

SANDRA BALAGUER GALÁN

**GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. CONFUSIÓN
JURÍDICA Y DESIGUALDAD CIUDADANA**

TRABAJO FIN DE MÁSTER ABOGACÍA

DIRIGIDO POR

CARMEN PARRA RODRIGUEZ

UNIVERSITAT ABAT OLIBA CEU

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES

MÁSTER EN ABOGACÍA

2015

*“No hay manera de ser una madre perfecta,
hay un millón de maneras de ser una buena madre”*

JILL CHURCHILL

Resumen

La gestación por sustitución dentro de nuestro ordenamiento jurídico es un contrato viciado de nulidad de pleno derecho, no obstante es una de las prácticas a la que acuden cada vez más personas para acceder a la filiación. El tratamiento jurídico internacional y la ausencia de regulación en España proponen un marco diverso de regulación contradictorio, promoviendo desplazamientos internacionales en busca de ordenamientos jurídicos permisivos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha manifestado en este sentido con sentencias pioneras, dando una respuesta a los problemas registrales de las filiaciones surgidas de estos contratos. Cabe proteger primordialmente los intereses de todas las partes implicadas, evitando la desigualdad jurídica y social.

Resum

La gestació per substitució dins del nostre ordenament jurídic és un contracte viciat de nul·litat de ple dret, no obstant, és una de les pràctiques a les que acudeixen cada vegada més persones per accedir a la filiació. El tractament jurídic internacional i l'absència de regulació en Espanya proposa un marc divers de regulació contradictori, promovent desplaçaments internacionals cercant ordenaments jurídics permisius.

El Tribunal Europeu de Drets Humans s'ha manifestat en aquest sentit amb sentències pioneres, donant una resposta als problemes registrales de les filiacions sorgides d'aquests contractes. És necessari protegir amb prioritat els interessos de totes les parts implicades, evitant la desigualtat jurídica i social.

Abstract

Surrogacy agreement, according to our legal system, is a flawed nullity contract of full right. However, surrogacy agreement is one of the most demanded practices by the current population in order to access to filiation. The international juridical treatment and the absence of regulation in Spain generate a diversified but contradictory frame of regulation, promoting international shifts of people in search of permissive legal systems.

The European Court of Human Rights has come up, in regards to this subject, with pioneer sentences that shed some light and give answers to the problems of the register of filiations that come up in this kind of contracts. The interests of all parts implicated must be protected before anything else, avoiding legal and social inequality.

Palabras claves / Keywords

<p><i>Gestación por sustitución – Derecho Internacional Privado – Filiación – Interés superior del menor – Turismo Reproductivo // Surrogacy agreement - Private international law – Affiliation – Best Interest of the Child – Fertility tourism</i></p>

Sumario

Introducción	13
1. Gestación por sustitución: concepto, causas y modalidades	17
1.1. Conceptos.....	17
1.2. Aspectos generales	18
1.3. Causas	20
1.4. Modalidades: gestacional vs. tradicional.....	23
2. Maternidad y paternidad. Relaciones paternofiliales	25
2.1. Reglas generales de determinación de la Filiación	25
2.2. Reglas comunes de determinación legal de la filiación derivada de la maternidad subrogada en España	27
2.2.1. Determinación legal de la maternidad.....	27
2.2.2. Determinación legal de la paternidad.....	28
2.3. Determinación de la filiación en el derecho español del niño nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución	29
2.3.1. Antecedentes de hecho.....	29
2.3.2. Decisión del Tribunal Supremo Español.....	33
3. Configuración y régimen jurídico del contrato de gestación por sustitución	37
3.1. Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida	38
3.2. Vulneración del Orden público internacional español. DGRN 18/02/2009.....	39
3.3. Derecho comparado, turismo reproductivo y fraude de ley.....	40
3.3.1. Derecho comparado y fenómeno del turismo reproductivo.....	41
3.3.2. Fraude de ley y “Forum Shopping Fraudulento”	44
3.4. Instrucción de 5 de Octubre de 2010 de la DGRN y el interés superior del menor	46
4. Postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vs.TS Español	53
4.1. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de Junio de 2014.....	53

4.2. Auto del Tribunal Supremo de 2 de Febrero de 2015	56
4.3. Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado	58
Conclusiones.....	61
Bibliografía.....	63
Anexo I.....	67

Introducción

La gestación por sustitución, aunque se nos plantee como un objeto de debate actual y moderno, tiene su origen en la antigüedad más remota. El ser humano, por su naturaleza, ha tenido siempre el deseo de obtener descendencia. No obstante, a pesar de esa voluntad reproductiva, se ha visto – en ocasiones- ante la incapacidad de concebir un hijo, hecho que ha supuesto la búsqueda de una alternativa para conseguir ese fin.

La primera referencia que tenemos de la existencia de un caso de gestación por sustitución la encontramos en uno de los textos más antiguos que se conocen. En el libro del Génesis del Antiguo Testamento encontramos la primera mención a un caso de maternidad subrogada cuando Sara, mujer de Abraham, ante la imposibilidad de concebir un hijo, propuso a su esclava Agar para que ésta, junto con su marido, le diera un hijo. Así pues, el hijo de Agar, Ismael, fue criado por Sara como su propio hijo.

La Historia nos brinda otra referencia sobre la maternidad subrogada procedente del siglo XVIII a.C. En la antigua Mesopotamia sumeria, una de las civilizaciones más antiguas del mundo, el Rey Hammurabi, en su código, dispuso la posibilidad de descendencia mediante la maternidad subrogada, de forma que la mujer estéril, ante la imposibilidad de concebir, debía dar a su marido una esclava con el fin de procrear un hijo y de esta forma tener descendencia.

Aunque hayan pasado miles de años desde estas primeras referencias, la humanidad sigue anhelando tener descendencia. Los avances médicos que ofrecen opciones en materia de reproducción asistida e investigación han ayudado a que la gestación por sustitución se haya convertido en una de las opciones alternativas más buscadas/escogidas hoy en día. La frecuencia con la que se acude a ésta técnica no sólo se debe al aumento de la esterilidad, sino también a la legalización de la unión en matrimonio de las parejas del mismo sexo -que desean acceder a la paternidad- así como al deseo de muchas personas de ser padres o madres de forma individual, sin formar una pareja.

Es evidente que el Derecho de familia es una vertiente del derecho susceptible al cambio en lo que respecta a su regulación, debido principalmente a que se trata de una materia que progresa junto a los continuos avances socio-culturales y médicos, que ofrecen nuevas opciones de configuración de los modelos familiares tradicionales. Debido a la capacidad adaptativa de la sociedad, resulta ventajoso aceptar estos nuevos modelos de familia, y es innegable que deba existir una

regulación para evitar la aparición de consecuencias indeseables y se proteja a las partes implicadas en dichos procesos.

Estamos ante una "revolución reproductiva" originada a partir de la regulación de las técnicas de reproducción asistida (Ley 14/2006). Los avances de la tecnología y la ciencia dentro del campo de la biología y la genética han supuesto un cambio de la concepción de las relaciones paterno-filiales, hecho que ha generado un debate respecto a las cuestiones de carácter ético, jurídico, religioso y social, principalmente, surgidos como consecuencia de la utilización de las técnicas de reproducción asistida, más concretamente en la que respecta a la modalidad de la maternidad subrogada.

La gestación por sustitución se convierte en una alternativa más para construir un núcleo familiar propio, de modo que nos planteamos la existencia del fenómeno reproductor humano al margen de la identidad sexual, la edad y los miembros de la familia. Se trata de situaciones nuevas que desde el Derecho corresponde regular para otorgar al nacido la certeza de una filiación que coincida con su realidad y posibilite que se reconozca la paternidad de quien verdaderamente lo ha querido, sin forzar paternidades y/o maternidades no deseadas y, consecuentemente, perjudiciales para el interés del nacido.

Desde nuestro punto de vista, bajo ningún concepto se debe optar por la prohibición de ciertas conductas, basándose en el hecho de que resulten impopulares o diferentes a aquello que ha sido tradicionalmente. Es necesario regular y ofrecer soluciones ante la nueva realidad social, así como evitar la vulneración de derechos fundamentales y la desprotección jurídica.

El debate actual sobre los problemas que plantea la diversidad de regulación sobre esta materia y la desigualdad jurídica generada, son dos de los motivos por los que nos ha parecido interesante enfocar el trabajo de final de máster en la discriminación y desigualdad entre los españoles así como la confusión normativa ante la que se encuentran actualmente los ciudadanos de nuestro país.

Es algo ambiguo pensar que, aun existiendo la prohibición de esta técnica en nuestro ordenamiento jurídico, el afán de búsqueda al acceso a la gestación por sustitución en aquellos países en los que sí que esta permitido llevarse a cabo, no ha disminuido, sino por el contrario, cada vez son más los que acuden a agencias especializadas en busca de información para llevar a cabo la gestación por sustitución.

La polémica generada partir de la instrucción de 5 de Octubre de 2010 de la Dirección General de Registros y Notarios (de ahora en adelante DGRN) en

contraposición con la prohibición implícita y clara sobre la gestación por sustitución en nuestro país, ha supuesto una confusión sobre si se permite o no el registro de la filiación en nuestro ordenamiento cuando la gestación por sustitución se ha llevado en otros países cuyos ordenamientos las permiten, poniendo como punto de partida la salvaguarda del interés superior del menor y el derecho supremo del niño.

