

UNIVERSIDAD DE ALMERIA



Facultad de Derecho – Grado en Derecho –

Trabajo Fin de Grado – Convocatoria septiembre 2019

LA RENUNCIA A LA MATERNIDAD EN EL MOMENTO DEL PARTO

THE RENUNCIATION OF MOTHERHOOD AT THE MOMENT OF BIRTH

Resumen: La situación de la mujer que no quiere, o no puede, o se siente presionada en mayor o menor medida por la sociedad para no tener un hijo, es un problema que siempre ha estado presente en la historia de la humanidad, este trabajo pretende realizar un estado de la cuestión centrándose en determinados artículos de 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, que, a su vez, ha modificado algunos artículos, de la ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Y, concretamente, en la introducción de un inciso en el artículo 45.3, que casi pasa del soslayo, que dice lo siguiente: “en caso de renuncia al hijo en el momento del parto, la madre no tendrá esta obligación [promover la inscripción de nacimiento]”.

Abstract: The situation of women who does not want, or cannot, or feels pressured to a greater or lesser extent by society to not have a child, is a problem that has always been present in the history of humanity, this work It intends to conduct a state of the art study focusing on certain articles of Law 19/2015, of July 13, on Administrative Reform Measures in the area of the Administration of Justice and the Civil Registry, which, in turn, has modified some articles, of the law 20/2011, of July 21, of the Civil Registry. And, specifically, in the introduction of a subsection in article 45.3, which, almost in passing reads as follows: "in case of relinquishing the child at the time of birth, the mother will not have this obligation [to promote the registration of birth]"

AUTOR:

Francisco José Hernández Hernández

DIRECTOR:

Álvaro Núñez Iglesias

ÍNDICE

1. Introducción. El parto secreto a lo largo historia.	2
2. El parto secreto en el Derecho comparado.	4
3. 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: Estudio del deber de promover la inscripción del recién nacido, antes y después de su entrada en vigor.....	6
3.1 El supuesto contemplado en el artículo 44.4 párrafo II, ¿es un supuesto de renuncia a la maternidad?	10
3.2. El supuesto contemplado en el artículo 45.3, ¿es un supuesto de renuncia a la maternidad?	12
3.3. El alcance de la renuncia. ¿A qué se renuncia?.....	13
4. La renuncia a la maternidad y la gestación por sustitución.....	15
4.1. La renuncia en caso de contrato celebrado en España.	21
4.2. La renuncia en caso de contrato celebrado fuera de España.	24
5. Conclusiones	33
6. Bibliografía.	38

¿Puede una madre olvidar al hijo de sus entrañas?
Pues aunque ella se olvidare, yo no te olvidaré jamás.
(Isaías, 49,15)

1. Introducción. El parto secreto a lo largo historia.

La maternidad no deseada no es un tema nuevo. Desde la antigüedad siempre se han dado razones por las que una mujer no quería o no podía (socialmente) tener un hijo: principalmente, por no estar casada; por ilegitimidad de la unión conyugal, o por la extrema pobreza de la madre, que hacía imposible la crianza del niño. En España, esto ha dado lugar, incluso, hasta a un determinado apellido. Apellido o sobrenombre que se impuso durante siglos a los niños abandonados: Expósito¹.

Tal apellido significa “expuesto”, puesto fuera de la casa, en la calle, o en la puerta de una Iglesia o Convento. Una exposición que, lamentablemente, en la mayoría de los casos, terminaba con la muerte del recién nacido. La profesora de la Fuente Galán, del departamento de Historia Moderna y de América de la Universidad de Granada, hace un estudio de los niños expósitos de la Granada del siglo XVIII y escribe:

“Aquellas mujeres que el peso de la honra les obligó, primero, a ocultar sus embarazos con sabios y sorprendentes procedimientos que, lógicamente, acarrearón consecuencias nefastas para su salud y la del recién nacido; después, a encubrir a toda costa el momento mismo del nacimiento del hijo, pariendo en cualquier sitio, sin la ayuda de la matrona y en condiciones nunca apropiadas. Peor aún era el desenlace: la madre, una vez que había parido, se deshacía del niño y lo abandonaba en cualquier lugar oscuro, cuando no lo tiraba al río o la acequia más próxima. Este horroroso espectáculo sucede

¹ “Dicho de un recién nacido: Abandonado o expuesto, o confiado a un establecimiento benéfico” (Diccionario RAE).

en Granada, pero sus protagonistas no son sólo las mujeres de la ciudad; no olvidemos que una cifra nada desdeñable de estas mujeres venía del campo y de pueblecillos cercanos, con la mancha de la deshonra sutilmente escondida bajo las ropas, a parir a la capital para escapar a la reprobación de sus vecinos. El parto clandestino y el subsiguiente abandono en el campo o en el pueblo pequeño eran casi irrealizables pues todo se ve, todo se sabe y todos se conocen. En este sentido, la capital es un escenario perfecto que asegura el anonimato. En el año 1774, con la única pretensión de acabar con esta situación, las autoridades del Real Hospicio proponen la iniciativa de fundar un establecimiento que tenga el cometido de asistir de forma confidencial a las parturientas de Granada y de los pueblos vecinos que desean ocultar el nacimiento de sus hijos y deshacerse de ellos.”²

Llama la atención que, en el año 1774, las autoridades entiendan que sea importante mantener el anonimato de la madre para, en consecuencia, terminar con las muertes horribles de recién nacido; prestarles todos los servicios necesarios a las mujeres embarazadas para que no se vean abocadas a un alumbramiento en solitario, que prácticamente era una sentencia de muerte para la madre y para el niño. Es decir, las autoridades locales quedan horrorizadas ante la muerte de menores y buscan medios para evitarla. Se hicieron necesarias dos situaciones para proteger el bien jurídico de la vida de los menores:

- Mantener el anonimato de la madre, pues se consideraba importante que el embarazo y alumbramiento siguiera en secreto una vez nacido el niño y la madre hubiera abandonado el hospicio. De lo contrario, la mujer seguiría arriesgándose a dar a luz sola.
- Permitir a la madre desentenderse del recién nacido, el cual quedaba a cargo, por decirlo de algún modo, de la Administración de la época.

También da cuenta de este problema la profesora León Vegas, de la Universidad de Málaga:

“El varón podía negar e ignorar fácilmente el fruto de la práctica de relaciones sexuales prohibidas. Sin embargo, la madre soltera, la esposa adúltera o la desamparada viuda, debían ocultar su pecado hasta el momento del parto, si es que los usuales y agresivos métodos abortivos de la época permitían la gestación completa y el alumbramiento. Si

² DE LA FUENTE GALÁN, “Ilegitimidad y abandono en la granada el s.XVIII: un establecimiento para partos e hijos ilegítimos”, *Chronica Nova*, número 27 (2000), 9-21.

éste llegaba, las condiciones higiénicas o las simplemente espaciales, unidas a la soledad de la parturienta en un lugar apartado, escondido, donde nadie pudiera oír sus lamentos ni certificar el nacimiento, mermaban la esperanza de vida de las criaturas, de las cuales algunas lograban arrancar el llanto y milagrosamente salvar su frágil vida durante un incierto periodo de tiempo. Por desgracia, muchos infanticidios se sucedían poco después de llegar al mundo y un río, una acequia o un vertedero se convertían en las sepulturas de sus cuerpecillos”.³

* * *

Observando la situación de la mujer que no quiere, o no puede, o se siente presionada en mayor o menor medida por la sociedad para no tener un hijo, es un problema que siempre ha estado presente en la historia de la humanidad, este trabajo pretende realizar un estado de la cuestión centrándose en determinados artículos de 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, que, a su vez, ha modificado algunos artículos, que serán debidamente detallados, de la ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Nos centraremos, concretamente, en la introducción de un inciso en el artículo 45.3, que casi pasa de soslayo, que dice lo siguiente: “en caso de renuncia al hijo en el momento del parto, la madre no tendrá esta obligación [promover la inscripción de nacimiento]”.

2. El parto secreto en el Derecho comparado.

En Derecho francés existe la posibilidad, recogida en el artículo 326 del Código civil⁴, de que una madre no revele su identidad durante el parto. Este precepto se complementa con otro del Código de Acción Social y de las Familias, por el que se permite a la madre que da a luz de forma anónima revelar su identidad en un sobre cerrado⁵.

³ LEÓN VEGAS, Milagros, “Estudio sobre el abandono infantil en la Andalucía moderna: los expósitos en la inclusa antequerana”, *Revista de demografía histórica*, Número XXXIII (2015), 99-133.

⁴ “Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé.”

⁵ Art. L. 222-6, 1er alinéa: “Toute femme qui demande, lors de son accouchement, la préservation du secret de son admission et de son identité par un établissement de santé est informée des conséquences juridiques de cette demande et de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire. Elle est donc invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité. Elle est informée de la possibilité qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité et,

Se trata de una categoría jurídica conocida con el nombre de “accouchement sous X”, que fue introducida en el Código civil por la ley nº 93.22 de 8 de enero de 1993⁶. Como en todos los países, existía en Francia una antigua tradición de abandono organizado de los niños recién nacidos. Esta práctica, que permitía abandonar al recién nacido en el torno de un hospicio vino a humanizar el abandono del niño en cualquier parte y a disminuir los infanticidios y los abortos. La madre colocaba al niño allí y luego hacía sonar una campana.

El sistema de abandono en el torno fue abolido por una ley del 27 de junio de 1904 que introdujo el sistema de "oficina abierta" (abierta día y noche para dar a las mujeres la posibilidad de depositar secretamente a un niño sin revelar su identidad, al tiempo que se les informaba de las consecuencias del abandono y se les ofrecía ayuda).

La tradición de ayudar a la maternidad secreta llevó al gobierno de Vichy a adoptar el Decreto-Ley del 2 de septiembre de 1941 sobre la protección del parto. El gobierno de Vichy estaba preocupado por preservar la imagen de la familia y encubrir a los niños nacidos de una relación entre una mujer francesa y un soldado alemán. Por esto se estableció en un texto, firmado por el mariscal Pétain, la organización y logística del parto anónimo y la atención gratuita de las mujeres embarazadas durante el mes anterior y el mes posterior al parto en cualquier hospital público que pudiera prestarles la atención necesaria para su estado. Este texto, después de varias reformas, ha pasado al Código de Acción Social y de las Familias.

