

En este supuesto la mujer en cuyo útero se implanta el embrión, es contratada solo como gestante. Es decir que solo aporta su útero para gestar al bebé sin aportar sus óvulos.

En este caso encontramos varios supuestos posibles:

- a) Que el material genético, óvulo y esperma, provengan de personas cedentes de ese material y no de los “contratantes” del bebé, ni tampoco de la “madre gestante”.
- b) Que el óvulo pertenezca a una “cedente” y el esperma al esposo o pareja de la mujer “contratante”.
- c) Que el semen pertenezca a un “cedente” y el óvulo a la mujer “contratante”.
- d) Que el material genético, tanto semen como óvulo pertenezca al matrimonio o pareja “contratante”.

En este último supuesto estaríamos ante una fecundación del material genético de los futuros padres legales del bebé. Por lo tanto la pareja contratante aporta los gametos y una mujer extraña a la pareja (madre portadora) aporta únicamente la gestación en su útero. Tras el nacimiento la mujer gestante renuncia al bebé y lo entrega a la pareja solicitante. Que pasarían a ser los padres biológicos y legales.¹⁴

Este caso es muy común en parejas en las que la mujer sufre algún problema de salud que le impide el embarazo, como puede ser una malformación del útero por ejemplo. En

¹⁴ JIMÉNEZ, M.E Y RIESENBERG, G “La maternidad subrogada. Una realidad. Conflictos y Prácticas”. *Revista de derecho de familia y de las personas*, N°. 1, 2013, págs. 155-161. Pág. 2.

ese caso se procede a fecundar los óvulos de mujer y del marido o pareja mediante la técnica de fecundación in vitro y el embrión se implanta en el útero de la mujer gestante. Aquí surgen por lo tanto ese choque de derechos y contraposición de intereses, porque nos encontramos en una situación delicada donde hay una madre que aporta su genética y una madre gestante que realiza el embarazo y parto.

Y en último lugar hacer referencia a un tercer supuesto posible. Cabe la posibilidad que nos encontremos con una “madre gestante” que alquila su útero y lleva a cabo el embarazo, una “madre de encargo” que desea y solicita al bebe y pretende ser su madre legal y una “madre cedente” que es aquella mujer que cede sus óvulos para que sean fecundados.

Haciendo una mera referencia a la situación personal de la madre portadora, debemos decir que puede darse sea cual sea su situación legal, es decir soltera, casada, divorciada, viuda etc. pero si es cierto que en los casos en los que la mujer que acepta ser “madre portadora” está casada puede conllevar alguna complicación o duda por si se atribuye la paternidad a su cónyuge.

Es importante recordar que las clases señaladas anteriormente en España es como si hablásemos de un juego de ficción, ya que la maternidad por sustitución está prohibida y por lo tanto no regulada legalmente. En esta práctica si estaríamos ante un caso posible, y es que si el marido aporta su material genético, por conveniencia del menor ese hombre será el padre del niño aunque se haya llevado a cabo esa práctica así se regula en el art 116 del Código Civil.

2.3 Naturaleza Jurídica de la maternidad subrogada y del acuerdo que lo establece.

Lo primero que hay que señalar es que estamos ante una figura dudosa y criticada, la maternidad subrogada no tiene una aceptación general y por supuesto produce críticas y conflictos en diferentes ámbitos.

En el ámbito jurídico podemos señalar la Resolución (A-2-372/88) de 16 de Marzo de 1989 donde el Parlamento Europeo en el artículo 11 de esta Resolución prohíbe y declara como punible toda forma de maternidad que fuese bajo comisión o con mediación comercial.

Teniendo en cuenta que la maternidad subrogada es una figura prohibida en una gran cantidad de países, pero que a su vez tiene una demanda cada vez mayor y sobre todo una realidad y practica en nuestros días, es algo difícil establecer su naturaleza jurídica.

Pero si podemos realizar un análisis sobre la naturaleza jurídica del acuerdo de gestación por encargo.¹⁵

Lo primero que debemos saber es si este acuerdo por el cual se establece la maternidad subrogada entra dentro del concepto de contrato. Si nos vamos a la concepción más amplia del contrato como documento dirigido a crear, modificar o extinguir relaciones obligatorias y a constituir derechos reales y relaciones familiares, en ese caso no hay duda de que podemos considerar el pacto de gestación por encargo como un pacto de naturaleza contractual.

De esta naturaleza jurídica del contrato de maternidad subrogada podemos contemplarlo desde una triple perspectiva:

- a) Como acto constitutivo. Haciendo referencia al contrato de inseminación, aquí también encontraríamos otros pactos o contratos referentes a los médicos o profesionales intervinientes en la técnica. En este contrato de inseminación intervienen el utero de la mujer sustituta, el material genético aportado, el embrión, etc.
- b) Como objeto de derechos disponibles. En este contrato hablaríamos de disponer de una parte del cuerpo de una mujer, que pertenece a un derecho personalísimo, y lo que se pretende es negociar con esa parte del cuerpo.
- c) Como relación jurídica derivada. Este tipo de contrato podría producir claramente una relación jurídica entre los sujetos intervinientes si el ordenamiento Jurídico no lo prohibiese.

Para el autor LacruzBerdejo, el contrato puede clasificarse de diversos modos:

1. Uno sería de arrendamiento de obra o de servicio que estaría presente entre el médico, la pareja y la madre portadora.

¹⁵ TORRALDA ERRUZ, M., «El contrato de gestación por sustitución», en LLEDÓ YAGÜE, F., y otros: «Tema 19. Las acciones de Filiación», LLEDÓ YAGÜE, F., y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (dir.), MONJE BALSAMEDA, O. (coord.), Los 25 temas más frecuentes de la vida práctica del Derecho de Familia, Tomo I, Parte sustantiva, Dykinson, Madrid, 2011.

2. Otro un contrato atípico referente a la relación entre la madre de gestación y la pareja destinataria de la criatura.

3. Y por ultimo un contrato de arrendamiento de servicio entre el médico y el hospital.¹⁶

Una vez señaladas las diferentes posibilidades, sin entrar en la ilicitud o no de la figura de la maternidad subrogada, si tuviéramos que señalar la clasificación más adecuada a esta figura sería dentro del contrato de arrendamiento de obra o de servicio. Claro está que no entra dentro de todos los requisitos que presenta este tipo de contrato, más bien encontramos diversas singularidades, entre ellas que al médico nunca se le podría pedir responsabilidad por no conseguir la finalidad, y por supuesto recordar que se trata de la utilización del cuerpo de una mujer y lo que se pretende es la entrega de un bebé.