Asimismo, la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta materia ha surgido como una ansiada respuesta y solución a las actuales decisiones de algunos estados, en cuanto a la denegación de la inscripción de la filiación determinada en el extranjero por parte del registrado consular. No obstante, ante dicha decisión, el Tribunal Supremo español se ha manifestado en un Auto de fecha 6 de Febrero de 2015, ratificando su decisión anterior en base a la desigualdad.

En España nos encontramos frente a un dispar de resoluciones contradictorias entre sí, las cuales generan una confusión jurídica encaminada a crear una desigualdad jurídica entre los ciudadanos. La jurisprudencia española trata de dar una respuesta ante la realidad social que presenta la gestación por sustitución, no obstante, la actual regulación y la incesante voluntad de reproducción de los ciudadanos que disponen de escasas o de ninguna alternativa para poder formar una familia, plantea la necesidad de una regulación justa e igualitaria para todos los españoles.

Con este trabajo he querido ponderar las soluciones jurisprudenciales que ha dado, tanto la doctrina española como la europea, ante el evidente y continuo acceso a ésta técnica de reproducción en países cuya regulación permite llevar a cabo la gestación por sustitución pero que contravienen lo establecido en los países donde residirá el nacido de ésta técnica. La realidad social nos muestra que la voluntad reproductiva va más allá de la actual regulación, y por lo tanto, es potestad del estado actualizar la normativa existente y dar una respuesta que no genere una desigualdad entre los ciudadanos.

1. Gestación por sustitución: concepto, causas y modalidades.

La gestación por sustitución al tratarse de una situación no regulada ni calificada de forma equitativa por todos los estados, es necesario acudir a criterios doctrinales y jurisprudenciales para poder desarrollar su definición.

1.1. Concepto

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la figura de la gestación por sustitución se puede definir desde muchos puntos de vista. No obstante, el concepto general y más aceptado lo define como una modalidad específica de las técnicas de reproducción asistida, mediante la cual una mujer, a cambio de una contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé con la finalidad de entregarlo a una u otras personas para que éstos puedan ser padres, ya sea de forma biológica o no, renunciando la gestante a sus derechos sobre el niño.

Atendiendo a esta definición, la gestación por sustitución no puede entenderse en sí misma una técnica de reproducción asistida, ya que según lo establecido en la Ley de Reproducción Humana Asistida, se incluyen como técnicas de reproducción asistida la inseminación artificial o fecundación *in vitro*, por lo que más que una técnica de reproducción asistida, la gestación por sustitución es una modalidad de reproducción que se lleva a cabo mediante las técnicas de reproducción antes descritas, y no es una técnica propiamente dicha. No obstante, debido a la finalidad y a la necesidad de usar las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo dicha gestación, se puede entender la inclusión dentro de las modalidades de reproducción asistida.

Otra de las definiciones que encontramos dentro de nuestra doctrina dada por Vela Sánchez y apoyada por un sector amplio de la doctrina española se establece que *“el contrato de gestación por sustitución es un fenómeno social, por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para otra u otras personas con la finalidad de que éstos puedan ser padres, biológicos o no”*.

Así pues, de forma general y partiendo de las diferentes definiciones establecidas en nuestro ordenamiento jurídico podemos distinguir las características comunes entre sí para el contrato de gestación por sustitución, de forma que entendemos que se trata de un acuerdo de voluntades atípico¹, asemejado a un contrato de arrendamiento de obra o servicio, que podrá ser oneroso o gratuito, a través del cual la mujer gestante se compromete a llevar a cabo la gestación, embarazo y

¹ Se trata de un contrato atípico al carecer de antecedentes legales.

nacimiento del futuro bebé que ha sido implantado en su útero utilizando técnicas de reproducción humana asistida, con la finalidad de entregar al nacido a la parte comitente, la cual puede estar formada por una pareja matrimonial o de hecho o por un individuo soltero, los cuales pueden o no aportar el material genético.

Partiendo de esta premisa, podemos determinar que los sujetos intervinientes en un proceso de maternidad subrogada son por un lado “la parte comitente”, caracterizada por la parte que encarga la gestación, ya sea bien una pareja heterosexual u homosexual o bien una persona de forma individual, mujer u hombre sólo que quiera ejercer por solitario la maternidad o paternidad respectivamente. Por otro lado, encontramos la “parte gestante”, referencia a la mujer gestante que se compromete a llevar a cabo el embarazo, aportando o no material reproductivo, de dar a luz al niño y de entregarlo con posterioridad a la parte comitente, renunciando a la determinación de su maternidad.

Jurisprudencialmente también encontramos una definición del concepto de gestación por sustitución derivada de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de Noviembre de 2011, según la cual se define el convenio de gestación por sustitución como *“aquel contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también material genético, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, matrimonial o de hecho, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”*.

1.2. Aspectos generales

Por su naturaleza jurídica, el contrato de gestación por sustitución se puede calificar como un contrato civil de arrendamiento de obra, que implica necesariamente la utilización de la fecundación *in vitro* y en el cual intervienen diferentes partes.

Según establece nuestro Código Civil Español en su artículo 1.261, los requisitos esenciales del contrato que deben concurrir son tres: El consentimiento de los contratantes, el objeto cierto que sea materia de contrato y la causa de la obligación que se establezca.

Tal y como dispone el artículo 1.271 del CC, puede ser objeto del contrato *“todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las facturas y todos los servicios que no sean contrarios a las leyes ni a la moral”*. Así pues, el CC nos delimita cuáles pueden ser objeto de un contrato.

La propia norma, además determina qué requisitos debe reunir el objeto del contrato por imperativo de la ley, entre los que vamos a destacar la licitud. El requisito de la

licitud se contempla en el artículo 1.271 del CC, no obstante el mismo precepto lo distingue según se refiera a las cosas o a los servicios. En cuanto a las cosas, se exige *“que no estén fuera del comercio de los hombres”*, en cambio para los servicios se contempla *“que no sean contrarios a las leyes y a las buenas costumbres”*.

Los bienes *extra commercium* engloban los bienes de dominio público, las cosas que no son susceptibles de apropiación por considerarse cosas comunes a todos al quedar fuera del ámbito del poder individual. En tercer lugar los bienes sustraídos a la libre disponibilidad de los particulares.

Se entiende que el contrato de gestación por sustitución está viciado de nulidad porque su objeto recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de una mujer, por lo que atenta contra el principio de indisponibilidad del cuerpo humano. El alquiler de la función reproductora de la mujer, no puede ser objeto de tráfico jurídico al contradecir el principio de indisponibilidad del cuerpo humano así como el de indisponibilidad del estado civil (maternidad).

En tal sentido, desde este punto de vista jurídico hablamos de nulidad del contrato porque carece de objeto, y al carecer de objeto contradice lo estipulado en el artículo 1.261 del CC.

Asimismo, se entiende que el contrato de gestación por sustitución es nulo porque su causa es ilícita. Según lo establecido en el artículo 1.275 del CC, *“los contratos sin causa, o una causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”*.

El contrato de gestación por sustitución contradice lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ya que el contenido de dicho precepto contempla expresamente la nulidad de dicho contrato. Así pues, el mismo contrato ya contradice lo dispuesto por una ley española vigente, de modo que su causa es indiscutiblemente ilícita.

Por otra parte, la nulidad del contrato de gestación por sustitución se observa implícitamente en el hecho de que la madre gestante deba renunciar a la filiación del hijo nacido mediante esta técnica, por lo que nos encontramos ante una contradicción con el artículo 6.2 del CC. El derecho de familia se caracteriza principalmente por tener una relevancia especial en cuanto al interés público, por lo que la renuncia expresa al derecho de filiación por parte de la madre que da a luz supondría un atentado al “orden público” español.

Con todo ello, que el contrato sea nulo de pleno derecho conlleva, necesariamente, el impedimento de perseguir su cumplimiento vía judicial. Es decir, la parte comitente

no podrá exigir la entrega del hijo nacido con posterioridad a su nacimiento, ni podrá exigirse el pago a la madre gestante por parte de la parte comitente del contrato, según lo estipulado en el contrato. Nos encontramos por lo tanto ante el problema de que si una parte infringe/incumple el acuerdo, la otra no podrá invocar la asistencia judicial para exigir su cumplimiento.

No obstante, en el Derecho español, aún cuando la madre gestante pretendiese cumplir el acuerdo, los efectos serían los mismos, es decir, el acto carecería de eficacia jurídica, de forma que las consecuencias serán las que determine la ley y no la voluntad pactada por las partes en el contrato.

1.3. Causas

Actualmente, las técnicas de reproducción humana asistida han facilitado la aparición de nuevos modelos de familias, de forma que la incapacidad de llevar a cabo la procreación de forma natural no es obstáculo para formar una familia independientemente de la relación tradicional entre hombre-mujer.

Con carácter general, las técnicas de reproducción humana asistida están destinadas y se regulan con fines de poner solución a la infertilidad o incapacidad de gestar de la mujer, que siendo los avances tecnológicos tan sorprendentes hoy en día, no se ha podido establecer un remedio para combatirla.

No obstante, la gestación por sustitución engloba una mayor cobertura de causas por las que se acude a dicha técnica como elección principal o como única elección.

El primer motivo por el que se acude a la gestación por sustitución engloba los impedimentos derivados de *problemas médicos*. Dentro de este grupo podemos distinguir varias causas que plantean acudir a la modalidad de gestación por sustitución: la infertilidad, la esterilidad, la histerectomía y enfermedades congénitas.