Este sistema, implica que el niño no podrá conocer la identidad de su madre biológica. Aunque son pocos los países que reconocen la posibilidad de que las madres den a luz sin comunicar su identidad en los términos del Derecho francés (hoy en día, Italia y Luxemburgo), la mayor parte de los Estados de Europa aceptan algún tipo de parto secreto.

qu'à défaut, son identité ne pourra être communiquée que dans les conditions prévues à l'article L. 147-6. Elle est également informée qu'elle peut à tout moment donner son identité sous pli fermé ou compléter les renseignements qu'elle a donnés au moment de la naissance. Les prénoms donnés à l'enfant et, le cas échéant, mention du fait qu'ils l'ont été par la mère, ainsi que le sexe de l'enfant et la date, le lieu et l'heure de sa naissance sont mentionnés à l'extérieur de ce pli. Ces formalités sont accomplies par les personnes visées à l'article L. 223-7 avisées sous la responsabilité du directeur de l'établissement de santé. A défaut, elles sont accomplies sous la responsabilité de ce directeur. [...]"

⁶ Para estas líneas sobre el Derecho francés: « Le droit à la connaissance de ses origines génétiques — Note de synthèse », Sénat, février 2000 (<https://www.senat.fr/lc/lc70/lc700.html>).

En Italia, en efecto, si el artículo 269 del Código Civil considera a la mujer que ha dado a luz a un niño como su madre, el artículo 250 le concede a la mujer la posibilidad de no reconocer a su hijo y de pedir al hospital que mantenga su anonimato durante el parto. Por su parte, el artículo 1 del *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile*, aprobado por Decreto nº 396 de 3 de noviembre de 2000, establece que, en la declaración de nacimiento en el Registro civil, se deberá respetar la “eventual voluntad de la madre a no ser mencionada”⁷.

Frente a este sistema, se sitúa el alemán. El BGB establece explícitamente la obligación de inscribir al recién nacido en la oficina del Registro; obligación que incumbe sucesivamente al padre y a la matrona, al médico y a cualquier persona que tenga conocimiento del nacimiento o a la madre tan pronto esté en condiciones de hacerlo. La violación de estas disposiciones se castiga con una multa. Sin embargo, en Alemania se ha instaurado un procedimiento heredero de la Edad Media, que permite la recepción anónima de los recién nacidos a través de la instalación de *Babyklappen* (cajas para bebés) instaladas exclusivamente en hospitales. Pero el sistema arroja una estadística desoladora: uno de cada dos niños así abandonados no sobrevive⁸

3. 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: Estudio del deber de promover la inscripción del recién nacido, antes y después de su entrada en vigor.

La ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil decía sobre la inscripción de nacimiento, antes de 2015, lo siguiente:

Art. 44. 1. Son inscribibles los nacimientos de las personas, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Código Civil.

2. La inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito.

⁷ Art. 30. “La dichiarazione di nascita e' resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volonta' della madre di non essere nominata.” (Mnisterio della Salute: <http://www.trovanorme.salute.gov.it>)

⁸ Assemblée Nationale, “Rapport sur l'accouchement dans le secret”, 10 noviembre 2010, p. 29 (<https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/114000057.pdf>).

3. La inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo. En defecto de éste, deberá aportarse la documentación acreditativa en los términos que reglamentariamente se determinen. El Encargado de la Oficina General o Consular, una vez recibida y examinada la documentación, practicará inmediatamente la inscripción de nacimiento. Tal inscripción determinará la apertura de un nuevo registro individual, al que se asignará un código personal en los términos previstos en el artículo 6 de la presente Ley.

4. No constará la filiación paterna en los casos en que se constate que la madre tiene vínculo matrimonial con persona distinta de la que figura en la declaración o sea de aplicación la presunción prevista en el artículo 116 del Código civil. En estos casos, se practicará la inscripción de nacimiento de forma inmediata y se procederá a la apertura de un expediente registral. En los casos de filiación adoptiva, se hará constar la resolución judicial que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringida previsto en la presente Ley.

5. Una vez practicada la inscripción, el Encargado expedirá certificación literal de la inscripción de nacimiento y la remitirá al domicilio señalado a tal fin por el declarante o declarantes.

La Ley 19/2015 ha modificado el contenido de los apartados 3 a 4 y también el apartado 5 (que pasa a ser el 9) de este artículo 44. Estas modificaciones han supuesto la instauración de la certificación médica electrónica a los efectos de la inscripción, tanto de los nacimientos como de las defunciones. Sin embargo, a nosotros nos interesa lo que dice el nuevo apartado 4 en primer párrafo:

La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o

comprobación reglamentaria, prevalecerá este último. La filiación paterna en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar: [...]

Respecto a la obligación de promover la inscripción de nacimiento, decía la Ley del Registro Civil antes de 2015:

Art.45. Están obligados a promover la inscripción de nacimiento:

- 1 ° La dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios.
- 2° El personal médico o sanitario que haya atendido el parto, cuando éste haya tenido lugar fuera de establecimiento sanitario.
- 3° El padre.
- 4° La madre.
- 5° El pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento al tiempo de producirse.

En este punto, el legislador de 2015 ha realizado lo que consideramos la reforma más profunda aunque, tal vez, más discreta del sistema de inscripción-filiación. En su Exposición de Motivos, la Ley 19/2015 dice “en el ámbito de la protección de la infancia, se establece la no obligatoriedad de la madre que renuncia a su hijo en el momento del parto a promover la inscripción de nacimiento, pasando esa obligación a la Entidad Pública correspondiente, sin que, en tal caso, el domicilio materno conste a los efectos estadísticos, evitando el consiguiente efecto de empadronamiento automático del menor en el domicilio de la madre que ha renunciado a su hijo.” Al lector, y posiblemente al intérprete, es posible que le cause sorpresa ver enlazados en un mismo párrafo los conceptos “protección de la infancia” y “renuncia a su hijo en el momento del parto”. No obstante, veamos lo que dice desde 2015 el nuevo artículo 45 de la Ley de Registro Civil:

Están obligados a promover la inscripción de nacimiento:

1. La dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios.
2. El personal médico o sanitario que haya atendido el parto, cuando éste haya tenido lugar fuera de establecimiento sanitario.
3. Los progenitores. No obstante, en caso de renuncia al hijo en el momento del parto, la madre no tendrá esta obligación, que será asumida por la Entidad Pública correspondiente.

4. El pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento al tiempo de producirse.

Menos importantes a los efectos de nuestro estudio son los nuevos artículos 46 y 47. Sí lo es el artículo 48, que, sin embargo, no ha sufrido modificación porque a él se refiere expresamente el artículo 44, antes citado.

Decía y sigue diciendo el artículo 48 de la Ley de Registro Civil:

1. Las entidades públicas de las Comunidades Autónomas competentes en materia de protección de menores deberán promover sin demora la inscripción de menores en situación de desamparo por abandono, sea o no conocida su filiación, así como la inscripción de la tutela administrativa que, en su caso, asuman, sin perjuicio de la anotación de la guarda que deban asumir.
2. El Ministerio Fiscal promoverá igualmente la inscripción de menores no inscritos.

Por último, también ha sido objeto de reforma, en su apartado 4, el artículo 49 de la Ley de Registro Civil. Este decía antes de la reforma solamente:

4. Constarán, además, y siempre que fuera posible, las siguientes circunstancias de los padres: nombre y apellidos, Documento nacional de identidad o Número de identificación de extranjero, lugar y fecha de nacimiento, estado, domicilio y nacionalidad, así como cualquier otro dato necesario para el cumplimiento del objeto del Registro Civil al que se refiere el artículo 2 de la presente Ley que se haya incluido en los modelos oficialmente aprobados.

A ese texto se ha añadido en 2015 un último punto que dice:

Si la madre hubiera renunciado a su hijo en el momento del parto el domicilio de la misma estará sujeto al régimen de publicidad restringida, y no figurará a efectos estadísticos.

Por tanto, hay dos textos que se refieren a la filiación materna, o mejor dicho, a su inexistencia jurídica, o, al menos, a su ineficacia como productora de derechos, y otros que los complementan. Los dos textos a los que nos referimos son el 44.4 y el 45.3. El primero porque dice que, salvo los supuestos del artículo 48 (menores abandonados), deberá constar en la inscripción la filiación materna, *aunque el acceso a la misma será*

restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. Por su parte, el segundo afirma que en caso de renuncia al hijo en el momento del parto, la madre no tendrá esta obligación (de inscribir el nacimiento).

3.1 El supuesto contemplado en el artículo 44.4 párrafo II, ¿es un supuesto de renuncia a la maternidad?

Lo primero que suscita nuestra atención es la expresión “renuncia a ejercer los derechos derivados de dicha filiación”, que contiene el apartado 4 del artículo 44, y hace que nos preguntemos si la misma supone o no una renuncia a la maternidad. A estos efectos conviene atender al iter legislativo de este precepto:

La propuesta de texto del artículo 44 (inscripción de nacimiento y filiación) del Proyecto de 2014, decía, en cuanto al apartado 4, lo siguiente:

4. La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento se hará constar necesariamente la filiación materna. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último.