Este contrato presenta tantas posibilidades, puede ser oneroso, gratuito, con colaboración de terceros, carácter mixto, etc. hace que resulte dificultoso encasillarlo entre las figuras contractuales. Tras realizar esta aproximación al tipo de contrato que sería el pacto de gestación por sustitución. Pero siempre teniendo presente que este tipo de acuerdo no puede producir ningún efecto, ya que estamos hablando del cuerpo humano, el cual se encuentra fuera del comercio.

La nulidad del contrato lo es en virtud de su objeto, pues la capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima, constituyendo una res extra commercium (art. 1.271 C.c). Además, constituiría un servicio que iría contra las leyes, la moral o las buenas costumbres, siendo la causa del contrato ilícita por ir contra la moral (art. 1.285 del C.c).¹⁷

3. REGULACIÓN EN ESPAÑA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

3.1 Prohibición en España de la maternidad por sustitución. La nulidad de pleno derecho.

En España lo referente a la regulación de la maternidad subrogada lo encontramos en la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su artículo 10 establece textualmente:

¹⁶ LACRUZ BERDEJO: “Informe Sobre la Fecundación Artificial y Otros Extremos Semejantes”. 1985. Pág. 11

¹⁷ LEONSEGUI GUILLOT, RA “La maternidad portadora, sustituta...” Op. Cit 11

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

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.¹⁸

Por lo tanto se considera como nulo de pleno derecho cualquier contrato que establezca la gestación de un bebe, ya medie precio o no. Así como queda muy claro el principio que rige en el ordenamiento español que es que el hecho del parto es el que determina la maternidad, por lo tanto la madre que da a luz es la madre tanto biológica como legal.

Las consecuencias de la nulidad de pleno derecho que regula nuestro ordenamiento son que para la mujer gestante no estará obligada, ni a entregar la criatura, ni siquiera a una indemnización por no hacerlo. Pero la cuestión más conflictiva es que si la madre gestante entregó el hijo, si ésta puede reclamarlo. Aquí entra en juego las posibilidades respecto a la filiación, esta materia la trataremos a continuación.

Analizando el tratamiento jurídico que se le da en nuestro país a la maternidad subrogada vemos que solo se habla de nulidad del contrato que pretenda establecerla, contrato nulo por causa y por razón de su objeto. Pero en ningún momento se habla de una tipificación de sanción, no se prevé ninguna sanción para los sujetos que intervengan en este tipo de contrato.

Si es cierto que profundizando en el tema, aunque se carece de sanción, podríamos mencionar los tipos previsto en los arts. 220 y 221 del Código Penal. Exactamente el art 221.1 del C.P dice: “1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años”.¹⁹

¹⁸ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

¹⁹ Número 1 del artículo 221 redactado por el apartado septuagésimo tercero del artículo único de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 26 noviembre). Vigencia: 1 octubre 2004.

3.2 Filiación.

Diversos autores como son Castán Vázquez, Lacruz Berdejo e Higuera, consideran que la maternidad debe resolverse por la gestación y el parto, aunque exista un contrato por el cual la madre portadora renuncie a todos los derechos sobre el hijo. Como bien señalan estos autores la relación que se produce en el embarazo entre la madre gestante y el bebe es inconfundible, pero ahora bien, autores como Pantaleón hacen referencia al elemento genético como signo de identidad de la persona.

En mi opinión sería muy conveniente tener presente que existen diversas formas de llevar a cabo una maternidad subrogada, por lo que debemos diferenciar entre los casos; en los que el matrimonio que encarga aporta el material genético; y aquellos otros en que realmente la madre subrogada aporta tanto útero como como óvulos.²⁰

Por lo tanto como ya hemos indicado es importantísimo diferenciar entre maternidad subrogada clásica o gestacional. En una maternidad subrogada clásica, donde la madre sustituta aporta el material genético además de realizar la gestación, pueden surgir diversos conflictos. Como hemos dicho el contrato de maternidad subrogada es nulo por lo tanto, llegado el momento de alumbramiento puede que la madre que da a luz se niegue a entregar al niño a la pareja que lo encargo, o incluso que una vez entregado a tal pareja desee saber de su estado, se arrepienta, reclame al hijo, etc. son diferentes conflictos posibles. Y en la maternidad subrogada gestacional el tema se complica aún más, ya que estamos ante diversos sujetos, en los que todos ellos consideran tener derechos, este caso es en el que la pareja aporta el material genético, donde como señalaba antes pueden surgir una infinidad de problemas a la hora de determinar la verdadera maternidad.

En mi opinión el problema fundamental radica en determinar a quien se le proporcionan los derechos de la maternidad ¿a la gestante o a la aporte el material genético?

Lo que ocurre es que los avances en la medicina y los estudios genéticos cada vez nos dejan saber con más precisión que este tipo de relaciones, antiguamente jamás se hubiese podido imaginar la posibilidad de parir a un hijo que no fuera genéticamente de

²⁰ LLEDÓ YAGÜE: «Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana», en la Ley de 18 de abril de 1985.

esa madre. Todos estos avances por un lado nos permiten dar solución a algunas cuestiones pero por otro lado complican mucho otras.

Como consecuencia de la falta de regularización de esta figura, estamos ante una situación de inseguridad jurídica, sobre todo respecto a esos hijos, independientemente de lo ilícito de la situación o de los derechos o no de esos padre, creo que debería primar el interés del menor.

Por ello encontramos alguna prácticas jurídicas que en virtud del interés del menor, en el Auto del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Pozuelo de Alarcón de 28 de junio de 2012, donde concedieron la inscripción de una niño nacido mediante maternidad subrogada. El auto concede el exequátur a una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de California de 28 de febrero de 2010, que reconoce la filiación de un menor a favor de una mujer española que encargo mediante una clínica estadounidense de maternidad subrogada, dicho bebe, para satisfacer su deseo de ser madre.²¹

El autor L. Bonillo Gallardo manifestó en el Diario la Ley su alegría por este tipo de sentencias, ya que a pesar de la prohibición de la maternidad por sustitución; , “en nuestros juzgados y tribunales se esté comenzando a homologar las sentencias extranjeras relativas a la filiación de menores que han sido concebidos utilizando las técnicas de maternidad por subrogación, en atención a que, según los tribunales, lo que realmente debe primar en estos supuestos es el favor filli, o interés superior del menor”²²

3.3La ausencia de sanción en la LTRHA. La *adopción express* como vía española de maternidad subrogada.

Como señalaba anteriormente en nuestro ordenamiento jurídico carecemos de una sanción que tipifique como delito la maternidad subrogada, y s interesante señalar la vía con la que nos encontramos en el Derecho español que permite legalizar la maternidad subrogada, se trata de una excepción al principio general, hablamos de la figura de la *adopción express*, viene regulada en el art. 176 del Código Civil. Para explicar este caso debemos situarnos, un hombre casado que tenga un hijo con una mujer que no sea su esposa, pero la mujer tras dar a luz, presta su consentimiento a la adopción de la criatura

²¹ Tomado del nº 8104 del Diario La Ley, de 13 de junio de 2013.