La infertilidad es una enfermedad² que afecta a la pareja en lo que respecta a la concepción de un hijo de forma natural o a la imposibilidad de concebir sin asistencia médica. Las causas tiene su origen en diferentes factores, y pueden ser provenientes tanto del hombre como de la mujer. En algunos casos aunque haya asistencia médica no hay garantías de que se lleve a cabo la gestación.

Por otro lado, encontramos la incapacidad irreversible de reproducción, es decir la esterilidad. Al igual que en el caso anterior, el tratamiento para dicha incapacidad serían las técnicas de reproducción humana asistida (inseminación artificial,

² La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo, tratada como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas.

fecundación *in vitro*, transferencia intratubárica de gametos, entre otros). No obstante, aunque son técnicas muy avanzadas y tiene resultados muy positivos, en muchos casos tampoco son totalmente eficaces.

En ambos casos, los tratamientos son muy costosos y tras intentos infructuosos la pareja desiste de seguir intentado dichos métodos, por lo que la gestación por sustitución se presenta como una alternativa muy potente.

Siguiendo con las causas médicas, encontramos la ausencia de útero tanto por causa congénita como por una histerectomía. En el primer caso, la mujer ya ha nacido sin útero, en cambio, el segundo es debido a una intervención quirúrgica derivada del cáncer de útero, cuya consecuencia es la extirpación del mismo y la consecuente imposibilidad absoluta de anidar el ovocito u óvulo fecundado, impidiendo de este modo el desarrollo del embrión, por lo tanto generando la esterilidad de la mujer.

La última referencia respecto de las causas médicas que cabe destacar es la de la voluntad de la pareja de no querer transmitir una enfermedad congénita. En estos casos se debe al padecimiento de alguna enfermedad mitocondrial que se transmite por la madre, en casos de deficiencia congénita como la sordera o ceguera o en casos de una infección del sistema como por ejemplo el VIH.

En cuanto al segundo grupo de las causas por las que existe la voluntad de acudir a la gestación por sustitución encontramos la derivada de las *personas solteras que desean ser padres o parejas homosexuales*.

La entrada en vigor de la Ley 13/2005 de 1 de Julio³ por la que se permite en España el matrimonio homosexual, ha supuesto otorgar a estas parejas los mismos derechos recogidos para las parejas heterosexuales, por los que se les otorga el derecho a la paternidad.

El Código Civil Español, en relación con el artículo 14 de la CE, otorga la posibilidad de las parejas homosexuales de acudir a la paternidad aunque frente a las opciones reguladas para las parejas heterosexuales, la única opción posible en estos casos es la adopción simultánea o sucesiva, sin que puedan tener opción a tener descendencia genéticamente.

La gestación por sustitución en estos casos concurre como una posible alternativa al acceso a la paternidad de las parejas homosexuales, así como única opción en el caso que quieran ejercer la paternidad de forma biológica.

³ Ley 13/2005 de 1 de Julio por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE nº 157, de 2 de Julio de 2005).

Asimismo, la Ley 14/2006 reconoce el derecho de la mujer a ejercer la maternidad de forma individual, por lo que atendiendo al derecho fundamental de igualdad emanado por el artículo 14 CE, la gestación por sustitución también sería la vía fáctica o la única alternativa a la adopción para quien quiera ejercer la paternidad de forma individual, debido a razones lógicas de incapacidad de concepción del hombre. Por lo tanto, también sería la causa de querer formar una familia de forma individual. El siguiente grupo de motivos por los que se acude a la gestación por sustitución engloba la *cuestión estética*⁴. Aunque es menos frecuente esta razón, actualmente y debido a la sociedad de consumo y del ideal de belleza perfecto, algunas mujeres ven en esta modalidad de reproducción la vía perfecta para cumplir el sueño de la maternidad sin que su cuerpo sufra los cambios propios de la gestación y del embarazo.

Finalmente, un último motivo por el que se plantea acudir a la modalidad de la gestación sería el caso de la *fecundación post mortem*. Siendo este un caso aislado, vendría a reunir aquel caso en que una pareja tiene la voluntad de formar una familia y por ejemplo tiene congelado el material genético. La mujer por enfermedad o por otras causas fallece sin haber obtenido descendencia, en este caso el marido, si continua con la voluntad de tener un hijo con su mujer, la única opción posible para ello sería la gestación por sustitución. Como bien he dicho es un caso aislado, ya que en muchos ordenamientos este planteamiento no se puede llevar a cabo ya que lo prohíben las leyes internas de cada estado, no obstante sería una razón por las que se podría dirigir a la gestación por sustitución.

⁴ SANCHEZ ARISTI, R. “*La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos*”. HUMANITAS. Humanidades Médicas, N° 49, Abril 2010. Última revisión Octubre 2015: (http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/articulo.pdf)

1.4. Modalidades: gestacional vs. tradicional

La gestación por sustitución nos brinda una diversidad de modalidades en base a la combinación del material genético aportado para la procreación del futuro bebe. Podemos englobar dichas modalidades en tres grandes apartados:

En primer lugar podemos destacar la aportación del material genético por parte de la pareja contratante (la parte comitente), en el sentido que se aportará el material genético en su integridad, siendo la madre gestante la que recibe el embrión en su útero y con el único objeto de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.

En segundo lugar encontramos que la madre gestante aporta material genético (óvulo) además de llevar a cabo la gestación y el nacimiento. En este caso, el óvulo de la madre gestante es fecundado por el material genético de la parte comitente (varón de la pareja en caso de matrimonios o parejas de hecho y en los casos de parejas homosexuales por uno de los dos) o bien por donante anónimo.

En tercer lugar, el material genético es aportado por individuos ajenos a la persona soltera contratante o pareja matrimonial o de hecho, y la madre gestante únicamente cede su útero para llevar a cabo la gestación y el nacimiento del bebé.

Así pues, podemos distinguir entre la mencionada maternidad gestacional o parcial, que vendría a englobar los supuestos en los que la madre gestante únicamente cede su útero para la gestación, y la maternidad tradicional, plena o total, que serían los supuestos en que además de recibir el embrión en su útero para llevar a cabo la gestación la mujer gestante aporta material genético⁵.

Con carácter general y teniendo como precedente el famoso caso *Baby M* resuelto por el TS de Nueva Jersey en 1988⁶, la tendencia mayoritaria se ha decantado por maternidad subrogada gestacional frente a la maternidad subrogada tradicional o plena. La causa recae en el hecho de que la inexistencia de vínculo genético entre la mujer gestante y el nacido provoca que algunos ordenamientos jurídicos puedan aceptarlo con mayor facilidad, además de que permite establecer la posibilidad de un vínculo genético entre la madre comitente y el nacido.

⁵ E. FRANÓS AMORÓS, “*Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la resolución de la DGRN de 18 de Febrero de 2009*”, InDret, enero 2010, versión on line.

⁶ *In Re Baby M*: la mujer gestante que había sido inseminada con espermatozoides del marido de la pareja comitente se negó a entregar a la niña nacida después del parto. El TS de Nueva Jersey consideró que el acuerdo previo era contrario al interés público del Estado, y declaró padres de la menor a la madre gestante y al marido de la madre comitente. Ahora bien, en base al interés superior del menor, el Tribunal otorgó la custodia de la niña a la pareja comitente y atribuyó a la madre subrogada un régimen de visitas susceptible de ampliación.

2. Maternidad y paternidad. -Relaciones paternofiliales y problemas

Antes de abarcar con el tema de la regulación existente en España sobre gestación por sustitución y sus consecuencias respecto a la filiación de los menores nacidos mediante esta modalidad, es conveniente hacer un inciso breve sobre el régimen legal filiatorio en el ordenamiento jurídico español.

Con carácter general, la filiación se puede definir como aquel vínculo jurídico que existe entre un padre y su hijo o una madre y su hijo. De este vínculo jurídico entre un padre y su hijo y entre una madre y su hijo, podemos determinar la existencia de la figura de la paternidad y de la maternidad. Ambas figuras irán indisolublemente unidas y se ejercerán de forma simultánea generalmente, no obstante, es necesario el trato independiente a uno y a otro vínculo de filiación en algunos casos.

2.1. Reglas generales de determinación de la Filiación

Desde la Roma clásica, la filiación tenía su fundamento en el vínculo biológico o genético existente como consecuencia de la descendencia de los hijos respecto de los padres. Este vínculo poseía una dimensión biológica derivada del hecho mismo de la generación.

Para el caso de la maternidad, la filiación venía determinada por el parto, de ahí el antiguo axioma romano "*mater semper certa est*"⁷. No había dudas de que la madre biológica y legal del niño era quien lo había dado a luz.

Para la determinación de la paternidad de los padres respecto de los hijos, al no existir las herramientas actuales para verificar el parentesco biológico, los romanos partieron de una lógica simple: el padre sería el marido de la mujer que ha dado a luz, regla recogida en el axioma romano "*pater sestet quem nuptia demonstrant*"⁸.

No obstante, la ley y la sociedad no siempre han considerado que la unión entre lazo biológico y lazo legal fuera necesario e irrevocable. El derecho, a su vez, no crea el vínculo biológico, sino que lo califica, y en esta dialéctica entre naturaleza y norma, el vínculo biológico, paralelamente no crea *per se* la relación jurídica.

El avance científico en materia de técnicas de reproducción, ha planteado dilemas en lo que respecta a la determinación de la paternidad y también de la maternidad, surgiendo de esta manera nuevas posibilidades de filiación. A la filiación natural o

⁷ Axioma romano "*mater semper certa est*", que significa madre es quien da a luz.