Por lo tanto, no había referencia alguna a la restricción de la publicidad de la maternidad ni a la renuncia de derechos. Sin embargo, como ha señalado la profesora Gete-Alonso Calera, “se agrega al artículo 44.4 un segundo párrafo que introduce la facultad de la madre de solicitar la restricción de la publicidad de la maternidad, siempre bajo el presupuesto de que ésta siempre se fija (lo que nunca se discute). La adición obedeció a la admisión de la enmienda 97 del Grupo socialista que así lo proponía. Se argumentaba en ella que el derecho del hijo a tener conocimiento de la maternidad, al efecto de identificación, debía cohonestarse con el derecho de la madre de preservar su intimidad

y por tanto que se acogiera una publicidad restringida se justificaba en motivos fundados.”⁹

Pero no solo eso, “durante este periplo, probablemente para fundamentar la publicidad restringida de la maternidad, se agregó al apartado 4, la frase «y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación».”¹⁰

Por tanto, la renuncia a los derechos derivados de la filiación tiene como finalidad “preservar la intimidad” de la madre, la cual deberá solicitar, además, que se restrinja la publicidad de la inscripción. Pero preservar la intimidad y renunciar al ejercicio de derechos no es lo mismo que renunciar a la filiación o, lo que es lo mismo, a la maternidad. La Dirección General de los Registro y del Notariado, en una Instrucción reciente, de 14 de febrero de 2019, después de examinar el conjunto normativo compuesto por la Ley del Registro Civil y la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, con la cuestión que tratamos aquí, que están íntimamente relacionadas, dice:

“Del conjunto normativo anterior resulta que:

- a) En toda inscripción de nacimiento practicada en un Registro Civil español (salvo en los casos del artículo 48 de la Ley 20/2011) debe figurar la identidad de la madre del nacido;
- b) Que se considera madre legal a la mujer que ha dado a luz, pues la filiación materna se determina por el parto;
- c) Que a los efectos de determinar la identidad de la madre se emplearán “cualquiera de los medios admitidos el derecho” [...];
- d) No se considera válida la renuncia a la maternidad, sin perjuicio de la renuncia al ejercicio de los derechos derivados de la filiación.”

Claramente, para la DGRN la renuncia al ejercicio de derechos no es lo mismo que la renuncia a la maternidad. Ello, además, supone que, aunque la filiación quede inefectiva a efectos de ejercicio de derechos, el menor conservará un derecho: el de poder conocer su origen biológico, de conformidad con el artículo 7, número 1, de la Convención

⁹ GETE-ALONSO Y CALERA, Maria del Carmen, “La Inscripción de Nacimiento En La Ley 20/2011. Entre El Derecho a La Identidad de La Persona y La Reserva de La Maternidad,” *Revista de Derecho Civil* V, no. 1 (2018): 1–54.

¹⁰ *Ibid.*

sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y con el artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

Ya en el Reglamento del Registro Civil existía originariamente (es decir, desde 1959) un precepto, el artículo 167 que decía que “En el parte de nacimiento [...] constará con la precisión que la inscripción requiere [...] menciones de identidad de la madre, [...] menciones de identidad de persona que afirme los datos, la cual, con la madre, firmará el parte, salvo si esta no puede o se opone, circunstancia que también se hará contar. El parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad.” Pues bien, el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de septiembre de 1999, consideró que este precepto (anterior a la Constitución) había resultado inconstitucional sobrevenidamente porque “permitía a la madre ocultar la maternidad” y suponía que el hijo biológico “perdiera por completo el nexo que le permitiría conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes”, lo que se oponía frontalmente a diversos preceptos constitucionales¹¹.

3.2. El supuesto contemplado en el artículo 45.3, ¿es un supuesto de renuncia a la maternidad?

El apartado 3 del artículo 45 de la Ley de Registro Civil emplea explícitamente la expresión “renuncia al hijo en el momento del parto”. ¿Significa esto que la madre puede renunciar a la maternidad? ¿Es lo mismo renunciar al hijo que renunciar a la maternidad? ¿Es la maternidad renunciabile?

Dice Luis Muñoz, “interpretada literalmente la ley, si la madre pudiera renunciar a la maternidad aunque fuera sólo al parir, estaríamos ante una revolución –una auténtica voladura– del Derecho de Familia. Y ya puestos, ¿por qué sólo en el momento del parto y no también meses o años después?; y ¿por qué no puede asimismo el padre renunciar a su hijo aunque sea sólo también en el momento del parto, en pie de igualdad con la gestante?”¹².

¹¹ Esta doctrina ha sido acogida en las RRDGRN Centro Directivo en sus Resoluciones de 12 de julio, 24 de octubre de 2000 y 8 de noviembre de 2001,

¹² MUÑOZ DE DIOS SAEZ Luis F, “Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto”, *El Notario del siglo XXI*, Número 65, febrero (2016), pp. 48-51.

¿Ha querido el legislador “volar” el Derecho de familia? Pensamos que no. Si lo que dice el, posiblemente mal redactado, párrafo 3 del artículo 45 de la Ley del Registro Civil es que la madre puede renunciar a la maternidad, se estaría produciendo una verdadera antinomia en nuestro Derecho, ya que hay otros preceptos de nuestro ordenamiento jurídico que establecen lo contrario. En primer lugar, el artículo 180.1 del Código Civil, relativo a la adopción, que la define como irrevocable. Y, como dice el autor anteriormente citado, si “el adoptante no se puede echar atrás renunciando a su paternidad, ¿cómo va ser revocable la filiación por naturaleza? o, dado que la adopción tiende a imitar a la naturaleza, ¿ahora resulta que también los adoptantes podrán renunciar a sus hijos en algún momento?”¹³

Además, el Artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida dice claramente que “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero». Si no cabe la renuncia contractual, ¿por qué iba a caber la renuncia por declaración unilateral?

Pero no sólo eso, ¿cómo se puede conciliar la renuncia a la maternidad con el delito de abandono de familia del artículo 229 del CP? Ya vimos en el apartado anterior que “renuncia a los derechos derivados de la filiación” no supone abdicación de la maternidad y, en su caso, de posibles deberes. Tampoco esta “renuncia al hijo” puede suponer “renuncia a la maternidad”, aunque pueda parecer lo mismo. Entendemos, con Muñoz de Dios, que la madre, con “renuncia al hijo”, “tan sólo anuncia que podría dar en adopción a su hijo, pero semejante renuncia constituye un verdadero hecho jurídico (no es la nada jurídica) por cuanto la LRC le anuda dos efectos: se le exige a la renunciante de la obligación de promover la inscripción del nacimiento; y el dato de su domicilio en dicha inscripción será de publicidad restringida.”¹⁴

3.3. El alcance de la renuncia. ¿A qué se renuncia?

¿Cuál es el alcance de las renunciaciones contenidas en el artículo 44.4 (“a ejercer los derechos derivados de dicha filiación”) y en el artículo 45.3 (“al hijo en el momento del parto”)? Pensamos que hay que poner en relación ambas renunciaciones con la maternidad subrogada (haciendo abstracción por ahora de su prohibición) y con la adopción. Porque en ambos casos estaríamos ante una renuncia traslativa y no abdicativa.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

En el caso de la maternidad subrogada porque la gestante renuncia a favor del comitente o comitentes, también llamados por algunos autores padres de intención; y en el caso de la adopción, porque el negocio jurídico que la propicia por parte de los progenitores es un asentimiento que se produce en el marco de un proceso que, por definición, exige la existencia de un adoptante.

Ahora bien, ni en un caso ni en otro, el negocio jurídico determinante de la filiación que se pretende (maternidad de la comitente o filiación adoptiva) tiene lugar en el momento del parto. En un caso nos situamos en el momento del contrato y de la transferencia embrionaria, o sea, antes de la gestación¹⁵, y en el otro, en el momento del asentimiento de la madre, que debe producirse seis semanas después del parto, conforme al artículo 177, párrafo 4º, del Código Civil. Si ambos negocios (contrato y asentimiento) se consideran a la vez como renuncia a la maternidad (el art. 10.1 LTRHA se refiere expresamente al “contrato por el que se convenga la gestación” hecho por “mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”) y a los derechos de la filiación, tendríamos que la renuncia se estaría produciendo en un momento distinto al que señalan los artículos 44.4 y 44.3 de la Ley del Registro Civil, que es el momento del parto. Por tanto, volvemos a la pregunta inicial, ¿qué significan las renunciaciones de los artículos 44.4 y 44.3?

En el caso de la gestación subrogada, la renuncia en el momento del parto podría significar una reiteración de la gestante a su previa renuncia a la maternidad hecha al contratar (una renuncia superflua, por tanto). Y en el caso de la adopción, un anuncio de que se piensa en asentir a la adopción por un tercero (una renuncia que no vincula todavía). Ahora bien, puesto que debemos descartar el supuesto de la gestación subrogada, por ser nulo el contrato (art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida), nos encontramos con que la única hipótesis posible es la de la adopción. O sea, que la renuncia de la que tratan los artículos 44 y 45 de la ley del Registro Civil, no es más que un anuncio de la madre, un aviso de su intención de dar al niño en adopción cuando llegue el momento. Dicha renuncia, activaría un protocolo para, al menos, evitar a la madre los trámites de la inscripción en

¹⁵ Porque, como dice Marrades Puig, “Si la renuncia se hace por precio y tiene lugar durante la gestación o tras el parto, se incurre inexorablemente en el delito del artículo 221.1 del Código Penal (por lo demás, tampoco escapa fácilmente a la letra de dicho tipo penal la Gestación por Sustitución propiamente dicha, la convenida antes de la concepción del niño).” (MARRADES PUIG, Ana, “La Gestación Subrogada En El Marco de La Constitución Española: Una Cuestión de Derechos,” *Revista Estudios de Deusto* 65, no. 1 (2017): 219–41.)

el Registro Civil, tarea que asumiría la entidad pública correspondiente–; y por otro lado, haría que el domicilio de la madre quedara sujeto al régimen de publicidad restringida, y no figurase a efectos estadísticos conforme recoge el artículo 49.4 in fine Ley del Registro Civil. Este precepto establece las circunstancias que deben constar de los progenitores en el Registro, como nombre y apellidos, documento nacional e identidad, lugar y fecha de nacimiento, estado civil, domicilio y nacionalidad. Como hemos indicado, de todos estos datos, solo el domicilio, en los casos de renuncia al hijo en el momento del parto, estaría sometido a publicidad restringida.

4. La renuncia a la maternidad y la gestación por sustitución.

Imaginemos que una mujer se compromete con otra persona, a gestarle un bebé mediante un procedimiento de reproducción asistida para, una vez pasado el tiempo del embarazo y después de dar a luz, entregarle al bebé gestado. A este individuo que recibe al niño de la madre gestante, lo denominamos comitente. Pues bien, a este supuesto de hecho, el ordenamiento jurídico español lo llama, contrato de gestación por sustitución. También recibe desde otros ámbitos, diferentes nombres menos acertados jurídicamente como, maternidad subrogada, subrogación uterina o vientre de alquiler. Lo fundamental de este contrato es que la parturienta entrega el niño alumbrado a otras personas, y junto con la criatura también se traslada el título de madre.