²² BONILLO GALLARDO,L Diario La Ley, nº 8070, Sección Tribuna, 25 de abril de 2013

por parte de la esposa del padre biológico, vía que establece concretamente el art 176.2.2.2º C.c.²³

Realmente en este supuesto no podemos hablar de maternidad subrogada puramente dicha, ya que no hay ningún contrato de por medio.

3.4 Derecho comparado. Prohibición y admisión internacional.

La “maternidad subrogada” o también el muy conocido “madres de alquiler” es una realidad social internacional, es decir, es una práctica común en desarrollo gracias a los avances científicos y médicos en las técnicas de reproducción asistida y sobre todo en el auge de las nuevos modelos familiares que demandan estas técnicas.

Lo que ocurre es que esta figura de la maternidad subrogada como ya venimos comentando en infinidad de ocasiones es acogida y demandada al igual que criticada, por lo que su regulación jurídica es difícil o nula. Veamos algunos ejemplos:

- Los casos de Francia y España son ejemplos de prohibición de la maternidad subrogada.

En Francia el Comité Consultatif National d'Ethique establecen su Opinión núm. 3 del 23 de Octubre de 1984, que no se manifiesta a favor de la gestación por sustitución ya que considera que ésta puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas. Reitera en la opinión núm. 90 del 24 de noviembre de 2005 sobre “Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación” así como en su opinión núm. 110, de mayo de 2010, sobre “Problemes ethiques soulevés par la gestation pour autrui (gpa)”, donde afirma que la gestación por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos provocando una inseguridad para el niño, para los padres, para la madre portadora y para cuantos intervienen en estas operaciones.

En España ya hemos señalado anteriormente como se niega y se prohíbe en el Artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de Mayo de LTRHA, cualquier contrato donde se convenga la gestación y la filiación de un menor. Y el Código Civil español establece la filiación de la madre mediante el parto y no por la aportación del óvulo.

²³ Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. Publicado en: «BOE» núm. 275, de 17 de noviembre de 1987, Sección: I. Disposiciones generales, Departamento: Jefatura del Estado.

- Reino Unido, como país que admite esta figura bajo ciertos requisitos y condiciones.

En Reino Unido, el informe WARNOCK regula la aprobación de la Surrogacy Arrangements Act para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (1985), esta normativa prohíbe iniciar, ofertar o negociar con un acuerdo de maternidad de subrogación. Pero en Gran Bretaña la gestación por sustitución gratuita o sin precio no se reputa ilegal. En otras palabras, se prohíbe la práctica comercial de la gestación por sustitución, prohibiendo el contrato y penalizando la actividad comercial (intermediarios y publicidad), pero se admite la gestación por sustitución a título benévolo y sin intermediarios. En cuanto a la filiación se determina con el parto, por lo tanto se considera a la madre que da luz como madre legal. Pero permiten que tras pasado un plazo (aproximadamente 6 semanas)²⁴ se pueda entregar a los padres que lo desean y lo han encargado, siempre y cuando previamente haya sido solicitado ante los tribunales, y bajo las condiciones que exige la ley, en ese caso el juez inglés podría establecer la filiación del bebé respecto de los padres que lo desean, mediante una *parental order*.²⁵

En los Estados Unidos no existe una legislación unitaria en esta materia. De los proyectos legislativos existentes, cinco pretenden su prohibición (Alabama, Illinois, Iowa, Maryland y Wisconsin) y otros siete intentan vetar únicamente la llevada a cabo de modo comercial (Florida, Kentucky, Michigan, New Jersey, New York, Oregon y Pensilvania). En el caso de EE.UU nos centraremos en hablar del Estado de California, ya que se trata de un territorio donde se concentra la oferta de este mercado de ámbito global, ya que se unen los desarrollos y avances científicos con un marco legal muy favorable a esta figura, es decir en este estado hay una clara admisión de la maternidad subrogada.

Es por todo esto que actualmente una gran cantidad de parejas españolas contratan en el extranjero (mayormente en California) a estas “madres de alquiler”, y lo hacen regulados por las leyes de esos territorios, que les son favorables y así piden a las autoridades la expedición de certificados de nacimiento para posteriormente inscribirlos en España. Lo que ocurre es que todo esto nos está llevando a lo que ha sido bautizado

²⁴ QUIÑONES ESCÁMEZ (2009, p. 32).

²⁵ “La ley de fecundación y embriología humana” (Human Fertilisation and Embryology Act, (2008)

como “turismoreproductivo”²⁶, se trata del desplazamiento que realiza una persona o pareja desde su país de origen hasta otro país del extranjero en busca de las Técnicas de Reproducción Asistida, en muchos casos, de la maternidad por sustitución y concretamente por sus leyes favorables. El “turismo reproductivo” es un tema preocupante, en primer lugar porque solo las personas que económicamente pueden permitírselo acceden a estas opciones; por otro lado es muy difícil conseguir un control en la calidad o la seguridad de los servicios, por lo que pueden correr riesgos tanto las madres como los niños, y todo ello aumenta el riesgo de la explotación a mujeres que viven en países en desarrollo.

“Una empresa estadounidense, ofrece mujeres dispuestas a alquilar su vientre para gestar un bebé a través de un catálogo en Internet al cual se puede acceder durante 30 días previo pago de 25 dólares (unos 20 euros). ¿Cómo se procede? Se elige a la gestante (consultando el catálogo en Internet), luego la pareja viaja a Estados Unidos para establecer las condiciones del contrato y firmarlo, pagan entre 80.000 y 90.000 euros y vuelven a España y esperan hasta que la mujer se ponga de parto”.²⁷

Y porque no, también mencionar que una parte de la “fama” que han cogido esta técnica o esta figura de manera tan internacional, se debe en cierta parte a que grandes figuras del espectáculo contribuyen a normalizar esta forma de familia, de maternidad. Por supuesto la difusión se debe a los medios de comunicación, que se encargan de presentar la maternidad subrogada, que llevan a cabo actores, cantantes u otros famosos, como una vía de acceso más a la maternidad y a la formación de una familia.²⁸

Esta realidad social que se está desarrollando en España da lugar a casos como; una oferta especializada por parte de un bufete de abogados que proporciona asesoramiento jurídico sobre la realización de maternidad subrogada en EE.UU.

Tras analizar brevemente lo señalado anteriormente, creo que está muy claro que nos encontramos ante una figura globalizada, no regularizada y si practicada. Es por ello que en el apartado siguiente voy a hacer referencia tanto a la alternativa que ha tenido

²⁶ LAMM, E “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho”, *Revista para el Análisis del Derecho*, , N°. 3, 2012, pág 22.

²⁷ FUENTES TOMÁS, P, “La familia in vitro: filiación en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida”. (Ley 14/2006, de 26 mayo) (Procuradora de los tribunales) *“Revista de Jurisprudencia”*, número 1, el 2 de febrero de 2012.