⁸ Axioma romano "*pater sestet quem nuptia demonstrant*", padre es el que demuestra las justas nupcias.

biológica, se le suman la mencionada "filiación social o de deseo", la "filiación genética" y la "filiación legal".

Hablando desde una perspectiva europea, casi la totalidad de países europeos modificaron sus legislaciones en materia de filiación en las décadas comprendidas entre 1950 y 1990, inspiradas en las nuevas ideas de equiparación de todos los hijos sin importar su origen matrimonial o extramatrimonial y la igualdad de los hijos adoptivos.

En el mismo sentido y haciendo referencia a las técnicas de reproducción asistida, se puede hablar de un "nuevo sentido de la paternidad", por lo que coincidiendo con MORO ALMARAZ, se puede afirmar que el Derecho Español ha asumido la función social de la paternidad de forma que, ésta supera la dimensión física de la reproducción y va más allá del vínculo genético puro⁹.

Las normas jurídicas en el derecho español tratan de asemejar la realidad biológica con la realidad legal con la intención de asegurar una analogía entre ambas, conservando de este modo el sentido de la "identidad de descendencia". No obstante, la realidad muestra situaciones en que la determinación de la filiación del menor no es clara, por ejemplo en los casos de los niños que han sido abandonados. Ante estas situaciones, la ley precisa llenar ese vacío legal, es el derecho positivo el que tiene el deber de establecer las herramientas necesarias para que la filiación quede determinada jurídicamente.

Dentro del ordenamiento jurídico español, las reglas comunes a la filiación las encontramos recogidas en el Código Civil. La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción (regulación de la paternidad y la filiación, artículos 108-141 CC). Así también, el mismo precepto distingue entre la filiación matrimonial y la no matrimonial, no obstante, esta diferencia ha sido suprimida del ordenamiento español, equiparando los mismos efectos para ambas.

De acuerdo con la normativa española, tanto para la determinación de la filiación para los hijos matrimoniales y los no matrimoniales su acreditación depende de los documentos que determinen la legalidad de la filiación, es decir el certificado de nacimiento en el registro civil o la sentencia que determine la filiación del menor. Esta acreditación esta fundamentada en la ley del registro civil español, la ley 8 de Junio de 1957.

A pesar de tener esta regulación, debido a la libre circulación internacional de personas, el Código civil español se ha visto obligado a estipular unas bases a tener

⁹ M.J. MORA ALMARA: "*Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*". Edit. BOSCH, Barcelona 1988, pág. 208

en cuenta a la hora de regular los efectos de inscribir en el registro civil la filiación natural. Actualmente nos encontramos con muchos matrimonios o parejas formados por personas de diferentes nacionalidades y el legislador ha querido englobar todos los supuestos que puedan derivar de dichas uniones y amparar legalmente al menor sin provocar perjuicio alguno.

El artículo 9.4 del CC, establece la ley aplicable para la determinación de la filiación, que en relación con el artículo 9.1 CC, es la ley nacional del menor. No obstante, la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor, incorpora una previsión en el artículo 9.4 CC, que dice que, *“en el caso en que no se pueda determinar la nacionalidad se aplicará la ley de residencia habitual del menor”*.

2.2. Reglas comunes de determinación legal de la filiación derivada de la maternidad subrogada en España

En el ordenamiento jurídico español para determinar la filiación, la LTRHA se remite a la aplicación directa del Código Civil, cuyo sistema está basado desde 1981 en la verdad biológica, salvo aquellas especificaciones que dicha ley contempla. No obstante, la LTRHA sustituye la verdad biológica por la voluntad de quien desea ser progenitor, con independencia del origen genético del material reproductor empleado.

El caso de la gestación por sustitución es un supuesto muy específico, el cual merece una especial atención en cuanto a la determinación de la filiación en estos supuestos.

2.2.1. Determinación legal de la maternidad

Haciendo referencia al artículo 10.2 de la LTRHA, la premisa general será que la mujer que ha dado a luz a través de un contrato de maternidad subrogada será la madre legal del nacido, con total independencia del origen del gameto femenino y de la técnica elegida para la fecundación, de forma que nos regiremos por el axioma *“mater semper certa est”*.

Además de regirnos por esta regla de la maternidad determinada por el parto, atendiendo a las reglas de la LTRHA, en su precepto 8.3 en concreto, nunca se podrá determinar la maternidad en favor de la donante “anónima” del óvulo.

Por lo tanto, en España, tal y como esta configurada la regulación actual del contrato de gestación por sustitución, la madre legal del nacido será siempre la que lo ha

dado la luz, no pudiendo defender o acreditar la maternidad en favor de la mujer comitente (que puede o no coincidir con la portadora del material genético).

2.2.2. Determinación legal de la paternidad

En este caso habrá que hacer una distinción en función del estado civil de la mujer gestante.

Para el caso en que la mujer gestante este casada, el artículo 116 del Código Civil establece que, *a priori*, paternidad legal será atribuida al marido de la gestante, con independencia de quien haya aportado el material genético masculino.

Si la mujer gestante no esta casada, la ley establece que la determinación de la filiación será únicamente de la madre. Las alternativas para este supuesto, respecto a la paternidad del hombre que ha aportado el material genético (parte comitente), estarían relacionadas con la acción de reclamación de la paternidad o reconocimiento de la misma (artículo 133 del CC). Así pues, la filiación para este supuesto de hecho quedaría determinada respecto de la mujer gestante (que podría ser o no la madre biológica) y del hombre comitente si ha ejercido la acción de reclamación de la paternidad respecto del nacido.

No obstante, para este supuesto cabe abarcar también el hecho de que puede darse el caso en que el hombre comitente no aporte su material genético, sino que éste sea de donante anónimo; en este caso, el padre comitente tendría dos opciones: por un lado también podría reconocer dicha paternidad respecto del nacido, sin que sea requisito legal la vinculación genética con el nacido, o bien podría adoptar al menor siguiendo el procedimiento adecuado.

Consecuentemente, encontramos respuesta a la determinación de la maternidad de la mujer comitente para estos casos (el hombre comitente ha reconocido la paternidad respecto del nacido)¹⁰. Partiendo del hecho de que la mujer comitente no podrá ser *a priori* la madre legal del menor, para que la mujer comitente pueda ser la madre legal del menor, tendrá que operar necesariamente el acto jurídico de la adopción.

Esta solución teórica en base a un modelo de adopción, dependerá del estado civil de la mujer gestante. Así pues, encontramos la siguiente relación para los supuestos prácticos viables:

¹⁰ JARUFE CONTRERAS, D. – “*Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción “versus” técnicas de reproducción humana asistida*”. DYKINSON 2013, Pág. 261-316

- para el caso de una mujer sola, deberá recurrirse necesariamente a una adopción unilateral. Para ello se deberá contar con el consentimiento de la madre gestante si la paternidad no estuviese determinada, o bien con el consentimiento tanto de la mujer gestante como del padre legal del mismo (supuesto en que la mujer gestante estuviese casada).

- para el caso de la mujer pareja o cónyuge del varón comitente, se deberá hacer una distinción respecto si la paternidad ya ha sido determinada en favor del varón comitente (en cuyo caso debería seguirse por la vía de la adopción del cónyuge- artículo 176.3.2 CC)- además de que deberá contarse con la renuncia de la madre gestante junto a la correspondiente resolución judicial de adopción.

Por otro lado, para el caso en que la determinación de la paternidad no recaiga sobre el varón comitente, se deberá seguir el modelo legal establecido para la filiación mediante adopción conjunta por ambos comitentes.

Así pues, la determinación de la maternidad de la mujer comitente sólo procederá mediante el acto legal de la adopción.

2.3. Determinación de la filiación en el derecho español del niño nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución

Ante la respuesta del ordenamiento jurídico español para la determinación de la filiación en los casos de gestación por sustitución llevados a cabo en España, muchos españoles han optado por buscar ordenamientos jurídicos más permisivos. No obstante, las consecuencias de la determinación de la filiación en dichos estados plantean nuevos problemas cuando se pretende su inscripción en el Registro Civil Español.

2.3.1. Antecedentes de hecho

La polémica existente en el derecho español en lo que respecta a la inscripción y determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante el contrato de gestación por sustitución tiene su antecedente o su causa en la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009¹¹.

En el año 2007 se da a conocer en nuestro país el primer supuesto de gestación por sustitución de dos gemelas, debido a la situación pública de la comitente y de la noticia que generó para los medios de comunicación¹² al no ser una práctica común

¹¹ BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2008

¹² ARRANZ, P. "El 35% de las españolas que se someten a una inseminación no tiene pareja". Diario el Mundo, Septiembre de 2015.
<http://www.elmundo.es/yodona/2015/09/05/55e874d6ca4741a32a8b4592.html>

llevada a cabo en nuestro país. No obstante, en este caso el Registro Civil del Consulado Español de Los Ángeles (país donde había tenido lugar el contrato de gestación por sustitución) no denegó la inscripción de las gemelas, ni impidió la filiación de las mismas.

A raíz de este supuesto, la elección del contrato de gestación por sustitución fuera de las fronteras españolas se fue generalizando a pesar de la prohibición existente en nuestro país de realizar dicha práctica, sin encontrar por parte de las autoridades españolas ningún tipo de impedimento a la hora de inscribir a los nacidos en el extranjero mediante dicha técnica. No obstante, fue en noviembre de 2008 cuando un encargado del Registro civil del Consulado Español de California que denegó a dos ciudadanos españoles, casados, la inscripción del nacimiento de sus dos hijos gemelos nacidos en San Diego en octubre de ese mismo año¹³.