La profesora De la Fuente Núñez de Castro lo define con estas palabras: 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 bebé, 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-.¹⁶

Observamos en la definición de la profesora, que la madre renuncia a su propio hijo y lo entrega a un tercero. La mujer que ha dado a luz renunciando al hijo, renuncia a su maternidad.

¹⁶ DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, Maria Soledad, “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 Social,” *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, no. 16 (2017): 1–49.

Esta técnica de reproducción asistida, resulta extremadamente difícil de definir por sus múltiples posibilidades y variantes de carácter científico, que tampoco son objeto del presente trabajo y por tanto, no es necesario explicar sus distintas modalidades. Baste para tener una idea general, saber que a grandes rasgos distinguimos dos posibilidades, “por una parte, maternidad subrogada plena o total, que se refiere al supuesto en que la madre subrogada no solo gesta al bebé sino que aporta también el óvulo, siendo por tanto madre biológica del niño, y por otra parte la maternidad subrogada gestacional o parcial, en la cual la madre subrogada tan solo aporta la gestación, siendo el material genético de los padres intencionales o bien procedente de donantes”¹⁷

Estudiando estas definiciones, se desprende que el objeto del contrato sería el proceso de gestación y no el futuro ser humano que engendre. La madre gestante deberá adoptar las medidas necesarias para que el embarazo llegue a término, pero si por causas naturales se malogra, no sería exigible el fruto natural que su organismo no llegó a desarrollar. Entiendo que la madre portadora no contrae una obligación de resultado, sino que su obligación es de medios. Aunque, bien es cierto, que este contrato lleva implícito por su propia naturaleza, una obligación de resultado, la de entregar el niño que ha gestado.

Por tanto, en dicho contrato la madre que ha gestado el feto, se compromete a renunciar a su maternidad. Pensemos que en un principio esta práctica surgió con un fin solidario o altruista; Una mujer que de forma desinteresada se ofrece para ayudar a otra que no puede tener hijos de forma natural. Pero hoy en día se ha convertido en toda una industria que se puede denominar turismo reproductivo. Algunos países admiten una contraprestación económica a la madre gestante, lo que no hace más que agravar el problema moral, pues al ponerle precio, se intensifica más aún la imagen de cosificación que soportan la madre gestante y el recién nacido. El menor, salvando las distancias, se convierte en un objeto que pasa de unos brazos a otros, evocando mucho a la práctica habitual de un mercado cualquiera.

El profesor en Derecho Civil Sánchez Arísti, escribe sobre el objeto del contrato de gestación por sustitución: El objeto del contrato se compone más de un “facere” que de un “dare”, aunque también comporte éste como consecuencia anudada al primero. Así las cosas, la causa del contrato está más cercana a un arrendamiento de servicios combinado con un arrendamiento de cosas (en concreto de una cosa productiva), que al

¹⁷ GARIBO PEYRÓ, Ana Paz, “El Interés Superior Del Menor En Los Supuestos de Maternidad Subrogada,” *Cuadernos de Bioética*, no. 28 (2017): 245–60, <http://aebioetica.org>.

contrato de obra, pese a las similitudes que intuitivamente podrían establecerse entre este último y el encargo del bebé. Desde luego sería inconcebible aquí, abrir una fase de recepción de la obra, en la que el comitente se reserve la posibilidad de rechazar el resultado por falta de acomodo a las instrucciones o no satisfacción de las expectativas. Los comitentes deberán asumir la filiación del niño, nazca éste como nazca, salvo que puede establecerse un nexo causal entre la negligente o dolosa conducta de la madre gestante y la tara o enfermedad sufrida por la criatura¹⁸

Si tomamos distancia, esto es, si lo vemos con perspectiva, en el texto del profesor Sánchez Aristi, podemos leer conceptos como “causa del Contrato”; “arrendamiento de servicios o arrendamiento de cosas”; “contrato de obra”; “nexo causal de conductas negligentes o dolosas” e incluso podemos leer con estupefacción “fase de recepción de la obra”. Éstas, son palabras cotidianas en el derecho de contratos. Todos ellos son conceptos fáciles de encontrar al leer las cláusulas de un contrato. El problema aquí es que no hablamos ni de cosas, ni de servicios, ni de arrendamientos, sino que hablamos de seres humanos; de niños. Probablemente por lo grotesco del contrato, que cosifica en extremo al feto y a la madre, mantenga nuestro ordenamiento jurídico la nulidad del mismo. Al igual que la mayoría de los países europeos.

Además, en el contrato de gestación por sustitución se vulneran los procedimientos de idoneidad de la nueva familia: la familia comitente. Procesos y mecanismos de seguridad, en aras al interés superior del menor, que sí contiene nuestra legislación en el momento que alguien inicia un largo trámite para la adopción de menores. Una característica clave, cuando se produce una renuncia al hijo en favor de unos padres adoptivos, es el interés superior del menor, consagrado en la Convención de Derechos del Niño de 1989. Por eso se somete a la familia que quiere adoptar a un menor de edad a toda una serie de requisitos muy estrictos como son analizar la edad de los padres y del niño; saber si la familia que pretende adoptar reúne características psicológicas y económicas adecuadas; la habitabilidad de la vivienda; la relación de los padres debe ser estable y positiva con más de dos años de duración; se analiza que exista aptitud básica para la educación del niño que pretenden adoptar y un largo etc.

Pues bien, ninguna de estas medidas que buscan el interés superior del menor en el proceso de adopción, se ponen en marcha en la gestación por sustitución, donde tras la

¹⁸ SANCHEZ ARISTI, Rafael “La Gestación Por Sustitución.” *Humanitas. Humanidades Médicas* 1, no. 49 (2010): 1–38.

renuncia de la madre gestante, la criatura acaba en manos de otras personas, cuyo único requisito que han cumplido, en la mayoría de los casos, es pagar un precio. Pero claro, sobre el dinero ya nos advirtió allá por el siglo XVI, el gran literato español Francisco de Quevedo con aquel maravilloso verso, que poco a poco ha pasado a formar parte de nuestra cultura popular: “poderoso caballero es don dinero”.

En palabras de Muñoz de Dios Sáez: Se tiende a que la renuncia a la filiación materna que hace la gestante sea a la vez preventiva y traslativa, pues desde que nazca el hijo la gestante no será reputada legalmente madre –lo previene con su renuncia– y traslada dicho estatus de padre o madre a otro –el comitente– desde el principio, desde el nacimiento, sin necesidad de que éste otro adopte. La tesis que defiende es muy simple: toda Gestación por Sustitución implica algo peor que una adopción encubierta o irregular; supone una elusión, o peor aún, una evasión de la adopción, una evasión fraudulenta de la misma, en definitiva, un burlar las normas imperativas de la adopción, con la intención de hacer pasar por filiación natural lo que es, en realidad, una filiación adoptiva, es decir, una ficción de filiación natural. Salvo, acaso, que la Gestación por Sustitución sea bilateralmente homóloga, por provenir ambos gametos o el preembrión de la pareja comitente. Con todo, con el Supremo, cabe la adopción ulterior como vía para regularizar los intentos de devenir padres que hacen los comitentes al encargar la Gestación por Sustitución. Llevada a un extremo, la Gestación por Sustitución consiste lisa y llanamente en una burda compra de niños¹⁹

La mujer gestante se utiliza como un objeto, simplemente para portar durante los meses de gestación al hijo que luego pasará a formar parte del proyecto familiar de otras personas. El cuerpo de la mujer se convierte en un medio al servicio de un tercero y solamente nos sirve para colmar los deseos de paternidad ajenos. Pensemos en los vínculos que desarrolla una madre que lleva en su vientre al niño durante nueve meses y a veces, incluso más, si se extiende al periodo de lactancia. Es una entrega que perdura en el tiempo, soportando las consecuencias del embarazo, la transformación paulatina del propio cuerpo y las dificultades del parto, que puede dejar secuelas para toda la vida en el cuerpo de la mujer. Por ejemplo, en el caso de ser necesario practicar una cesárea. Y luego ¿qué?; ¿Debe entregar al hijo a otras personas?; ¿esta mujer lo entregará libremente o, forzada por su pésima situación económica, se verá avocada a renunciar al hijo a cambio del dinero que tanto necesita, y que le ofrecen los comitentes?

¹⁹ Muñoz de Dios Sáez, Luis F, “La Gestación Por Sustitución: Un Fraude a La Adopción (Tras La Sentencia Del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 2014),” *Anuario Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)* 18, no. febrero (2014): 289–330.

Esta posición contraria a la Gestación por Sustitución puede parecer paternalista cuando se demuestra que la mujer, mayor de edad y con plena capacidad, consiente consciente, voluntaria y «libremente» que otros usen o compren el uso de su cuerpo. Todos coincidimos en tener por digna toda decisión que sea libre –la libertad dignifica–, pero discrepamos a la hora de definir el concepto de libertad: unos la restringimos al buen uso de la misma, de modo que solo es libre quien se ordena al bien, en tanto que al concepto moderno de libertad, hijo del relativismo moral, le basta con la autodeterminación. Se podrá argüir que nadie puede imponer su idea del bien a una mujer que se debate si gestar para otro o no; sin embargo, primero, la libertad de la gestante para decidir gestar para otro no acaba en la persona de la gestante sino que alcanza a un tercero que es el niño que gestará, lo que nos devuelve a la cuestión de la dignidad de este niño; y, segundo, debería hacernos reflexionar el caso de recién nacidos que fueron dados por las parturientas en adopción irregular a matrimonios por miedo a ser madres solteras en la España predemocrática, arrepintiéndose, con el andar de los años, de dicha renuncia.²⁰

La madre gestante que renuncia al hijo, fruto de sus entrañas, tendrá repercusiones somáticas, psíquicas y psicológicas. Y muy probablemente, esa renuncia tarde o temprano, tendrá también sus consecuencias en el ámbito laboral, personal y familiar. Naturalmente, cada persona reacciona de forma distinta ante este hecho y seguramente haya mujeres que puedan encontrarse bien consigo mismas al ayudar a alguien que necesita colmar sus deseos de paternidad. Pero en general, el acto de abandonar, de entregar a una criatura que se ha formado dentro de tu propio cuerpo, es un acto realmente cruel y traumático para la madre gestante. De hecho, muchos de los pleitos que llegan a los tribunales de toda Europa, relacionados con la gestación por sustitución, tienen implicadas a las madres que ofrecieron su vientre de alquiler y después se arrepintieron. Ya no querían entregar al hijo alumbrado.