²⁸ CERDÁ SUBIRACHS, J “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN.” *Abogados de Familia*, N° 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre de 2011, Editorial LA LEY

que adoptar el legislador español al respecto como a señalar un caso real y actual relacionado con la materia.

4 INSCRIPCIÓN EN ESPAÑA DE LOS HIJOS NACIDOS MEDIANTE MATERNIDAD SUBROGADA.

4.1 Regulación legal.

Como consecuencia de la prohibición de la legislación española, (nulidad de pleno derecho de los contratos de maternidad subrogada, establecida por el art 10 de la LTRHA). Muchos ciudadanos españoles han optado por recurrir a otros ordenamientos que admiten la posibilidad de “madres de alquiler”, de esa forma pueden contratar en el extranjero con mujeres contratos de maternidad subrogada, y de esa forma convertirse en padres de un niño nacido a través de un “vientre de alquiler”, para posteriormente solicitar la inscripción en el Registro Civil español de la filiación a su favor.

Para atender a la regulación sobre la inscripción de menores debemos acudir a la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil. En el Artículo primero de la presente Ley se establece que en el Registro Civil serán inscritos los hechos referentes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la Ley, por lo tanto su objeto lo forman entre otros: El nacimiento, la filiación., el nombre y apellidos, la nacionalidad y vecindad, la patria potestad, tutela y demás representaciones que señala la Ley, etc. En su Artículo segundo señala como el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos. Y el Artículo quince, dice textualmente:

“En el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros.

En todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el derecho español.”²⁹

Una vez señalados estos puntos haremos referencia a la materia que nos incumbe, como hemos señalado anteriormente, en España, la gestación por sustitución está prohibida y es nulo todo acuerdo o pacto que pretenda la maternidad subrogada, (art. 10, Ley 14/2006, de 26 de mayo, LTRHA), es cuando entra en juego la Instrucción de la

²⁹ “Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil.” Publicado en: «BOE» núm. 151, de 10/06/1957. Entrada en vigor: 01/01/1959 Departamento: Jefatura del Estado.

Dirección General de los Registros y del Notariado sobre “régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, de 5 de octubre de 2010 (BOE, de 7 de julio de 2010), la cual permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución en los países cuya normativa la permita y siempre que al menos uno de los progenitores sea español. Es decir, permite el acceso al registro de los casos “extranjeros”.

La filiación de maternidad de los hijos nacidos por maternidad subrogada se determina por el parto. En cuanto a la paternidad, queda a salvo la posibilidad de reclamar por parte del padre biológico, conforme a las reglas generales. Esta posibilidad se trata de atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica, por los medios que establece nuestra legislación, permitiendo la inscripción del menor en el Registro Civil. El artículo 10.3 de la Ley 14/2006, LTRHA, permite esta acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico así como la filiación paterna. Estas acciones son las generales de determinaciones legales de la filiación, establecidas en los artículos 764 y siguientes de la LEC, tendrán competencia los Tribunales españoles, como regula el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En la Resolución del 8 de febrero de 2009 es donde se regula y ordena por primera vez la inscripción en el Registro Civil de un nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, esta Resolución utiliza con maestría las mejores técnicas del Derecho internacional privado, pero la inscripción registral practicada en ejecución de la Resolución de 8 de Febrero de 2009 fue recurrida en sede judicial.

Así pues el objetivo primordial es la plena protección jurídica del interés superior del menor, aunque también están presentes otros intereses propios de los supuestos de maternidad subrogada. Para salvaguardar el interés superior del menor debemos hacer referencia a tres pilares fundamentales; en primer lugar, contar con los instrumentos necesarios de acceso a al Registro Civil español para determinar la filiación cuando uno de los progenitores tenga la nacionalidad española, para contar con los efectos registrales de reconocimiento por su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral debe contar con todas las garantías que establece nuestra legislación, para que no haya posibilidad de que se dote de apariencia legal supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, no puede haber vulneración del derecho del menor a conocer su origen biológico, (el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los

Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999).

Es por ello que se establecen criterios que van a determinar las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida. Se establecen dos directrices fundamentales respecto de este procedimiento:

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

2. En caso de aplicación de un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera será objeto de exequátur según el procedimiento regulado en la LEC. Para la inscripción del nacimiento deberá presentarse en el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial del procedimiento de exequátur.

3. 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. Constatando: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera. b) Que el Tribunal de origen base su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los de la legislación española. c) Garantía de los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se produzca vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. Verificando que el consentimiento de la madre sustituta se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos son irrevocables.

Segunda. –No 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.³⁰

El planteamiento que contemplamos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN surge a raíz de la inscripción de los menores nacidos por maternidad subrogada en California, en este Estado queda determinada la filiación de estos menores mediante certificación registral extranjera, pero el conflicto surge a raíz de la inscripción en el Registro Civil español, aunque se supone que a efectos prácticos los certificados emitidos por la autoridades de California son directamente inscribibles, el caso que más adelante vamos a detallar hace que cambie el procedimiento de inscripción.

Pero antes hacer referencia al punto de vista que nos señalan algunos autores como MARTA ALBERT MARQUEZ³¹ que considera que la nueva regulación registral tiene muchas posibilidades de significar una legalización en nuestro ordenamiento jurídico de la gestación de sustitución realizada en aquellos países donde ésta es legal. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO realiza una apreciación, respecto del régimen establecido por el auto de la DGRN de 2009, de que esta regulación supone la posibilidad de un fraude de Ley: “La puerta está abierta para defraudar la prohibición del art. 10 de la Ley 14/2006”. Estos autores nos plantean “¿Cómo seguir manteniendo la nulidad de pleno derecho de un contrato que, de celebrarse fuera de España, podría surtir plenos efectos en nuestro ordenamiento jurídico?”

4.2 Jurisprudencia. Tratamiento jurisprudencial.

El supuesto que vamos a plantear se refiere a un caso con gran difusión gracias a los medios de comunicación, los cuales siempre están alerta, y los cuales se han encargado de comentar este caso desde diferentes perspectivas. Pues bien a continuación vamos a señalar la perspectiva jurídica y jurisprudencial del caso.

³⁰ Información obtenida directamente de la “Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”. «BOE» núm. 243, de 7 de octubre de 2010, Sección: I. Disposiciones generales Departamento: Ministerio de Justicia.