Ante dicha situación, los interesados interponen recurso ante la DGRN, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil Español. El 18 de Febrero de 2009, la DGRN dicta una resolución donde ordena la inscripción del nacimiento de los menores y de la filiación de los mismos, según consta en el certificado registral extranjero de los Ángeles que aportan los comitentes.

El fundamento en el que sustenta su resolución lo encuentra la IDGRN en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, según el cual "*el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los tratados internacionales*". La DGRN en este sentido entiende que la función del encargado del Registro Civil consular se tiene que limitar a realizar un control formal de legalidad de la decisión registral extranjera en forma de certificación registral, sin entrar a valorar si el contenido de ésta se adecua o no al derecho positivo de nuestro ordenamiento jurídico¹⁴.

Así pues la DGRN en esta resolución de 18/02/2009 acoge el mecanismo del reconocimiento de la certificación registral extranjera. Según dicha resolución, se considera que la filiación determinada en un registro civil extranjero no es un mero hecho. Cuando una autoridad pública extranjera inscribe en un registro público el nacimiento de un menor con su correspondiente filiación, no sólo hace constar hechos, sino que además los califica jurídicamente, con lo que la filiación determinada en un registro civil extranjero constituye una auténtica decisión

¹³ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V., "*La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales*". Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá V (2012) pág. 365-381

¹⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R " Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución".

acordada por una autoridad pública extranjera. Es por esto que la DGRN deja a un lado la norma de conflicto del foro y procede a controlar los elementos externos: que la autoridad extranjera sea internacionalmente competente, que se hayan respetado los derechos de defensa en el estado de origen y que no sea contraria al orden público internacional español.

En esta resolución, la DGRN considera que la certificación registral californiana en la que se constata la paternidad en favor de dos varones, no vulnera el orden público internacional, en base a tres razones: en primer lugar porque en Derecho español se admite la filiación en favor de dos hombres en caso de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales (artículo 14 CE); si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida a favor de dos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de hijos naturales. En segundo lugar, en derecho español es posible que la filiación se inscriba en favor de dos mujeres (art. 7.3 TRHA); en tercer lugar, el interés superior del menor (art. 3 CNYDN de 20 de Noviembre de 1989) según el cual puede aconsejar la inscripción en el registro civil español de la filiación que figura en el registro civil extranjero. En caso de rechazar la inscripción de esta filiación en el registro civil español, podrían producirse diversos resultados negativos para el menor.

Ante dicha resolución, el Ministerio Fiscal impugna la Resolución de la DGRN ante los Juzgados de Primera Instancia de Valencia. Consecuentemente, se dicta, en fecha 15 de Septiembre de 2010, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia num. 15 revocando la decisión de la DGRN, en base, principalmente, al principio de Jerarquía normativa, otorgando de este modo un mayor valor normativo a la aplicación del artículo 23 de la LRC frente a los artículos 81 y 83 del RRC.

El precepto legal establece (art. 23 de la LRC) : "*Las inscripciones podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley Española*". En este caso si que vemos que el precepto obliga al Registrador a realizar un control de fondo del contenido de la certificación extranjera. La inscripción exige " *que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española*". Así pues, atendiendo al artículo 23 se exige examinar si la certificación extranjera vulnera o no el contenido de esa ley (la ley 14/2006) y por lo tanto, la cuestión 21 sobre la vulneración o no de dicha ley debe examinarse para poder resolver la inscripción de la filiación.

El matrimonio, ante dicha resolución, interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, y cuyo resultado se da a conocer por la Sentencia

de 23 de Noviembre de 2011. La sentencia desestima el recurso y confirma la decisión del Juzgado de Primera Instancia.

La SAP Valencia de 23 de Noviembre de 2011 desestima el recurso en base a las siguientes razones: se vulneran principios tales como la indisponibilidad y dignidad de la persona (art. 10.1 CE), la integridad moral (art. 15 CE) y la protección integral por parte de los poderes públicos de los hijos y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.

La decisión de la audiencia hace prevalecer el artículo 23 de la LRC sobre el contenido de los artículos 81 y 83 del RRC, en virtud del principio de jerarquía normativa reconocido en el artículo 9.3 CE. Aquí la Audiencia Provincial de Valencia coincide con el Juzgado de primera instancia, en cuanto al control previo de legalidad de la certificación extranjera por parte del registrador consular. De forma que, ratificando la decisión del juzgado de primera instancia, al ser el contrato de gestación por sustitución una práctica prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, en base al artículo 10 de la LTRHA, no se puede admitir la inscripción de filiación en el registro civil español.

La Audiencia en este aspecto intensifica la fuerza de la norma emanada por el artículo 10 de la LTRHA, calificando dicho precepto de "norma de policía"¹⁵. Así mismo, para al SAP de Valencia tampoco hay vulneración del interés superior del menor, debido a que el propio ordenamiento jurídico ofrece cauces alternativos para que los menores puedan ver determinada su filiación (art. 3 CNUDN).

La resolución de la audiencia incide también en la infracción del orden público español mediante la certificación registral expedida por el estado de California, en base a los artículos 954-3 de la LEC de 1881. De forma que aquí, el fondo del asunto radica en el hecho de que el niño no puede ser objeto de transacción (esta fuera del comercio de los hombres).

Por lo tanto, es clara la postura del Juzgado de Primera Instancia num. 15 de Valencia (sentencia de 15 de septiembre) y la de la SAP de Valencia de 23 de Noviembre de 2011: no se podrán inscribir como hijos del matrimonio español (ya sea un matrimonio homosexual como uno heterosexual como una persona sola) los nacidos mediante un convenio de maternidad subrogada por aplicación de la normativa española que "prohíbe" en España la gestación por sustitución. Las decisiones se basan en la aplicación de una norma imperativa.

¹⁵ FFJJ SEGUNDO de la Sentencia Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) núm. 826/2011 de 23 de Noviembre [AC\2011\1561]

Así pues, la pareja española, ante dicha resolución, recurren ante el Tribunal Supremo. De esta forma nace “formalmente” la doctrina española adoptada para este tipo de asuntos, Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 2014.

2.3.2 Decisión del Tribunal Supremo Español, STS 6 DE FEBRERO DE 2014

Por otra parte, para el TS español, la decisión adoptada por la autoridad registral californiana, a la hora de atribuir la filiación a los padres que subscribieron el contrato de gestación por sustitución, es contraria al orden público internacional español, debido a que resulta incompatible con las normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto la filiación¹⁶. Asimismo, el TS no considera la existencia de un trato discriminatorio el hecho de negar la inscripción de nacimiento y filiación en favor de los dos varones. Finalmente, para el tribunal la denegación de la inscripción de la filiación de los menores no genera la desprotección de los mismos, sino que el propio artículo 10 de la LTRHA en su apartado tercero recoge una vía de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico en el caso de que alguno de los dos lo sea, además de los cauces de acogimiento y adopción que contempla nuestro ordenamiento de forma que los menores no quedarían desprotegidos de un núcleo familiar.

Cabe mencionar la importancia del voto particular formulado por el magistrado D. José Antonio Seijas Quintana en esta sentencia, y al que se adhieren los magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol. El voto discrepante afecta a tres aspectos esenciales en esta sentencia: a) acceso al Registro de la certificación expedida por la autoridad administrativa Californiana; b) orden público internacional, y c) interés superior del menor¹⁷.

Respecto al primer aspecto, el desacuerdo radica en la técnica jurídica aplicable, que según argumenta el voto particular, no recae en la norma de conflicto de leyes, sino en la norma de reconocimiento de decisiones expedidas por autoridades extranjeras. Aquí interesa la existencia de una decisión previa de la filiación de los dos niños nacidos tras un contrato de gestación por sustitución, la cual no debería plantear problemas sobre la ley aplicable, sino más bien en al forma de reconocimiento de ese documento expedido por la autoridad administrativa de California.

¹⁶ FFJJ TERCERO Apartado Décimo de la STS núm. 835/2013 de 6 de Febrero [RJ\2014\833]

¹⁷ VOTO PARTICULAR de STS núm. 835/2013 de 6 de Febrero.

Desde este punto de vista, cabe considerar que no se puede comparar la convalidación de un contrato de gestación por sustitución, el cual como sabemos está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico, con el procedimiento para llevar a cabo el reconocimiento de la filiación de éstos menores nacidos en el extranjero, ya que esta filiación ha sido expedida por una autoridad extranjera competente y por lo tanto goza de autenticidad en dicho país.

Así pues, lo que interesa desde esta perspectiva es la existencia de una certificación registral extranjera, sobre la cual se tendría que haber aplicado el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil (tal y como proponía la Instrucción del DGRN), y por lo tanto, el reconocimiento de la filiación vendría determinado por la legislación americana en este caso, sin que resultara aplicable el artículo 10 de la Ley 14/2006 (la filiación ya estaría determinada por una autoridad extranjera).

En cuanto a la vulneración del orden público internacional, el voto particular hace una puntualización merecedora de ser comentada. Aunque es indiscutible que el contrato de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico se considera nulo de pleno derecho, el legislador debe hacer una distinción entre la práctica llevada en nuestro país y los efectos derivados de dicha práctica cuando ésta se lleva a cabo en un país en que su legislación la permite.