Un Informe de 2015²¹ alerta sobre las amenazas que afectan a los derechos humanos en relación con los acuerdos de gestación por sustitución, entre las que cabe citar la que siguen: 1ª. El posible abandono de los niños por parte de los comitentes, ya sea por razones de salud o de preferencia de sexo; 2ª. La inadecuación de los comitentes para ser padres y el riesgo de tráfico de niños; 3ª. El derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y biológicos; 4ª. El problema de la libertad del consentimiento emitido por la

²⁰ Ibid.

²¹ Document préliminaire No 3ª A de février 2015 à l'attention du Conseil de mars 2015 sur les affaires générales et la politique de la conférence.

madre gestante; y, 5ª. Las malas prácticas por parte de los agentes intermediarios de la subrogación. Al respecto, cabe estimar y mantener que una correcta legislación con pautas internacionalmente establecidas puede controlar y, en su caso, paliar estas amenazas que acechan sobre esta técnica y provocan la violación de los derechos humanos²²

Así las cosas, la sociedad no puede mirar hacia otro lado mientras el mercado de la maternidad subrogada va creciendo cada día más. Un auténtico mercado reproductivo donde agencias intermediarias se encargan de todo. Esto es: de buscar el vientre de alquiler; de los preparativos para viaje de los padres comitentes al país dónde reside la madre gestante; de asesorar en cuanto a documentación, legislación y, todo ello, obteniendo a cambio, no podía ser de otro modo, un estupendo beneficio económico. En esta creciente industria del turismo reproductivo. No es posible invocar el nombre de la justicia y la compasión con las parejas que no pueden tener hijos. El estado debe legislar en defensa de los derechos y la dignidad de la persona. La unión europea siempre ha mantenido como inaceptable la cosificación del cuerpo de la mujer y, por supuesto, de los menores.²³

Precisamente buscando el bien de los menores podemos plantearnos por ejemplo, que consecuencias psicológicas pueden desarrollar los pequeños al conocer que sus orígenes no son exactamente como los del resto de sus compañeros de clase, sino que son fruto de un contrato. “En cualquier caso, en estas situaciones existe una alteración relativa a la identidad más profunda de la persona”, por lo que pueden existir riesgos de alguna patología. Situaciones más complicadas pueden surgir en Estados Unidos o Canadá donde la ley permite la reproducción artificial intrafamiliar. Así, una abuela puede ofrecerle el vientre a su hija con dificultades para concebir (cabe preguntarse con humor, si en este caso la relación yerno-suegra será menos tensa de lo que popularmente se conoce, al ser suegra y madre a la vez). O una mujer puede convertirse, al mismo tiempo, en madre y tía, al recibir ovocitos de su hermana.

²² SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, “Gestación Por Sustitución: Una Realidad y Dos Soluciones En La Experiencia Jurídica Española,” *InDret*, no. 4 (2018): 1–45.

²³ MORENO BOTELLA, Gloria. “Maternidad Subrogada: Visión Ético-Religiosa, Prohibición Legal y Reconocimiento Fáctico En La Jurisprudencia Española y Del TEDH,” *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico Del Estado*, no. 42 (2016): 1–40.

Como se puede imaginar, la confusión en estos casos es extrema y evidentemente, se generarán problemas jurídicos, morales y psicosociales.²⁴ Evidentemente, esta práctica está prohibida en la mayoría de los países, puesto que los legisladores entienden que los deseos y anhelos de paternidad de los adultos, no pueden estar en un rango de superioridad frente a los derechos e intereses propios de la dignidad humana de los menores.²⁵

Los problemas cotidianos que se dan en familias convencionales, en estos casos de subrogación intrafamiliar, será de suponer, crecerán de forma exponencial. Por ejemplo, la tía que en realidad es madre biológica, puede que también pretenda participar en la educación del pequeño, fruto de sus entrañas. Puede que no le guste la nueva pareja de su hermana, que convive con el menor que ella alumbró. Por ejemplo, seguramente la suegra (que también es madre biológica), participará más de lo conveniente en la educación del pequeño que llevó en su vientre. En consecuencia, habrá discrepancias en la pareja, que verá invadida su intimidad y sus roles de padre y madre por la intromisión de la suegra-madre y abuela.

4.1. La renuncia en caso de contrato celebrado en España.

Si atendemos a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, modificada por 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, podemos leer en su artículo 10 el siguiente precepto:

Artículo 10. Gestación por sustitución.

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

²⁴ <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/donacion-de-ovulos-y-espermatozoides/embarazada/reproduccion-asistidafamiliares/> (Consulta: 10/06/2011).

²⁵ LÓPEZ GUZMÁN José y APARISI MIRALLES, Ángela “Aproximación a La Problemática Ética y Jurídica de La Maternidad Subrogada,” *Cuadernos de Bioética* 23, no. 78 (2012): 253–67, <http://www.aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf>.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Estudiando y observando el precepto con atención podemos sacar varias ideas. En primer lugar, la ley deja claro que el contrato de gestación por sustitución en España, esto es, que una madre renuncia a su hijo en favor de un comitente, es nulo de pleno derecho. Por tanto, la legislación española prohíbe dicho contrato. En segundo lugar, el título de madre es para la parturienta. La filiación materna queda delimitada por el parto. Para comprender mejor esta idea nos ayuda el Registrador de la propiedad Juan María Díaz Fraile:

Esta idea se recoge de forma expresa en la redacción del artículo 44.4 de la Ley de Registro Civil de 2011, redactada por la Ley 19/2015, que tras disponer que «La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida», añade a continuación que salvo en los casos a que se refiere el artículo 48 (menores en situación de desamparo por abandono), «en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último». Es decir, cabe que «la madre renuncie a ejercer los derechos derivados de [dicha] filiación», pero no a la filiación misma, como condición de estado civil, ni a los deberes que la misma comporta, por lo que incluso mediando tal renuncia al ejercicio de sus derechos no por ello puede prescindirse de la constancia de la filiación materna de la mujer que ha dado a luz en la inscripción del nacimiento.²⁶

Volviendo a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en el mencionado artículo 10, apartado 3, se deja sobradamente claro que el hombre que aporta su material genético, podrá reclamar su paternidad, siempre y cuando no se haya producido una

²⁶ DÍAZ FRAILE Juan María, “La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de La Doctrina de La DGRN y de La Jurisprudencia Española y Europea,” *Revista de Derecho Civil* VI, no. 1/2019 (enero-marzo) (2019): 53–131.

donación anónima, y careciendo de importancia si dicho varón ha participado o no en el contrato de vientre de alquiler.

Por tanto, desde el punto de vista interno y en relación con supuestos de hecho que carezcan de elementos de extranjería o transfronterizos no hay duda de que los niños nacidos mediante técnicas de gestación por sustitución tienen la filiación materna que corresponde a la madre gestante, aun cuando haya mediado un contrato de encargo de gestación, con o sin precio, en cuya virtud la gestante haya renunciado a su filiación materna, contrato y renuncia nulo e ineficaz como se ha dicho.²⁷

Queda claro que la filiación en nuestro ordenamiento jurídico se determina por el parto. No importa cuántos contratos o renunciaciones en el momento del parto, haga la mujer parturienta; Madre, en España, es quien ha dado a luz. Otra cosa es que dicha filiación quede sujeta a publicidad más o menos restringida. Por supuesto, hablamos en términos jurídicos. Socialmente puede ser admitido que el título de madre y padre son concedidos a los que han ejercido como tales.

En la misma línea se expresa el profesor Ávila Hernández: “El contrato de gestación es nulo de pleno derecho, sin importar que se haya llevado a cabo con ánimo de enriquecimiento, o por la vía del altruismo. Pues la nulidad no la determina su contenido, sino la propia naturaleza del objeto contractual. La doctrina analiza la situación en base a que, aunque no se estableciese la nulidad ex artículo 10 LTRHA, el contrato habría de ser igualmente nulo de acuerdo a nuestro derecho civil, por inexistencia o ilicitud de la causa, y porque su objeto ataca los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil de las personas. La nulidad nos transporta a la conclusión de que los deberes y derechos acordados por las partes no producen efecto, por tanto, la gestante no está obligada a entregar al niño nacido de su vientre, ni a seguir cualquier otra cláusula estipulada, ni siquiera a indemnizar, como consecuencia de aquélla actuación, aunque se le hayan entregado ciertas cantidades por razón de su servicio. Además, la nulidad implica que no podrá perseguirse su cumplimiento por vía judicial. Pero, ¿qué pasaría si a pesar de ser nulo el contrato, las partes cumplen lo pactado? Las consecuencias serían idénticas, pues al no existir eficacia jurídica, la única madre será la establecida por la Ley, y no la madre pactada.”²⁸

²⁷ Ibid.

²⁸ ÁVILA HERNANDEZ, Carlos Javier “La Maternidad Subrogada En El Derecho Comparado Surrogacy in Comparative Law,” *Cadernos de Dereito Actual* 6 (2017): 313–44.