³¹ ALBERT MARQUEZ, M “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil” Universidad Rey Juan Carlos de Madrid Diario La Ley, Nº 7863, Sección Doctrina, 22 May. 2012, Año XXXIII, Ref. D-209, Editorial LA LEY

Se trata de un matrimonio de varones españoles, Luis y Fernando casados y con domicilio en Valencia, ellos solicitan la inscripción en el Registro Consular español en California del nacimiento de dos niños recién nacidos (Alejandro y Diego), mediante la técnica de gestación por sustitución en California y que se determine a su favor la filiación de los menores. El matrimonio aporta en el tiempo y la forma correspondiente, la certificación registral extranjera del nacimiento de los menores en el condado de San Diego, donde se constata la inscripción del nacimiento y la determinación de la filiación a favor de ellos. La autoridad administrativa del Registro de California (The California Office of Vital Records), es quien se encarga de emitir estas certificaciones registrales, previamente a la emisión, deben tener a su favor una resolución judicial que establezca tal filiación. Es decir que, según esta resolución ya no aparece la madre que da luz al bebé en los certificados de nacimiento, sino los padres varones a los que se le ha concedido la filiación.

Estamos ante un caso de maternidad subrogada de inseminación heteróloga, en el que la pareja que solicita está formada por dos varones, ambos donan su material genético para fecundar los óvulos de la madre gestante.

El conflicto comienza cuando el canciller encargado del Registro Civil consular en su Auto de 10 de noviembre de 2008 deniega la inscripción de los menores solicitada por el matrimonio valenciano, ya que los niños eran consecuencia de una gestación por sustitución, figura prohibida en el artículo 10 LTRHA, donde se señala la prohibición de la celebración de contrato de maternidad subrogada en España. Con fecha 25 de noviembre de 2008, el matrimonio recurre este Auto ante la Dirección de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN).

La pretensión de los recurrentes es estimada por la DGRN bajo la Resolución de 18 de febrero de 2009 donde se concede la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de los bebés y su filiación a favor del matrimonio de varones.

El fundamento de esta Resolución de la DGRN se basa en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, que establece que “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las Leyes o a los Tratados internacionales”.

El Encargado del Registro civil consular debe realizar un control formal de legalidad de la decisión registral extranjera en forma de certificación registral, pero no está entre sus competencias valorar si el contenido de ésta es adecuado o no al derecho de nuestro ordenamiento jurídico.

Además la Dirección general opina que si en España está permitida la filiación adoptiva a favor de parejas de varones como no vamos a dar la misma solución en el caso de hijos naturales.³²

-Jurisprudencia concreta.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010.

La Resolución de 18 de Febrero de 2009 fue recurrida por el Ministerio Fiscal, el procedimiento dio lugar a la presente Sentencia, donde en el fallo se revoca la decisión de la DGRN. El Juez considera que debe ser de aplicación lo establecido en el artículo 23 de la LRC en lugar de los artículos. 81 y 83 del RRC alegados por la Dirección General.

El Art 23 de la LRC dice textualmente: “Las inscripciones podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”. Por lo que entendemos que el Registrador si estaría obligado a realizar control del contenido de la certificación extranjera, para que no resulte contrario con la Ley española, por ello en este caso no se puede realizar la inscripción ya que se trata de un caso que contradice lo establecido en art. 10 1 LTRHA. Como dice en la sentencia “el encargado debería verificar que realmente ambos solicitantes son los padres de los menores, cuya inscripción se pretende, lo que no es ni puede serlo a efectos materiales, pues biológicamente resulta imposible”.³³

³² JIMENEZ MARTINEZ, M.V “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución: problemas actuales”. Anuario de la Facultad de Derecho, N°. 5, 2012, págs. 370-373

³³ “Sentencia Juzgado de Primera Instancia N°. 15 de Valencia, Sentencia de 15 Sep. 2010”, proc. 188/2010 Diario La Ley, N° 7526, Sección La Sentencia del día, 13 Dic. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY.

El Juez determina la nulidad de este contrato de maternidad subrogada por las consecuencias que se producen tras el parto, distintas respecto de la madre gestante y que suponen o pretenden la filiación del bebé recién nacido.

En la sentencia se hace referencia también al principio de no disponibilidad del estado civil de las personas, este principio perdería su aplicación si se permite la modificación de las normas que determinan tanto el nacimiento como la filiación legal del menor, y que en el caso de España viene determinada por el parto.³⁴

Como conclusión de la presente sentencia, resulta algo chocante la posibilidad que ofrecen a este matrimonio de varones, hablan de alcanzar un resultando que a la vez se le niega, claro está que a lo que se refiere el Juez es que debe realizarse esta filiación dentro de los mecanismos de nuestro ordenamiento jurídico. Este caso se debería proceder a una adopción por parte del varón que fuese el padre genético de los menores, de este modo aplicando el apartado 3 del art 10 de la LTRHA, el padre biológico tiene derecho a reclamar su paternidad y el cónyuge puede llevar a cabo la adopción de los menores. Eso sí, siempre que la madre gestante, madre legal según el ordenamiento español, consienta este procedimiento de adopción.³⁵

A raíz de la publicación de esta sentencia en Primera Instancia, los fundamentos jurídicos indicados en la misma llevaron a la DGR crear la Instrucción de 5 de Octubre de 2010, anteriormente señalada, que supuso una profunda modificación en este tipo de supuestos de inscripción.

- La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de Noviembre de 2011.

La Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, se pronuncia respecto al recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010, la cual dejó sin efecto la inscripción de nacimiento ordenada por la DGRN en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de los dos menores, nacidos

³⁴ VERDA Y BEAMONTE, JR “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (A propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)” *Diario La Ley*, N.º 7501, Año XXXI, 3 Nov. 2010, Ref. D-334, Editorial LA LEY

³⁵ JIMENEZ MARTINEZ, M.V “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución: problemas actuales”. María Victoria Jiménez Martínez Anuario de la Facultad de Derecho, N.º. 5, 2012.

el día 24 de octubre de 2008 y cuya filiación fue atribuida a los demandados, por lo que se acordó la cancelación de la inscripción en el Registro.³⁶

La Audiencia Provincial en la sentencia de 23 de noviembre de 2011 (Sentencia nº 826/2011, de 23 de noviembre, JUR/2011/420142), desestima el recurso interpuesto por el matrimonio homosexual. La Audiencia se basa en diferentes motivos:

En primer lugar, estamos ante la aplicación del principio de jerarquía normativa (art 9.3 de la Constitución Española), y según este principio debe prevalecer el art 23 de la LRC sobre los arts. 81 y 83 del RRC. Al igual que en la Sentencia de Primera Instancia, hace referencia a que el canciller del Registro debe realizar un control de legalidad de la certificación extranjera, antes de realizar su inscripción. Queda demostrado que los certificados de nacimiento que fueron expedidos en San Diego, California, los demandados aparecen como padres de los menores recién nacidos a través de un contrato de maternidad subrogada.