En este sentido se pronuncia el Informe de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya de 10 de Marzo de 2012, sobre los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional. Según dicho informe, se plantea la propuesta de adoptar un instrumento de carácter internacional que permita un marco de cooperación entre las autoridades de los diferentes estados. Por lo tanto, no hablamos de una armonización de las normas de Derecho Internacional Privado relativas al establecimiento de la filiación derivada de los contratos de gestación por sustitución, sino más bien de favorecer el reconocimiento de las filiaciones válidamente determinadas en los estados cuyas regulaciones permitan esta forma de maternidad por sustitución, de los estados cuyos ordenamientos no permitan dicha práctica.

Siguiendo con esta línea de argumentación, el voto particular incide en que la vulneración del orden público en este sentido debería entenderse desde el interés superior del menor, no desde una perspectiva de contrariedad de la normativa interna, ya que la tutela del interés superior del menor reviste un carácter prioritario y debe ser valorado necesariamente por los jueces y tribunales¹⁸.

¹⁸ Aquí según se argumenta en el voto particular de la STS 835/2013, el orden público debe valorarse desde una perspectiva de tutela del interés del menor, equiparando dicha situaciones a las de las adopciones internacionales. De acuerdo con los artículos 53 de la CE y el artículo 5 de la

El voto particular en este caso, concluye la argumentación relativa a la vulneración de orden público internacional estableciendo que, dicha vulneración se debe comprobar estudiando los casos particulares, entrando a valorar los efectos de la resolución extranjera dictada y no los efectos derivados de la ley que anula el contrato de gestación por sustitución.

Finalmente, en cuanto al interés superior del menor, interesa remarcar la situación de “limbo jurídico” en el que se sitúa a los nacidos mediante esta modalidad, y de los efectos que esto pueda derivar en dichos menores, ya que se crean vínculos afectivos y familiares irreversibles. De acuerdo con la argumentado por el voto particular, existe el interés superior del menor antes y después del contrato de gestación por sustitución, ya que el contrato se ha llevado legalmente conforme a la normativa extranjera. Así pues, en este caso, aplicar una normativa interna referente al orden público internacional, perjudica el interés de los menores y del núcleo familiar creado, de forma que es evidente que se atenta contra el interés superior del menor.

De todo lo expuesto en el voto particular, el magistrado D. José Antonio Seijas Quintana concluye que debe estimarse el recurso de Casación contra la sentencia recurrida y desestimar la demanda formulada por el Ministerio Fiscal, de forma que debe mantenerse la inscripción de la filiación de los menores nacidos en California en el Registro Civil Español.

Así pues, podemos observar claramente que la doctrina dentro de nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra consolidada de forma uniforme en base a la argumentación del Tribunal Supremo, sino que la existencia del voto particular, en este aspecto, nos hace plantearnos la necesidad de una solución para los casos llevados a cabo en el extranjero de forma válida y legal, conforme a la normativa de dicho estado.

Los movimientos dentro del Derecho Comparado y los indicios de una voluntad de regulación por parte de la Conferencia de la Haya, nos conducen a la aceptación de la realidad de la determinación de las filiaciones derivadas de los contratos de gestación por sustitución en muchos países, hecho que nos lleva a plantear la necesidad de su regulación. Hablando desde una perspectiva de política legislativa dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la solución radica en el planteamiento a nivel interno del reconocimiento de las certificaciones registrales expedidas por autoridades extranjeras competentes, derivadas de contratos válidamente establecidos.

LPJ, citados en la STC 141/2000 de 29 de mayo que lo califica como “*estatuto jurídico indisponible de los menores dentro del territorio nacional*”.

3. Configuración y régimen jurídico del contrato de gestación por sustitución

La gestación por sustitución ha irrumpido en la sociedad española como una alternativa de acceso a la condición de padre o madre, pese a la prohibición expresa en la norma. La prohibición de la gestación por sustitución por la LTRHA no impide que ésta se lleve a cabo ni en España ni en el extranjero. Hay una necesidad de dar una respuesta legal a los nacidos por gestación por sustitución en el extranjero.

Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice; antes bien, se utilizan distintas estrategias o mecanismos, generando conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la gestación por sustitución y resuelva los problemas que ocasiona. El problema no está en la práctica en sí misma, sino en la inexistencia de un marco legal que permita regular, controlar y establecer criterios para poder llevarla a cabo atendiendo a los intereses de todas las partes involucradas, tanto la gestante, la o las personas contratantes y el niño o niña fruto de ese acuerdo.

El antecedente legal de la regulación de la reproducción asistida en España la encontramos en la ley 35/1988 de 22 de Noviembre. El objetivo principal de dicha regulación se encuentra en permitir superar la barrera de la esterilidad mediante las técnicas de reproducción asistida.

La exposición de motivos de la LTRA de 1988 nos adelantaba e informaba del continuo cambio que provocan los avances científicos y por lo que el derecho en algunos aspectos puede quedar rezagado en la regulación de dichos avances. Este constante cambio provoca la generación de un vacío jurídico respecto a ciertos problemas que deben quedar resueltos por las normas de nuestro ordenamiento jurídico, con el fin de no generar indefensión a los ciudadanos.

Así pues, en 2003¹⁹ encontramos la modificación de esta primera LTRA y en cuya exposición de motivos incide esencialmente en la determinación de la paternidad biológica, en sentido que “la aparición de las técnicas de reproducción asistida supone la apertura de nuevas posibilidades de solución a los problemas de esterilidad y supone la necesidad de una regulación”.

Mediante las prácticas de las técnicas de reproducción asistida se intenta dar respuesta a la determinación de la filiación en estos supuestos. Así pues, la práctica de estas técnicas permite dar respuesta al efecto de terminación derivada de estas

¹⁹ Ley 45/2003 de 21 de Noviembre por la que se modifica la LTRA de 1988.

modalidades, de forma que encontramos una filiación de voluntad, de intención, de apariencia frente a la modalidad tradicional biológica.

3.1. Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

El artículo 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción humana asistida (de ahora en adelante TRHA) declara expresamente la nulidad de pleno derecho del contrato mediante el cual se convenga la gestación por sustitución, con o sin precio “a cargo de una mujer que renuncia a la filiación en favor del contratante o un tercero”. Además, establece que la filiación de los hijos por gestación por sustitución será determinada “por el parto”, aunque contempla la posibilidad de la acción de reclamación de paternidad respecto al padre biológico en su último apartado (art. 10.3 LTRHA).

Un sector mayoritario de la doctrina española defiende la postura según la cual la filiación de los nacidos en el extranjero mediante la modalidad de gestación por sustitución la determina la aplicación directa del artículo 10 de la LTRHA, de forma que reviste a dicho precepto de carácter de norma material imperativa o “norma de policía”. Todo ello en base a la defensa de los intereses estatales, públicos y de la sociedad española. Por lo tanto, este sector de la doctrina defiende que el artículo 10 de la LTRHA deba aplicarse de forma obligatoria, tanto en los supuestos nacionales como en los internacionales.

No obstante, para otro sector de la doctrina, el artículo 10 de la LTRHA no es una norma internacionalmente imperativa, ya que el legislador no delimitó el ámbito de aplicación espacial en la redacción de dicho precepto, por lo que no estamos ante una norma de extensión. Así pues, la prohibición expresa recogida en el artículo 10 sólo podrá aplicarse cuando el Derecho español rija la cuestión de acuerdo con aquello establecido en el artículo 9.4 del CC, y además, se plantee la cuestión de la determinación de la filiación en sede de Derecho aplicable y no de reconocimiento de efectos de la certificación extranjera, en la que ya viene determinada la filiación²⁰.

Cabe advertir, que en Derecho español no hablamos de una prohibición expresa del contrato de gestación por sustitución, sino más bien de la nulidad de pleno derecho de los efectos derivados de dicho contrato. Consecuentemente se deja completamente desprotegido al menor nacido mediante esta técnica, atribuyendo la maternidad a la madre gestante que no tenía intención de ser madre.

²⁰ A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?- Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2014).

Por lo tanto, dentro del ordenamiento jurídico español la ley que regula de algún modo el contrato de gestación por sustitución es la Ley 14/2006 de TRHA, no obstante, dicha norma no regula el contrato en sí mismo (prohibiéndolo o no) sino más bien regula sus efectos, dando lugar a una prohibición de forma implícita. Hablamos de prohibición implícita porque si dicho contrato se llevase a cabo las partes implicadas estarían sin protección jurídica, no podrían valer sus derechos ante la ley porque, como hemos mencionado, dicho contrato está viciado de nulidad de pleno derecho.

3.2. Vulneración del Orden público internacional español. DGRN 18/02/2009

En Derecho internacional privado, el orden público se puede definir como una excepción a la aplicación de la ley extranjera competente, debido a su incompatibilidad manifiesta con aquellos principios y valores que se consideran fundamentales en el ordenamiento jurídico del foro. Por lo tanto, el orden público internacional constituye el “conjunto de principios jurídicos públicos, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad en un pueblo y época determinada”.

Preservar la cohesión y la estructura jurídica de la sociedad española reviste un interés público que está por encima del beneficio que dicho reconocimiento pudiera reportar a los particulares, por lo que reconocer en España una decisión extranjera que resuelva la existencia de una situación jurídica, como en este caso determinar la filiación, puede suponer una agresión a la cohesión y a la estructura jurídica de la sociedad española.

El hecho de que el juez del Estado de origen haya aplicado al fondo del asunto una Ley distinta a la que, en el mismo supuesto de hecho, hubiera aplicado un juez español no supone la vulneración del orden público internacional español.