4.2. La renuncia en caso de contrato celebrado fuera de España.

Constatada la prohibición de la renuncia al hijo en España, mediante el contrato de gestación por sustitución, a las personas que desean ser padres por esta técnica de reproducción asistida no les queda más remedio que buscar una legislación que permita dicho contrato. Básicamente, a través de agencias especializadas, contactan con madres gestantes del país donde es legal la gestación por subrogación, pagan un precio por la fecundación mediante la reproducción asistida con esperma del varón de intención. Después, si todo marcha correctamente, tras el alumbramiento, el hombre comitente puede demostrar su paternidad. De esta forma, el hijo nacido de madre foránea en tierras extranjeras, se convierte en español a todos los efectos (*Ius Sanguinis*) y una vez de vuelta a la tierra patria con el niño, el otro comitente puede iniciar los trámites de adopción del menor según nuestra legislación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) realizó un estudio de la regulación de esta cuestión en 35 países miembros del Consejo de Europa, destacando la prohibición expresa de la gestación por sustitución en catorce Estados (Alemania, Austria, España, Estonia, Finlandia, Francia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía), mientras que en otros diez Estados no hay una regulación específica pero se prohíbe en virtud de disposiciones generales, no es tolerada o es de legalidad incierta (Andorra, Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumanía y San Marino); en cambio, está autorizada, a reserva del cumplimiento de condiciones estrictas, en otros siete (respecto de la denominada gestación por sustitución altruista, en Albania, Grecia, Países Bajos y Reino Unido; y admitiendo también la comercial en Georgia, Rusia y Ucrania). Finalmente, otros cuatro Estados no la han regulado pero parecen tolerarla (Bélgica, República Checa, Luxemburgo y Polonia).²⁹

Conviene destacar el caso del estado de Ucrania. Este país es muy demandado por las parejas comitentes (Aunque no hay estadísticas oficiales, algunos medios de comunicación españoles cifran en unos trescientos niños cada año, los nacidos de padres españoles en Ucrania³⁰), por ser los tramites y la técnica menos costosos

²⁹ JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier, “Una Aproximación a La Posición Del Tribunal Gestación Subrogada,” *R.E.D.S. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, no. 12 (2018): 42–54.

³⁰ Periódico digital 20 minutos, “Los niños ahora vienen de Kiev: unas doscientas parejas españolas viajan cada año para que las ucranianas les hagan padres”, publicado en día 09.09.2018; Periódico digital

económicamente que en el resto de países permitidos. Muy recientemente ha alcanzado gran notoriedad al llegar a la opinión pública, el conflicto entre el consulado español en Kiev y una veintena de familias a las que se les denegó la inscripción en el registro civil español de su hijo, gestado en el vientre de alquiler de una mujer ucraniana. Dada la cercanía en el tiempo del conflicto español en Kiev, resulta conveniente para este trabajo, presentar brevemente el estado de la cuestión del conflicto ucraniano.

Así pues, lo habitual en la oficina consular de la capital de Ucrania era demostrar la paternidad mediante una prueba de ADN y que la madre gestante asintiera en reconocer al varón como padre de la criatura. Pero en febrero de este año, el ministerio de justicia español anunció que no se iban a aceptar más pruebas de ADN para certificar la paternidad de la gestación subrogada en el extranjero. Así, al no poder ser registrados los niños como ciudadanos españoles, sus padres quedaban atrapados con ellos en Ucrania. El estado español intentaba, con esta postura, detener el fraude de ley. Eliminar esta conducta que es contraria al derecho español. Porque las familias tratan de sortear el artículo 10 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

La prensa nacional se hizo eco de la noticia y todos tuvimos ocasión de ver en los telediarios a las familias españolas en Kiev, reclamando al gobierno pasaporte español para los menores nacidos de vientre de alquiler. Nuestras autoridades ofrecieron, en principio, dos salidas a los padres españoles: 1º) los padres debían conseguirle un pasaporte ucraniano al pequeño, para posteriormente, interponer acciones judiciales de reclamación de filiación en España. Aquí hay que tener en cuenta, que los bebés entrarían en nuestro país como extranjeros o, 2º) sentencia judicial de filiación dotada de exequatur.

Sin embargo estas opciones eran muy difíciles de conseguir puesto que para el derecho ucraniano los menores son hijos, a todos los efectos, de los padres españoles³¹. Al final, poco tiempo después, el gobierno español desbloqueó la situación de las familias en Kiev, probablemente por la presión social, e inicio los trámites para inscribir a los menores en nuestro Registro Civil. Incluso se ofrecieron salvoconductos a los menores

La Vanguardia, “¿qué pasará con los bebés por gestación subrogada en Ucrania que están en camino?” publicado el día 01.03.2019

³¹ El Código de Familia de Ucrania dispone que (artículo 132.2) «si un embrión concebido por los cónyuges por medio de técnicas de reproducción asistida se ha transferido al cuerpo de otra mujer, los padres del niño serán el matrimonio»

para su regreso a España lo antes posible. Sea como fuere, el conflicto se solucionó, aunque fuese de forma provisional y el tema de la gestación subrogada no ha vuelto a saltar a la actualidad informativa. Al menos no lo ha hecho en los principales medios de comunicación.

El problema suscitado en nuestro país con el contrato de Gestación por Sustitución celebrado en el extranjero, comenzó en el año 2009, cuando nuestro consulado en California (Estados Unidos), denegó la inscripción en el registro civil de unos gemelos nacidos de vientre de alquiler que tenía por comitentes a un matrimonio de varones español. Nuestra oficina consular invoca la ley de reproducción asistida de 2006, cuyo artículo 10, como hemos visto anteriormente, declara nulo este tipo de contratos.

La Dirección General del Registro y del Notariado (DGRN), dicta la Resolución 18 de febrero de 2009, en la que adopta una postura contraria a la del consulado, y ordena la inscripción de los menores en el Registro civil. La DGRN alude para optar por inscribirlos, entre otros fundamentos jurídicos al Interés Superior del Menor:

«El interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero [...] En efecto, en el caso de rechazar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, podría resultar que los hijos, de nacionalidad española, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil. Ello vulnera el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989³², en vigor para España desde el 5 enero 1991» En este punto hay que reparar en que según la propia Resolución la nacionalidad española sólo puede afirmarse cuando uno de los padres de intención sea también padre biológico.³³

«Además, el “interés superior del menor” se traduce en el derecho de dicho menor a una “identidad única”, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE 2 octubre 2003, caso García Avello, STJUE 14 octubre 2008, caso Grunkin-Paul). Este derecho de los menores a una identidad única se traduce en el derecho de

³² Cuyo texto indica que: «1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas».

³³ DÍAZ FRAILE Juan Maria, “La gestacion por sustitucion ante el Registro Civil español. Evolución de La Doctrina de La DGRN y de La Jurisprudencia Española y Europea,” *Revista de Derecho Civil* VI, no. 1/2019 (enero-marzo) (2019): 53–131.

tales menores a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera. La inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil español es el modo más efectivo para dar cumplimiento a este derecho de los menores a su identidad única por encima de las fronteras estatales».³⁴

Esta posición de la DGRN provoca que la fiscalía recurra dicha instrucción y los tribunales, en primera instancia, se posicionen en contra del criterio de la DGRN, que a su vez, recurrirá hasta llegar al Tribunal Supremo en el año 2014. Pero antes de esto, tratando de buscar una solución práctica al problema internacional la Dirección General de los Registros y del Notariado publica la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Dicha instrucción estableció que los niños alumbrados por la técnica de la gestación subrogada, podían ser anotados como españoles en nuestro Registro Civil, con tres condiciones:

-) Que hubiesen nacido en un país donde dicha gestación fuera legal.
-) Al menos, uno de los padres con nacionalidad española pudiese acreditar su paternidad, mediante prueba biológica.³⁵
-) Que hubiera una sentencia judicial que garantizara la legalidad del proceso y estableciera la filiación del menor. Así como la renuncia expresa de la mujer gestante.³⁶

La DGRN considera que es necesaria una resolución judicial en el país de origen permisivo con el contrato de gestación por sustitución, para alcanzar un triple objetivo:

³⁴ Ibid.

³⁵ Mediante acción de reclamación de paternidad, que contempla el art.764 y ss de la LEC.

³⁶ La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopciones Internacionales establece en su art.46.6: «En particular, las autoridades españolas controlarán que la adopción constituida por autoridad extranjera produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes. Cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo pueda ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil».

- El cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante;
- En especial, permite constatar la plena «capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante», la «eficacia legal del consentimiento» prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción, o la eventual previsión y respeto de la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen.
- garantizar el «interés superior del menor» por una doble vía:
 - a) por un lado, en un sentido positivo, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España; y
 - b) por otro lado, en sentido negativo, verificando que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores, lo cual tampoco es posible verificar con la mera certificación registral extranjera.³⁷

Pues bien, asentada la citada instrucción de 2010, cuatro años más tarde, el conflicto llegó al Supremo que dictó sentencia firme el 6 febrero de 2014, anulando la instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2009. En su sentencia el Tribunal Supremo adopta una posición contraria a la DGRN en cuanto al interés superior del menor se refiere, argumentando:

La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales. La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación

³⁷ DÍAZ FRAILE Juan Maria, “La gestacion por sustitucion ante el Registro Civil español. Evolución de La Doctrina de La DGRN y de La Jurisprudencia Española y Europea,” *Revista de Derecho Civil* VI, no. 1/2019 (enero-marzo) (2019): 53–131.

del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución.³⁸

Recordemos que la DGRN creía necesario inscribir en el registro español a los menores indicando, entre otras razones, el principio del Interés superior del menor. Entendiendo que era necesario otorgarle al niño la misma filiación que otorgara el territorio extranjero, es decir, la de los padres comitentes. Sin embargo, como vemos, el Tribunal Supremo no acepta dicho planteamiento y además añade que el interés superior del menor:

«No es el único que se ha de tomar en consideración. Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares, como es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993».³⁹

El magistrado de la Audiencia Provincial de León, Lorenzo Álvarez de Toledo, explica esta parte de la sentencia, concluyendo que las normas que versan sobre la Gestación por Sustitución pertenecen al derecho público internacional español:

Exponía en el año 2014 el Tribunal Supremo, que el orden público internacional de nuestro país, tal como ocurre en otros Estados de nuestro entorno, no tolera, en instituciones como la adopción o en la disciplina reguladora de las técnicas de la reproducción humana asistida, 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, al permitir a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población. “Consecuencia lógica de lo expuesto”, concluye el Tribunal Supremo, “es que las

³⁸ Fundamento de derecho quinto, apartado 6

³⁹ Fundamento de derecho quinto, apartado 7

normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español.⁴⁰

De la sentencia de Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 se desprende la suspensión de la instrucción de la DGRN de 2009, objeto de la Litis del caso californiano arriba mencionado, no así la instrucción de 2010, que fue redactada salvando los posibles errores de la anterior.