En lo que se refiere a esto así se señala literalmente en la Sentencia “Encontramos por lo tanto en el texto de la ley un impedimento para la inscripción de la filiación certificada por los funcionarios estadounidenses, consistente en su contrariedad a la legalidad española, y en concreto al artículo 10 de la ley 14/2.006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, que como se ha dicho, declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución; ni el artículo 85 del Reglamento del Registro Civil (“Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española”.

En segundo lugar, el matrimonio recurrente alega ante el tribunal el tema del reconocimiento de las decisiones extranjeras, en este caso el Registro Civil español impide también esta inscripción porque la certificación de nacimiento registral expedida por las autoridades de California supone una infracción del orden público internacional español (art 954 de la LEC), este orden público se basa en principios relativos a que no se puede tener como objeto del comercio de los hombres a una persona humana.

³⁶ La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de Noviembre de 2011

En tercer lugar, los recurrentes alegan la existencia de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual establece: "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". Así como "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: entre otros requisitos b) 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".³⁷

Sobre lo mencionado anteriormente, la Audiencia considera que a pesar de que dicha certificación extranjera ha sido expedida junto con una previa resolución judicial, tal resolución judicial no consta en el procedimiento, ni tampoco la identidad de la madre gestante, por lo que no sería posible en ningún caso inscribir la filiación en el Registro Civil en España.

El Tribunal también hace referencia a la falta de vinculación entre el matrimonio homosexual y el Estado de California que ha dictado la decisión, las autoridades californianas establecen la filiación de los menores, nacidos por maternidad subrogada aplicando sus normas de conflicto y no las españolas.³⁸

En cuarto lugar, los recurrentes alegan que se ha infringido el principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo, de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución española, a lo que el Tribunal fundamenta: "la inscripción en el Registro de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres, mientras que no se permite la inscripción a favor de dos hombres, pues las parejas de dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación: de modo que no puede considerarse

³⁷ "Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución".

³⁸ VELA SANCHEZ, A. "De nuevo sobre la regulación del Convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España (A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011)". *Diario La Ley*, N.º 7815, Año XXXIII, 9 de Marzo de 2012, Ref. D-112, Editorial LA LEY LA LEY Derecho de familia, 5 de Febrero de 2014, Editorial LA LEY

discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual; por otro lado, en el supuesto de que una pareja de mujeres acudiera a la gestación por sustitución también le sería aplicable la prohibición, de modo que la misma no implica una discriminación por razón de sexo, sino que se fundamenta en la modalidad utilizada para la procreación de los menores, que la ley española considera nula”.

Y en quinto y último lugar, la Audiencia establece que es cierto que toda resolución que afecte a los menores de edad debe tener como base primordial el principio del interés del menor reconocido pero la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse mediante la infracción de la ley, y sobre todo cuando la propia ley española ofrece cauces legales para la inscripción de los menores a favor de la filiación de los demandados, se trataría de la posibilidad de adopción que en la anterior sentencia también se hizo referencia. Además establecen “tal como alega el Ministerio Fiscal en su oposición al recurso de apelación, la sentencia recurrida no atenta contra el derecho a la identidad única de los menores, pues éstos tienen la que resulta de la certificación californiana que será la que publique el Registro Civil español si acceden a él de acuerdo con la ley. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que citan los recurrentes no tiene por objeto supuestos de gestación por sustitución”.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

Tras la sentencia que acabamos de comentar de la Audiencia Provincial de Valencia, el matrimonio homosexual valenciano realiza Recurso de Casación interpuesto ante el Tribunal Supremo donde fundamenta, como único motivo, ³⁹“la Infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989”. Entendemos pues que los recurrentes se basan en tres motivos fundamentales: El primero que no se les permite la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los menores nacidos en California por tratarse de una filiación a favor de dos varones lo que resulta discriminatorio. En segundo lugar, que si privan de la filiación a su favor a los menores, estaríamos ante una vulneración del interés del menor. Por lo que los recurrentes alegan que ellos son los mejores padres por naturaleza que los menores podrían tener, ya que la mujer que los dio a luz, simplemente cumplió con su parte del contrato de gestación

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 2014, Tribunal Supremo Sala 1ª, S 6-2-2014,

por sustitución. En tercer lugar, invocan el derecho a una identidad única del menor que se debe estar por encima de fronteras estatales. Y por último que el reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradecía el orden público internacional español.

Ante este recurso presentado por el matrimonio valenciano, el Tribunal Supremo resuelve, de tal modo que el voto mayoritario de los Magistrados se basa en la desestimación del recurso por tres cuestiones: 1)El acceso al Registro de la certificación expedida por la autoridad administrativa de California; 2)El concepto de orden público; 3)El interés superior del menor.

La parte recurrente solicitó, ante el canciller encargado del Registro Consular, la inscripción del nacimiento conforme a las certificaciones expedidas por las autoridades en California. Así que los recurrentes se basaron en este certificado extranjero, que según establecen los artículos 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil, pueden motivar el asiento registral, en relación a estos preceptos la sentencia considera que "el control en que consiste este reconocimiento se extiende a que la certificación del Registro extranjero sea regular y auténtica, de modo que el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española". Esto supone el control material del contenido del certificado expedido que se pretende inscribir, lo que justifica que el encargado del Registro Civil debe realizar un control del asiento objeto de la certificación, lo que puede llevar a denegar la inscripción en el Registro cuando el mismo sea contrario al orden público internacional español. Tal control se refiere a si vulnera o no el orden público español, en la sentencia se refieren a "el respeto al orden público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan". Pero aparte de este orden público entendido como el conjunto de derechos humanos, también realiza el control como propiamente ordenamiento jurídico español, donde se descubre que estamos ante un certificado contrario al art 10 LTRHA, donde se prohíbe la gestación por sustitución.

En la sentencia también se realiza un profundo examen para ver si hay o no discriminación, por entender que se deniega el asiento por ser a favor de una matrimonio formado por personas del mismo sexo. A lo que el Tribunal determina que

no existe tal discriminación por tratarse de una pareja homosexual, sino que tal negativa a la inscripción es por tratarse de un caso de gestación por sustitución, la cual esta prohibida en España.

Y en lo que se refiere al “interés superior del menor”, los magistrados intentan estudiar cuidadosamente que no se haya producido su vulneración, la sentencia deja claro que estamos ante un concepto jurídico indeterminado y sin unanimidad al respecto, por lo que no puede invocarse este interés superior del menor para aceptar cualquier situación jurídica que, a su vez pueda resultar contraria al derecho español. El ponente enmarca este principio, pero también hace referencia a otros principios como el de respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, y refiere que determinar la filiación mediante una forma que vulnera la legislación española también supone un perjuicio para el menor. Por lo que se refieren así en la sentencia” realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico”.