El caso que puso de manifiesto la problemática relativa al reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras en la que consta la determinación de la filiación de los nacidos mediante el acuerdo de gestación por sustitución, ha sido el de un matrimonio homosexual que solicitó la inscripción de los gemelos nacidos en San Diego mediante esta técnica y cuya inscripción les fue denegada por el encargado del registro consular basándose en la aplicación del artículo 10 de la LTRHA (caso mencionado en apartado anterior).

Así pues, la Instrucción General de Registros y Notarios (DGRN) de 18 de Febrero de 2009 ante el auto denegatorio de la inscripción de la filiación de los menores expedido por el encargado del registro consular de California, consideró que en este

supuesto el artículo 10 de la LTRHA era inaplicable puesto que la filiación había sido determinada por un país extranjero, y por lo tanto, se trataba sólo de dar acceso al registro español de una filiación ya determinada.

La DGRN argumentó en base a las normas de derecho internacional privado aplicable, que teniendo en cuenta el artículo 81 RRC²¹, la inscripción en el registro civil español de la certificación registral extranjera no vulnera el orden público español. La razón recae en que en derecho español se admite la filiación en favor de dos hombres en casos de adopción, por lo que encontramos que para el caso de los hijos naturales (que es el caso de los nacidos mediante gestación por sustitución) se debe dar una solución semejante e idéntica.

Así pues, para la DGRN la función del encargo del registro civil consular recae limitada en el control formal de la legalidad de la decisión registral extranjera en forma de certificación registral, sin entrar por lo tanto en la valoración del contenido de la misma respecto a la adecuación del dicho contenido al derecho positivo de nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, el interés superior del menor²² permite la inscripción en el registro civil español de la filiación que figura en el registro civil extranjero. El acto de rechazo de la inscripción de la filiación en el registro civil español supondría una desprotección jurídica del menor, ya que dichos menores quedarían privados de filiación, o la filiación se vería sujeta a modificación cada vez que cruzaran la frontera, por lo que en este sentido los nacidos mediante esta técnica se verían privados de un derecho fundamental que es el recogido en el artículo 7 del CNYDN, que es vivir con las personas que realmente los quieren como hijos, pero que no figuran como padres.

3.3. Derecho comparado, turismo reproductivo y fraude de ley

Ante el actual contexto internacional, nos encontramos frente al fenómeno del turismo reproductivo, favorecido por la libre circulación de personas y de los tratados transnacionales entre los diferentes países. Este hecho ha supuesto que se lleven a cabo estudios sobre las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos y se planteen las posibles infracciones que se puedan producir.

²¹ Artículo 81 del Reglamento del Registro Civil: “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe.

²² Artículo 3 del CNYDN de 20 de Noviembre de 1989.

3.3.1. Derecho comparado y fenómeno del turismo reproductivo

El derecho comparado no ofrece una respuesta única en lo que respecta a la gestación por sustitución. Aun existen varios países que carecen de regulación.

Las posturas mayoritarias con las que nos podemos encontrar se pueden agrupar en tres bloques.

En **primer lugar** encontramos los países que permiten acudir a esta técnica ya sea bien a título gratuito, ya sea a cambio de una contraprestación económica. Entre estos países encontramos Chipre, Hungría, Países Bajos, Rusia, Ucrania, India, algunos estados de Estados Unidos (Arkansas, California).

Para el caso de Rusia, nos encontramos que la gestación por sustitución se encuentra amparada en el código de Familia de la Federación Rusa y en la Ley de Salud del año 2011. Según dicha legislación, es necesario el consentimiento de la madre gestante para inscribir la filiación del hijo nacido mediante la técnica de gestación por sustitución, además la madre gestante debe cumplir con una serie de requisitos legales, como por ejemplo que tenga una edad entre los 20 y 35 años y que ya sean madres de un hijo propio. En este estado se permite únicamente la modalidad de gestación por sustitución gestacional.

En **segundo lugar**, englobamos los países que sólo admiten la gestación por sustitución en caso de que se realice de forma altruista y concurren ciertos requisitos, como por ejemplo que se acceda a esta técnica a causa de la concurrencia de problemas médicos en la madre comitente para llevar a cabo la gestación o el embarazo. Los países que se incluirían en este bloque serían entre otros Bélgica, Grecia, Holanda, Reino Unido, Canadá, Brasil y algunos estados de Estados Unidos como por ejemplo Florida o Nevada.

En este punto podemos destacar el caso de Reino Unido, para cuya legislación la gestación por sustitución se permite siempre que ésta no persiga fines lucrativos. Asimismo, la normativa inglesa establece una serie de requisitos como que para determinar la filiación del nacido mediante esta técnica, la parte comitente deberá solicitar al tribunal una *parental order* en el plazo de 6 meses posteriores al nacimiento del niño para poder determinar la filiación del menor en favor de la parte comitente, o también que al menos uno de los miembros de la pareja tenga su domicilio en Reino Unido²³.

²³ E. LAMM, "Gestación por Sustitución – Realidad y Derecho"- InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona 2012. Pág. 15-16: Artículo 54 de la Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

En **tercer lugar**, englobamos los países en que se prohíbe expresamente el acceso y la práctica de esta modalidad de reproducción. Este último bloque reúne a España, Francia, Alemania, Italia, China, Japón y algunos estados de Estados Unidos como por ejemplo Arizona o Nueva York.

En este punto, a pesar del análisis del trabajo sobre la regulación en España, destacamos el caso de Francia, cuya legislación prohíbe expresamente la gestación por sustitución ("*maternité pour autrui*"). La Corte Suprema Francesa señaló en el año 1991²⁴ que la práctica de la gestación por sustitución violaba el principio del orden público francés respecto a la indisponibilidad del cuerpo humano. Del mismo modo que en el caso español, el Código Civil francés en su precepto 16.7 declara la nulidad del contrato cuyo objeto sea la gestación por cuenta de un tercero, así como también prevé una sanción de carácter penal para las partes implicadas en dicho proceso, tanto para la pareja que desee tener un hijo como para la mujer que acepte llevar a cabo la gestación.

Aunque hayamos establecido tres grandes grupos donde enmarcar los países según la regulación escogida, debemos puntualizar que también se podría establecer un cuarto grupo donde irían incluidos los países en los que carecen de regulación respecto a la gestación por sustitución. Entre dichos países destaca por ejemplo Tailandia, donde la gestación por sustitución se lleva a cabo pero que no es posible exigir el cumplimiento de dicho convenio ante los tribunales debido a esta ausencia de regulación.

Como consecuencia de la diversidad de regulación existente respecto a este tema, se da a conocer el mencionado fenómeno de "turismo procreativo internacional", que viene a referirse al desplazamiento de posibles individuos que quieran acceder a ciertas técnicas de reproducción que en los países de origen se encuentran prohibidas para acceder a dichas técnicas en aquellos países en que la regulación suele ser más permisiva respecto a esta modalidad.

En lo que respecta a nuestro país, la consecuente ineficacia de los contratos de gestación por sustitución ha convertido a España en uno de los países de origen del marco del "turismo reproductivo internacional", principalmente debido al surgimiento de regulaciones permisivas en este sentido en países como EE.UU, India, Rusia y Ucrania.

²⁴ Pub. Boletín 90-20105- Corte Suprema de Justicia, Asamblea Plenaria de 31 de Mayo de 1991 –“El convenio mediante el cual una mujer está de acuerdo par agestar y abandonar un niño tras su nacimiento, aun siendo gratuito dicho acuerdo, viola de tal modo el principio del orden público de indisponibilidad del cuerpo humano, así como el de la falta de disponibilidad de la condición personal”.

No obstante, este turismo se encuentra afectado por los problemas generados como consecuencia de la diversidad de regulación, teniendo como consecuencia a aparición de diferentes cuestiones que se plantean entorno a la técnica de gestación por sustitución.

Cabe destacar los diferentes planteamientos jurídico-sociales que surgen a raíz de esta diversidad de regulación. En primer lugar podemos hacer una reflexión respecto al hecho de que la gestación por sustitución se convierte en una opción exclusiva de las personas con capital económico suficiente que pueden permitirse acceder a esta técnica. Hablando desde una perspectiva siempre enfocada a nuestro país, el factor económico es muy importante y determinante, ya que al estar prohibido en nuestro país, quiénes quieran acceder a esta técnica deben desplazarse a otros ordenamientos jurídicos, hecho que comporta que la técnica sólo puede llevarse a cabo por parejas que puedan permitírselo económicamente, suponiendo esto una desigualdad entre los ciudadanos.

En segundo lugar y siguiendo con las cuestiones planteadas ha raíz de este fenómeno, encontramos el problema de aumento de las mujeres que se prestan para ser las madres gestantes, que engloban en la mayor parte de los casos las mujeres con escasos recursos económicos. Esto plantea un verdadero problema social, en cuanto las mujeres con más poder adquisitivo dependen de las mujeres con pocos recursos para llevar a cabo la gestación de éstas, suponiendo en este caso la aparición de una desigualdad social y creciente.

Otro de los problemas planteados esta relacionado con la imposibilidad de un control global de los servicios necesarios para llevar a cabo la gestación por sustitución, de forma que no se pueda garantizar un control en calidad y seguridad respecto de la mujer gestante y del niño fruto de ese acuerdo. Al haber esa inseguridad jurídica a raíz de la ausencia de una información exhaustiva sobre la regulación del contrato de gestación por sustitución en cada país, nos encontramos ante situaciones en que la seguridad sanitaria y jurídica tanto de la mujer gestante como del niño que va ha nacer se queden en un limbo jurídico.