Ciertamente la citada Instrucción aborda tres aspectos que divergen claramente de la Resolución de 18 de febrero de 2009 anulada por el Tribunal Supremo:

- En primer lugar, los títulos jurídicos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, exigiendo en todo caso una resolución judicial;
- En segundo lugar, trata de garantizar que la inscripción registral en ningún caso pueda permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y;
- En tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

Además la Instrucción de 5 de octubre de 2010 contempla y valora otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres. (...) En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen.⁴¹

⁴⁰ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. “El Futuro de La Maternidad Subrogada En España: Entre El Fraude de Ley Y El Correctivo de Orden Público Internacional,” *Cuadernos de Derecho Transnacional* 6, no. Octubre (2014): 5–49.

⁴¹ DÍAZ FRAILE Juan Maria, “La gestacion por sustitucion ante el Registro Civil español. Evolución de La Doctrina de La DGRN y de La Jurisprudencia Española y Europea,” *Revista de Derecho Civil* VI, no. 1/2019 (enero-marzo) (2019): 53–131.

Pues bien, aquí no termina el asunto del contrato de maternidad subrogada en el orden internacional, puesto que el día 26 junio de 2014, para rizar el rizo, una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de Estrasburgo condenó a Francia, caso *Mennesson* contra Francia, por no reconocer la paternidad de parejas que habían tenido a sus bebés por gestación subrogada en Estados Unidos. El tribunal alegaba que el interés superior del menor debe tenerse en cuenta antes que el respeto al orden público legal. Además argumentaba que no otorgar la filiación a un hijo nacido por gestación por sustitución en un país extranjero, era contrario al artículo 8 del convenio Europeo de los Derechos Humanos.⁴²

Las decisiones del TEDH ponen de manifiesto que, las prohibiciones o silencios normativos a la gestación por sustitución contempladas por los Estados miembros, no pueden derivar en la denegación del reconocimiento de la filiación de los menores nacidos por esta técnica, lo que explica la necesidad de un debate internacional y nacional en nuestra sociedad. El Tribunal no realiza una ponderación de los bienes jurídicos cuando se enfrenta a los intereses privados de los beneficiarios y la gestante, sino que atiende al momento posterior del nacimiento en el que toda decisión debe tener como objetivo proteger el interés superior del niño. El Tribunal no se manifiesta sobre la admisibilidad de la gestación por sustitución en sí misma, ya que se enfrenta a casos de niños ya nacidos, por lo que protege sus derechos como sujetos individualmente considerados. En consecuencia, cabe decir que, repara en la fase final del proceso de gestación por sustitución, es decir, cuando el niño ya está en el mundo y en manos de los padres comitentes⁴³.

Conviene detenernos aquí brevemente e indicar que aunque el Tribunal Europeo no entre a considerar la legalidad de la gestación por sustitución, sí que lo hace el Parlamento Europeo en el año 2015, por el Informe de Anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo: En el artículo 114 correspondiente a los derechos de las mujeres, el informe cita textualmente:

⁴² Art. 8 Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

⁴³ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, “Gestación Por Sustitución: Una Realidad y Dos Soluciones En La Experiencia Jurídica Española,” *InDret*, no. 4 (2018): 1–45.

Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos.⁴⁴

Volviendo al TEDH en su sentencia de 26 de junio de 2014, debemos señalar que como respuesta a dicha sentencia europea, el día 2 de febrero de 2015, la sala primera del Tribunal Supremo dicta Auto resolviendo un recurso extraordinario de nulidad por vulneración de Derechos Fundamentales que habían interpuesto contra la sentencia de 6 de febrero de 2014. Alega nuestro alto Tribunal que la legislación francesa (derecho positivo francés) dista mucho de nuestra legislación⁴⁵ y por tanto, nuestro estado no ha violado el artículo 8 de la Convención europea de Derechos Humanos. Añade el Tribunal Supremo que «En Francia, las niñas no pueden adquirir la nacionalidad francesa ni heredar a los comitentes en calidad de hijas. En España, la sentencia (6 de febrero de 2014) de esta Sala acordó que solo se anulara la mención a la filiación de los menores en tanto se determinaba la filiación biológica paterna y también, en su caso, la filiación que fuera acorde con la situación familiar de facto (por ejemplo, mediante la adopción), de modo que, una vez quede determinada la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro cónyuge (o respecto de ambos, si ninguno de ellos fuera el padre biológico), tendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos».

Mientras tanto las diferencias entre la doctrina de nuestro Tribunal Supremo y de la DGRN, el casuismo y cambios en la jurisprudencia del TEDH, y la ausencia de una regulación interna que aborde este tema desde la concreta perspectiva de los supuestos transnacionales y del Derecho Internacional Privado, no permiten alcanzar un marco jurídico (en un sentido u otro) claro y seguro. En ausencia de dicho marco jurídico claro y seguro difícilmente puede esperarse que la

⁴⁴ Documento público y disponible en la página web oficial del parlamento europeo: <http://www.europarl.europa.eu>.

⁴⁵ La legislación francesa niega la filiación incluso al padre biológico de la gestación por sustitución. Tal imposibilidad legal, trata de disuadir a los padres de realizar este tipo de contrato. La situación española es diferente, puesto que sí reconoce la filiación al menos al padre biológico.

clarificación definitiva de este tema repose exclusivamente en la doctrina de la DGRN, cuya Instrucción de 5 de octubre de 2010, a pesar de su limitado rango normativo, y a pesar de todas las novedades y cambios jurisprudenciales surgidas desde su publicación, nacionales y europeas, está manteniéndose en la práctica, con todas sus limitaciones, como única guía estable para la actuación de los magistrados y cónsules encargados del Registro Civil español en esta compleja materia.⁴⁶

5. Conclusiones

Concluimos con todo, que “la renuncia a la maternidad en el momento del parto” en España, no supone el abandono del menor en el hospital sino conforme a la legislación vigente, esta renuncia es un aviso, un deseo de la madre o si queremos, un anuncio de su intención de dar al niño en adopción, cuando llegue el momento. Sin embargo, esta renuncia a la maternidad en el momento del parto, que introduce 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, lleva aparejados dos efectos jurídicos inmediatos:

- a) Por un lado, la madre queda exenta de la obligación de inscribir al recién nacido. La inscripción la asumirá la administración correspondiente. El legislador entiende necesario liberar a la madre de estos trámites que debería realizar para con su hijo, del que no pretende asumir su crianza.
- b) Por otro lado, el domicilio de la madre será de publicidad restringida. Estos dos efectos buscan ahorrar a la madre que no quiere serlo, el trámite de inscripción en el Registro Civil y proteger su intimidad.

Hemos visto en el presente trabajo, que a lo largo de la historia han sido varios los motivos que han llevado a una madre a abandonar a su hijo. Aún hoy en día, el telediarario nos sorprende con la macabra noticia del bebe recién nacido y abandonado junto a una alcantarilla o incluso en un contenedor de basura. Los gobiernos de los distintos países del mundo, horrorizados por este triste espectáculo, han legislado siempre para ayudar a las madres y evitar estos crueles abandonos de bebés, totalmente

⁴⁶ DÍAZ FRAILE Juan Maria, “La gestacion por sustitucion ante el Registro Civil español. Evolución de La Doctrina de La DGRN y de La Jurisprudencia Española y Europea,” *Revista de Derecho Civil* VI, no. 1/2019 (enero-marzo) (2019): 53–131.

indefensos, que salvo milagro mueren de frío o de hambre. Incluso en algunos estados como Alemania o Estados Unidos se han instalado una especie de buzones para abandonar al niño que no se quiere. Sin embargo, estos macabros buzones no cosechan muchos resultados satisfactorios y la sola visión del buzón produce pellizco gástrico.

Actualmente, la renuncia al hijo, se contempla principalmente en dos supuestos: la madre que renuncia al hijo para darlo en adopción (un proceso muy garantista en España) y el contrato de gestación por sustitución en el que, como ya hemos visto, la madre biológica renuncia al hijo en favor de los padres de intención. En la mayoría de los países occidentales se prohíbe el contrato de gestación por sustitución. Incluido España.

Se alinea así nuestro país, en la misma posición de nuestros vecinos europeos, que encuentran en la práctica del vientre de alquiler, una situación en la que se mercantiliza a la mujer y al menor. En un mundo globalizado, egoísta y totalmente consumista, donde lo importante es satisfacer lo más rápido posible las apetencias y los deseos de cada individuo, hemos llegado al punto, en el que el límite de nuestros actos casi siempre responde solo a una pregunta ¿Puedo pagarlo?

Y lo cierto es que no todo está en el comercio de los hombres o al menos, eso dice nuestro código civil en su artículo 1271 “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras”. Pero cabe hacerse la pregunta: ¿Respetamos este artículo?; ¿Sabemos lo que puede estar en el mercado y lo que no? Para tener claro lo que se puede o no se puede comprar, es necesario tener la conciencia formada en moral y en unos mínimos principios éticos. Porque ya no hablamos de la compra venta de objetos o servicios, sino que precisamente, empezamos hace tiempo ya, por la compra de principios morales. Y claro, si las normas o ideas fundamentales que deben regir nuestra conducta en todos los ámbitos de nuestra vida, van variando conforme a nuestros intereses personales, al final nadie tiene claro el límite. Nos será difícil ponernos de acuerdo, incluso en un mínimo. Ya lo decía con gran genio e ironía Gruccho Marx “estos son mis principios, pero si no les gustan tengo otros”.