En la fundamentación jurídica de la sentencia el ponente requiere al Fiscal: “procede instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar "de facto"”. Así pues aunque el Tribunal Supremo desestima el recurso, permite al Ministerio Fiscal la posibilidad de utilizar otros medios para determinar la filiación de los menores nacidos por gestación por sustitución.⁴⁰

Y por último resaltar de la sentencia el voto particular emitido por el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, al que se adhirieron los Magistrados D. José Ramón Ferrandiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol.⁴¹

En este voto habla sobre el reconocimiento de la certificación emitida por las autoridades californianas que determinan la filiación de los recurrentes, según el magistrado no es de aplicación el art 10 de la LTRHA, ya que no se está valorando tal

⁴⁰ CASADO ROMÁN, J “La inscripción de la gestación por sustitución realizada en el extranjero: Comentarios a la STS 835/2013” 11.03.2014 Publicado en EL DERECHO.

⁴¹ SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014” Abogado. Doctor en Derecho. Mediador civil y mercantil. Diario La Ley, Nº 8293, Sección Tribuna, 15 Abr. 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY

filiación porque ya ha sido determinada por una autoridad extranjera, en este caso California. Por lo que no debemos confundir el reconocimiento de una resolución administrativa extranjera válida en su país, con el reconocimiento de un contrato de maternidad subrogada contrario a nuestras leyes.

El Magistrado Sr. Seijas considera que no se produce una mercantilización de la filiación por haberse realizado mediante la gestación por sustitución, nitampoco estamos ante la vulneración de la dignidad de la mujer o del niño, ya que existe un acuerdo libre y voluntario entre los contratantes en la gestación por sustitución que establece tales consecuencias, por lo que no se vulneraría el interés del menor.

Y por último este voto se refiere a la vulneración del orden público internacional, diciendo que no puede generalizarse tal vulneración, debiendo ser atendido caso por caso, y no establecerlo como forma preventiva. Este voto concluye diciendo “cierto es que este interés superior no impide que se produzcan situaciones como la descrita en la sentencia en un supuesto de acciones de impugnación de filiación, ni impide que los padres puedan desaparecer de la vida de los menores, física o jurídicamente. Ocurre que el interés en abstracto no basta y que, como se ha dicho, en feliz expresión, "no hay orden público si en el caso se contrariaría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada””.

Por lo tanto como conclusiones del voto particular formulado en la presente sentencia, de la nueva Ley 20/2001, de 21 de julio, del Registro Civil e, incluso, del contenido de la propia sentencia analizada, podemos decir que existe, una pequeña esperanza de admisión en la actual doctrina jurisprudencia y sí nos encontramos con la posibilidad de una mejora en el marco jurídico de amparo de los sujetos implicados en estas controversias.⁴²

Para terminar señalar las dos posibles soluciones que podemos recoger del contenido de la presente sentencia. Y es que si alguno de los recurrentes resulta ser el progenitor biológico de los menores, como establece el art. 10.3 LTRHA, podría ejercitar la acción de reclamación de la paternidad y la determinación de la filiación jurídica respecto de los menores, pudiendo así inscribirla en el Registro Civil español. El otro cónyuge, en

⁴² VELA SÁNCHEZ.J “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014” Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad Pablo de Olavide (Sevilla) Diario La Ley, N° 8279, Sección Doctrina, 26 Mar. 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY LA LEY 1264/2014

tal caso, deberá acudir a la institución jurídica de la adopción, convirtiéndose en padre adoptivo, como regula el art. 176.2.º.2.ª CC, sin que sea necesario la propuesta de la entidad pública competente ni declaración de idoneidad del adoptante. Si resuelta que ninguno de los cónyuges recurrentes es progenitor biológico, sólo nos quedarías como posibles soluciones; el acogimiento familiar o la adopción, esto permitiría legalizar la situación, y conforme a la STS de 6 de febrero de 2014, dichos padres de facto deberían ser preferentes en el desenvolvimiento de tales instituciones jurídicas.⁴³

CONCLUSIONES.

Como hemos tenido oportunidad de exponer a lo largo de este trabajo, el tema que nos ocupa es delicado y difícil, en el que influyen demasiados factores. En la “maternidad subrogada” o en la “gestación por sustitución”, como prefiramos llamarlo, entran en juego diferentes intereses; por un lado, tenemos a los médicos y científicos, que buscan el bienestar y la mejora de nuestra calidad de vida, de manera que esta figura supone para ellos un gran paso en el campo de las técnicas de la reproducción asistida, por lo que podemos decir que son (en su mayoría defensores de esta figura). Luego está la Iglesia Católica, manifiestamente contraria a esta técnica de la maternidad subrogada, puesto que la considera una afrenta a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana, así como una falta grave contra las obligaciones del amor materno, etc. Por otra parte, conviene señalar la controversia jurídica formulada alrededor de este fenómeno de la maternidad subrogada.

En efecto, la maternidad subrogada se presenta en nuestro panorama actual como un nueva forma de modelo familiar, una alternativa en la filiación, irrumpiendo en nuestra sociedad como una gran posibilidad de acceder a ser padre o madre de un bebe recién nacido.

El principio “mater semper certa est” parecía ser inmutable; la madre que daba a luz, era la única posible en ser la verdadera madre. Pues bien hoy en día, como hemos visto, esta circunstancia ha cambiado y los avances científicos y genéticos nos permiten introducir un embrión con material genético de una pareja en el útero de una tercera mujer, por lo que aunque solo hay una madre que da a luz, también existe una madre que aporta el óvulo, y con ello el material genético que desarrolla el embrión.

⁴³ PARRÓN CAMBERO, MJ “Ventre de alquiler: mater sempercertaest, patersemperincertuses” *Diario La Ley*, N.º 8269, Año XXXV, 12 Mar. 2014, Ref. D-80, Editorial LA LEY

En este tema es importante destacar, asimismo, el interés superior del menor como principio fundamental que rige la argumentación jurídica. Por otro lado, entre las muchas críticas que se le pueden hacer a esta figura, de carácter social, personal, emocional, también está presente el componente económico, ya que solo las personas más pudientes económicamente podrán acceder a esta técnica y otras técnicas de reproducción asistida, para llegar a ser padre.

Entre otras muchas cosas, creo que este tema también lo intenta atajar la Instrucción de 5 de octubre de 2010 realizada por la DGRN. La aparición de esta Instrucción se produce a raíz de la Sentencia del Juzgado núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, que deniega la inscripción de la filiación a favor de un matrimonio homosexual, del nacimiento en California, de dos gemelos nacidos mediante maternidad subrogada. En esta sentencia aunque se mantienen contrarios a la Resolución de DGRN, denegando tal inscripción en el Registro civil español, por ir en contra del art 10 de LTRHA. Esta sentencia resuelve el problema relativo a la inscripción registral de los niños, regularizando su situación, manteniendo la legalidad e impidiendo el fraude de Ley que supondría la violación al art. 10 de la Ley 14/2006.

La Sala Primera del Tribunal Supremo resuelve también, a través de la Sentencia de 6 de febrero de 2014, un caso de gestación por sustitución o maternidad subrogada, también conocido comúnmente como vientre de alquiler. Se confirma la decisión adoptada en Primera instancia, de forma unánime, de denegar la inscripción registral, pero no fue tan unánime el fallo de la sentencia en el TS, ya que el voto particular fue firmado por cuatro de los nueve magistrados que formaban la Sala. Esta Sentencia nos permite contemplar dos posturas enfrentadas, que aun teniendo en común muchos puntos, que nos permiten entrever dos tipos de jueces, unos sometidos al imperio de la ley y la tradición, y otros tipos de jueces que, con grandes argumentos jurídicos y siempre sometidos también a este imperio, nos muestran su perspectiva desde el entendimiento de la justicia como la resolución de casos concretos, debiendo utilizar todos los medios jurídicos que estén a su alcance para conseguir dar una solución inmediata y lo más acertada posible al problema planteado.

Considero que sería un gran debate plantearse como podría ser el régimen jurídico de la gestación por sustitución dentro y fuera de nuestras fronteras. Poder explicar así a nuestra sociedad que ocurrirá con los niños nacidos mediante contrato de maternidad

subrogada en el extranjero, y que será de la vigencia de la Ley que hoy día la prohíbe (Ley 14/2006).

BIBLIOGRAFÍA.

- **ALBERT MARQUEZ, M** “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil” Universidad Rey Juan Carlos de Madrid Diario La Ley, N° 7863, Sección Doctrina, 22 May. 2012, Año XXXIII, Ref. D-209, Editorial LA LEY
- **BONILLO GALLARDO,L** Diario La Ley, n° 8070, Sección Tribuna, 25 de abril de 2013.
- **CASADO ROMÁN, J** “La inscripción de la gestación por sustitución realizada en el extranjero: Comentarios a la STS 835/2013” 11.03.2014 Publicado en EL DERECHO.
- **CERDÁ SUBIRACHS,J** “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN.” Abogados de Familia, N° 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre de 2011, Editorial LA LEY.
- FUENTES TOMÁS, P,** “La familia in vitro: filiación en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida”. (Ley 14/2006, de 26 mayo) (Procuradora de los tribunales) "Revista de Jurisprudencia", número 1, el 2 de febrero de 2012.
- **GAFO, J.** ”Sobre los aspectos científicos de la FIV”, Nuevas Técnicas de reproducción humana, Universidad pontificia de Comillas, Madrid,1986.
- **HERRERA CAMPOS. Ramón.** “Las técnicas de reproducción humana asistida”.
- **HERRERA.CAMPOS.R** “La inseminación artificial. Aspectos doctrinales y la regulación legal española”. Granada 1991.
- **JEREZ. M.J RODRIGUEZ. J.A** “El cuerpo humano y las nuevas tecnologías médicas: hacia una redefinición del principio y el fin. Reis Revista española de

investigaciones sociológicas, N° 68, 1994. ASCUCCI DE PONTO. Enrico, N° 1, 2003.

- JIMENEZ MARTINEZ, M.V “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución: problemas actuales”. Anuario de la Facultad de Derecho, N° 5, 2012.

- LAMM, E “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho”, Revista para el Análisis del Derecho, , N° 3, 2012.

-“La insostenible legalización de la maternidad subrogada” LA LEY 4893/2011, la Instrucción de Octubre de 2010. 2011.

-“La ley de fecundación y embriología humana” (Human Fertilisation and Embryology Act, (2008).

- LEONSEGUI GUILLOT, R.A “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo” Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, N° 7, 1994.

-LLEDÓ YAGÜE: «Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana», en la Ley de 18 de abril de 1985.

- PARRÓN CAMBERO, MJ “Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus” Diario La Ley, N.º 8269, Año XXXV, 12 Mar. 2014, Ref. D-80, Editorial LA LEY

-PASCUCCI DE PONTO. Enrico “Algunas consideraciones en torno a las técnicas de la reproducción humana asistida” “Saberes” Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales, N° 1, 2003.

-QUIÑONES ESCÁMEZ (2009, p. 32).

-SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014” Abogado. Doctor en Derecho. Mediador civil y mercantil. Diario La Ley, N° 8293, Sección Tribuna, 15 Abr. 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY

-TORRALDA ERRUZ, M., «El contrato de gestación por sustitución», en LLEDÓ YAGÜE, F., y otros: «Tema 19. Las acciones de Filiación», LLEDÓ YAGÜE, F., y

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (dir.), MONJE BALSAMEDA, O. (coord.), Los 25 temas más frecuentes de la vida práctica del Derecho de Familia, Tomo I, Parte sustantiva, Dykinson, Madrid, 2011.

-VELA SANCHEZ,J.A. “De nuevo sobre la regulación del Convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España (A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011)”. Diario La Ley, N.º 7815, Año XXXIII, 9 de Marzo de 2012, Ref. D-112, Editorial LA LEY LA LEY Derecho de familia, 5 de Febrero de 2014, Editorial LA LEY

- VELA SÁNCHEZ, A. J., «La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler», Diario LA LEY, núm. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, año XXXII, Editorial LA LEY.

- VELA SÁNCHEZ.J “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014” Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad Pablo de Olavide (Sevilla) Diario La Ley, N° 8279, Sección Doctrina, 26 Mar. 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY LA LEY 1264/2014

- VERDA Y BEAMONTE, JR “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (A propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)” Diario La Ley, N.º 7501, Año XXXI, 3 Nov. 2010, Ref. D-334, Editorial LA LEY

➤ **Legislación y Jurisprudencia.**

-“Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”. «BOE» núm. 243, de 7 de octubre de 2010, Sección: I. Disposiciones generales Departamento: Ministerio de Justicia.

-“Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”. “Exposición de motivos, I y II”. Publicado en: «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006,(10 págs.) Sección: I. Disposiciones generales, Departamento: Jefatura del Estado.

- **“Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción”. Publicado en: «BOE» núm. 275, de 17 de noviembre de 1987, Sección: I. Disposiciones generales, Departamento: Jefatura del Estado.**
- **“Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil.” Publicado en: «BOE» núm. 151, de 10/06/1957. Entrada en vigor: 01/01/1959 Departamento: Jefatura del Estado.**
- **L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, Número 1 del artículo 221 redactado por el apartado septuagésimo tercero del artículo único del Código Penal («B.O.E.» 26 noviembre).**
- **“Sentencia Juzgado de Primera Instancia N.º. 15 de Valencia, Sentencia de 15 Sep. 2010”, proc. 188/2010 Diario La Ley, N.º 7526, Sección La Sentencia del día, 13 Dic. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY.**
- **La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de Noviembre de 2011.**
- **Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 2014, Tribunal Supremo Sala 1ª, S 6-2-2014.**