Nuestros políticos, en su mayoría, carecen de nivel moral y se rigen por el vaivén de las modas. Políticos que al carecer de principios, esperan a ver por dónde sopla el viento, para ellos situarse a favor de la corriente, tal y como lo haría una veleta. Quizá

tengamos líderes políticos y jurídicos bien formados intelectualmente pero carentes de moral social. Sin principios y sin disposición al sacrificio personal por el bien colectivo. Lo que nos ha llevado, a la moderna sociedad del “primer mundo”, a olvidar lo verdaderamente importante.

Cuando hablamos de moral no hablamos de un tema baladí. Hoy día parece que hemos recluso la moral al ámbito privado, casi de los sentimientos, y cada cual puede tener sus propias normas éticas y morales. Es como si fuera algo incómodo, algo de lo que es mejor no hablar, para evitar la confrontación. Sin embargo, no debemos olvidar que el artículo 1255 de nuestro Código Civil establece: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”. Cabe preguntarse ¿quién establece los límites de la moral? Y ¿hasta cuándo habrá alguien que los defienda?

El avance tecnológico ha hecho posible, que ahora podamos encargar, mediante un contrato a un hijo. Hemos llegado a la compra de personas. O ¿sería mejor decir, que hemos vuelto, otra vez, a comprar personas? Evidentemente, ya no se tratan de los esclavos del derecho romano, ni tampoco de los negros africanos. Quizá sea exagerado comparar ambas situaciones, o quizá, sea necesario decirlo claramente con todas sus letras para llamar la atención, para denunciar que el ser humano de ningún modo y de ninguna forma puede estar en el mercado.

Se ha cosificado totalmente a la persona y, sobretodo, a la mujer. Repugna socialmente la explotación sexual, que determinadas bandas de criminales de países del este europeo, ejercen sobre mujeres. En el caso de la prostitución, el cuerpo de la mujer se desliga totalmente de la persona, del ser humano y se utiliza como producto para el placer. Pues bien, del mismo modo se usa a la mujer en el contrato de gestación por sustitución. Pues solo nos sirve el vientre de la madre gestante. “no puedo concebir un hijo, pero como tengo dinero alquilo un útero”.

Así las cosas, la subrogación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico es nula de pleno derecho. Sin embargo, las familias que firman este contrato acuden a celebrarlo al extranjero, en países donde es legal. Posteriormente, una vez nacida la criatura acceden a la filiación paterna mediante la inscripción en el registro civil consular del país correspondiente. Ya hemos descrito el largo periplo que desde el año 2009 hemos tenido en nuestro país, en referencia a la inscripción o no, de la filiación de

los menores nacidos por esta técnica en el extranjero. Batalla que ha enfrentado a la Dirección General del Registro y del Notariado y a nuestro Tribunal Supremo.

La DGRN entiende que por el bien del menor se le debe otorgar la filiación e inscribirla en el registro. Y de hecho actualmente, es lo que se está haciendo. El padre certifica su paternidad a través de pruebas biológicas, y posteriormente, estando la familia ya en España, el otro cónyuge inicia un proceso de jurisdicción voluntaria para la adopción del hijo de su consorte. Proceso mucho más sencillo al contar con el consentimiento del padre para la adopción.

La DGRN no tiene en cuenta que para defender el interés superior del menor es necesario también analizar la salud psicológica de los padres; si la relación de los progenitores es estable; observar la diferencia de edad de los padres y del niño o analizar, entre otras cosas, si los padres comitentes reúnen una aptitud básica para la educación del niño. El Tribunal Supremo sí que le recuerda todo esto a la DGRN. Y lo hace anulándole una instrucción del año 2009. El Tribunal Supremo recuerda que el interés superior del menor no es lo único a tener en cuenta en este tipo de contrato, que es contrario a nuestro ordenamiento jurídico. Y sentenciaba de forma rotunda, en su sentencia del año 2014, que “no se puede invocar el interés superior del menor para contrariar lo que expresamente dicta la ley”. Una cosa es interpretar o “colmar lagunas” y otra muy distinta contravenir lo expresamente citado. Además el alto tribunal se preocupa por la dignidad de la mujer gestante y su posible explotación aprovechando un estado de necesidad de las mujeres en situación de pobreza.

Cierto es que, la DGRN ha adoptado una actitud eminentemente práctica. Es decir, el niño ya ha nacido, ya está en el mundo y hay que otorgarle una filiación. Puedo no estar de acuerdo con el método o la forma, o el origen de su concepción (piénsese por ejemplo, en las mujeres que dan a luz un niño por haber sido violadas. La concepción repugna, sin embargo, el niño fruto del delito no tiene culpa alguna. Es igual de inocente que la madre), pero ahora que ha nacido él bebe, es necesario que el legislador lo proteja.

La postura de la Dirección General del Registro y del Notariado me recuerda a aquella enseñanza popular del hombre en el precipicio: Había una vez un hombre a punto de caer al vacío por un gran acantilado. Tenía su cuerpo balanceándose en el aire y estaba agarrado con fuerza con una sola mano a la roca. Entonces, como si de un milagro se

tratase, llegó un vecino corriendo para ayudarlo, pero cuando llegó al borde del precipicio, se puso a recriminarle su aptitud infantil y negligente por no haber tenido más cuidado. Le regañaba al que estaba a punto de caer al vacío, mientras el pobre hombre asustado, escuchaba los reproches de su paisano ya casi sin fuerzas. Y a punto estuvo de caer, cuando por fin el vecino dejó de hablar, lo cogió de la mano y lo puso a salvo. Este pequeño cuento, nos ayuda a ordenar las prioridades. Primero hay que solucionar el problema inmediato. Después, buscar el porqué de la situación. Ya habrá tiempo de analizar y de debatir, pero la urgencia hay que solucionarla primero.

Pues bien, la DGRN lo que está haciendo es tender la mano para evitar un problema mayor. Corresponde a otros el buscar y el analizar como aquél hombre llegó a estar en esa situación. Esto es, serán otros los que tenga que decidir qué medidas de seguridad se van a establecer para que nadie vuelva a caer por el acantilado, pero mientras haya alguien a punto de caer, será necesario, en vez de discutir, recogerlo. Ponerlo a salvo. Del mismo modo, serán los legisladores, los que tengan que buscar el camino necesario para erradicar el problema. Buscar soluciones al fraude de ley de los padres españoles, que atendiendo solo a sus deseos de paternidad, sin tener en cuenta nada más, son capaces de pagar un precio para alquilar el vientre de una mujer que les engendrará un hijo.

Se les olvida a los padres comitentes, que de esta forma, solo consiguen que sea otra, la madre que conciba; que sea otra, la madre que sienta a la criatura crecer en su vientre; que sea otra, la madre que pase los dolores del parto. Y ¿todo para qué? Para que al final sea otra, la madre que deba renunciar al hijo.

6. Bibliografía.

- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. “Una Aproximación a La Posición Del Tribunal Gestación Subrogada.” *R.E.D.S. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, no. 12 (2018): 42–54.
- LEÓN VEGAS, Milagros. “Un Estudio de Caso Sobre Abandono Infantil En La Andalucía Moderna: Los Expósitos de La Inclusa Antequerana *.” *Revista de Demografía Histórica XXXIII*, no. 1 (2015): 99–133.
- DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, María Soledad. “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.” *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, no. 16 (2017): 1–49.
- DÍAZ FRAILE, Juan Maria, “La gestacion por sustitucion ante el Registro Civil español. Evolución de La Doctrina de La DGRN y de La Jurisprudencia Española y Europea,” *Revista de Derecho Civil VI*, no. 1/2019 (enero-marzo) (2019): 53–131.
- DE LA FUENTE GALÁN, María del Prado. “Ilegitimidad y Abandono En La Granada Del Siglo XVIII: Un Establecimiento Para Partos de Expósitos Ilegítimos.” *Chronica Nova: Revista de Historia Moderna de La Universidad de Granada*, no. 27 (2000): 9–21.
- GARIBO PEYRÓ, Ana Paz. “El Interés Superior Del Menor En Los Supuestos de Maternidad Subrogada.” *Cuadernos de Bioética*, no. 28 (2017): 245–60.
- GETE-ALONSO Y CALERA, Maria del Carmen. “La Inscripción de Nacimiento En La Ley 20/2011. Entre El Derecho a La Identidad de La Persona y La Reserva de La Maternidad.” *Revista de Derecho Civil V*, no. 1 (2018): 1–54.
- ÁVILA HERNANDEZ, Carlos Javier. “La Maternidad Subrogada En El Derecho Comparado Surrogacy in Comparative Law.” *Cadernos de Dereito Actual 6* (2017): 313–44.

- MORENO BOTELLA, Gloria. “Maternidad Subrogada: Visión Ético-Religiosa, Prohibición Legal y Reconocimiento Fáctico En La Jurisprudencia Española y Del TEDH.” *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico Del Estado*, no. 42 (2016): 1–40.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen. “Gestación Por Sustitución: Una Realidad y Dos Soluciones En La Experiencia Jurídica Española.” *InDret*, no. 4 (2018): 1–45.
- SANCHEZ ARISTI, Rafael, “La Gestación Por Sustitución.” *Humanitas. Humanidades Médicas* 1, no. 49 (2010): 1–38
- LÓPEZ GUZMÁN, José, y Ángela APARISI MIRALLES. “Aproximación a La Problemática Ética y Jurídica de La Maternidad Subrogada.” *Cuadernos de Bioética* 23, no. 78 (2012): 253–267.
- MUÑOZ DE DIOS SAEZ, Luis F, “Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto”, *Revista El Notario del siglo XXI: revista del colegio notarial de Madrid*, Número 65, febrero (2016), pp. 48-51.
- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. “El Futuro de La Maternidad Subrogada En España: Entre El Fraude de Ley Y El Correctivo de Orden Público Internacional.” *Cuadernos de Derecho Transnacional* 6, no. Octubre (2014): 5–49.
- MARRADES PUIG, Ana. “La Gestación Subrogada En El Marco de La Constitución Española: Una Cuestión de Derechos.” *Revista Estudios de Deusto* 65, no. 1 (2017): 219–41.
- MUÑOZ DE DIOS SAEZ, Luis F. “La Gestación Por Sustitución: Un Fraude a La Adopción (Tras La Sentencia Del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 2014).” *Anuario Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)* 18, no. Febrero (2014): 289–330.