Por otro lado, y relacionando con el punto anterior, esta desinformación jurídico sobre la regulación del contrato en otros países, hace que estemos ante un acto de desobediencia civil por el hecho de que se acuda a otros ordenamientos jurídicos para realizar el contrato de gestación por sustitución, o por los que a pesar de las circunstancias se estén llevando igualmente a cabo dichos contratos.

Finalmente, un último punto que debe remarcarse es el hecho de que el aumento de casos ha hecho que el contrato de gestación por sustitución sea un objeto de

comercio cada vez más solicitado, convirtiendo esta modalidad de reproducción en un "*Baby Business*".

Ante la situación de conflicto y limbo jurídico en el que se encuentran las partes que acceden a esta técnica y los hijos nacidos mediante dicha modalidad, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado tiene en mente la confección de una regulación específica mediante convenio para regular los acuerdos internacionales que regulen la gestación por sustitución, ya que este fenómeno va incrementándose de forma gradual cada vez más, y es inevitable pensar que existe la necesidad de una regulación que evite los posibles problemas socio-legales que genera la utilización de esta modalidad.

3.3.2. Fraude de ley y "Forum Shopping Fraudulento"

El artículo 12.4 del Código Civil nos define el concepto de fraude de ley: "*la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española*". Asimismo, el artículo 6.4 del CC establece que "*los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico español, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*". De estas consideraciones podemos afirmar que para la existencia de fraude de ley (según nuestro ordenamiento jurídico) se exigen dos cosas: la primera que se haya utilizado una norma de conflicto, la segunda, que el fin pretendido con ese uso sea eludir una ley imperativa española.

Por consiguiente, a la hora de plantearnos la existencia de fraude de ley en los casos de gestación por sustitución llevados a cabo en el extranjero, según lo comentado, podemos concluir que el fin de eludir una ley imperativa es difícilmente discutible – se elude una ley imperativa prohibitiva recogida en el artículo 10.1 de la LTRHA -, no obstante, en cuanto a la norma de conflicto utilizada, no resulta encajar de forma tan sencilla para crear el fraude de ley. Tal y como argumenta la DGRN de 18 de Febrero de 2009, los comitentes no buscan crear una vinculación aparente para eludir la aplicación normal de la ley (determinar la filiación de los nacidos en California), sino que por el contrario buscan el reconocimiento de la filiación, ya determinada mediante certificación registral extranjera, y el acceso al Registro Civil Español.

Así pues y en base a lo argumentado, podemos hablar de una división doctrinal respecto a la existencia o no del fraude de ley en estos supuestos. Por una parte, de acuerdo con lo manifestado por la DGRN, no existe fraude de ley al no haber

utilizado una norma de conflicto. Por otra, en cambio se entiende que si que existe fraude de ley al establecerse la filiación por voluntad contractual y por lo tanto, operando un fraude al conflicto de calificaciones.

Debemos tener en cuenta que, la DGRN de 18 de Febrero de 2009 con su argumentación, trata de dar una solución jurídica fomentando el paso de las personas a través de las fronteras, sin que la división de los Estados (a nivel mundial) perjudique, ni se convierta en obstáculo a los intercambios transnacionales/transaccionales. Así pues, coincidiendo con al DGRN, no cabe calificar de fraude de ley la actuación en estos supuestos. No procede al no cumplir las exigencias legales para dicha consideración.

Resulta convenientemente en este punto mencionar también el fenómeno del “*forum Shopping fraudulento*”, citado también por la instrucción de la DGRN de 18 de Febrero de 2009.

Es preciso mencionar que, para el Derecho Internacional Privado, el “*forum Shopping*” o también conocido como foro de conveniencia, representa (con carácter general) la facultad de la parte implicada en un conflicto de escoger, entre las varias posibilidades que tiene, la jurisdicción que le ofrece una ventaja sobre la contraparte. Esto se debe, principalmente, a las diferentes soluciones legislativas que derivan de la Competencia Judicial internacional.

Gran parte de las normas que integran el conjunto normativo de la Competencia Judicial Internacional son normas de carácter dispositivo²⁵, cuya consecuencia da lugar a la facultad de la que disponen las partes de optar entre las distintas posibilidades que ofrecen los ordenamientos jurídicos de los diferentes estados. Así pues, podemos determinar que el *forum Shopping* representa la materialización de la facultad de las partes implicadas, de poder elegir la solución legislativa que da un ordenamiento jurídico que supondrá una ventaja sobre la contraparte.

Para una gran parte de la doctrina, la actuación derivada del “*forum Shopping*” implica necesariamente una alteración de la norma, de forma que ésta reviste siempre un carácter fraudulento. No obstante, y en contraposición, otro sector de la doctrina opina que la actuación del “*forum Shopping*” no debe ser, *a priori* una actuación negativa, sino que las actuaciones susceptibles de reproche por parte del ordenamiento jurídico deben ser aquellos supuestos en los que tenga lugar el fraude o exista abuso del ejercicio del derecho.

²⁵ Las normas de carácter dispositivo son características del Derecho privado, debido a que se rigen por el principio de autonomía de la voluntad.

Siguiendo con la argumentación de la DGRN de 18 de Febrero de 2009, en el caso que nos ocupa no concurre el mencionado “*forum Shopping fraudulento*”, ya que de acuerdo con la doctrina española, estamos ante un “*forum Shopping fraudulento*” cuando los particulares, sitúan la resolución de un caso ante los tribunales o autoridades de un estado que no presenta una “relación sustancial” con el caso en cuestión, hecho que no concurre en el caso en cuestión.

Según dicha instrucción, no procede determinar la concurrencia de éste fenómeno en los casos de gestación por sustitución, ya que según establece la doctrina consolidada en nuestro ordenamiento jurídico, estos casos se caracterizan por el hecho de que la certificación registral, – remitiéndonos al supuesto tratado del registro de California-, no es una sentencia judicial que otorga el estado de cosa juzgada, sino que estamos ante una certificación registral extranjera que únicamente certifica la determinación de la filiación.

Por lo tanto, en base a todo lo expuesto, resulta coherente determinar que, para estos supuestos derivados de los contratos de gestación por sustitución llevados a cabo en otros ordenamientos jurídicos (hablando siempre desde una perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico), no implica necesariamente la atribución del fraude de ley en dicha actuación.

Tal y como se ha expuesto, la existencia de fraude de ley esta condicionada y limitada legalmente, por lo que haciendo remisión al supuesto de hecho analizado, resulta inapropiado hablar de fraude de ley o de “*forum Shopping fraudulento*” en los casos de gestación por sustitución.

Ante estos supuestos, de acuerdo con Pérez Monge, la figura del legislador debe estar enfocada o bien para limitar la práctica de la gestación por sustitución o bien para regularla de forma preventiva, impidiendo de este modo que dicha práctica se realice en fraude de ley. Se debe evitar ante todo la discordancia entre la dicción legal y la realidad²⁶.

3.4. Instrucción de 5 de Octubre de 2010 de la DGRN y el interés superior del menor

En relación con el caso anteriormente citado sobre el que versaba la problemática de la inscripción de los gemelos nacidos en San Diego, la DGRN en Octubre de 2010, paralelamente a todo el proceso judicial que se estaba llevando a cabo,

²⁶ PEREZ MONGE, M. “*cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación vs. Realidad*”. Revista de Derecho Privado, vol. 94. AÑO 2010, pág. 41-64

emana la Instrucción de 5 de Octubre sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Las bases fundamentales de dicho pronunciamiento radican en la protección del interés superior del menor y en la vía emanada por el artículo 10.3 de la LTRHA de reclamación de la filiación paterna respecto del padre biológico conforme a las reglas establecidas en nuestro ordenamiento que reglamentan la filiación en España.

La DGRN atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, establece la necesidad de determinar unos requisitos para condicionar el acceso al Registro civil español de los nacidos en el extranjero mediante ésta modalidad de reproducción asistida.

Así pues, atendiendo a la propia instrucción y a su finalidad, se pretenden abordar 3 aspectos esenciales y relevantes a tener en cuenta a la hora de valorar la solicitud de acceso al registro civil:

En primer lugar, el acceso al registro civil de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante esta modalidad viene condicionado por el hecho de que algunos de los progenitores tenga nacionalidad española. Asimismo, se pretende evitar los casos de apariencia de legalidad en los asuntos de tráfico internacional de menores y en tercer lugar, se debe preservar el derecho del menor de conocer su origen biológico.

Con el objetivo de garantizar la protección de dichos intereses, se aborda la exigencia previa de una resolución judicial en el extranjero dictada por el tribunal competente, en la que quede determinada y acreditada la filiación del menor nacido mediante el contrato de gestación por sustitución en relación con el padre biológico. La finalidad de dicha resolución radica en el hecho de que en país de origen se pueda llevar a cabo un control del cumplimiento de los requisitos del contrato formalizado respecto al marco legal correspondiente y de esta forma, se pueda controlar consecuentemente la protección de los intereses del menor así como los de la madre gestante²⁷.

En este mismo sentido, la instrucción deja expresamente constatado que la mera certificación registral extranjero o una simple declaración de filiación no se admitirán como títulos aptos para sustentar la inscripción de la filiación en España. El título determinante será la resolución judicial extranjera.

²⁷ Aquí la propia Instrucción de 5 de Octubre de 2010 hace mención a la comprobación de la capacidad jurídica plena de la gestante, la constatación de la eficacia legal del consentimiento prestado y a la verificación de la no existencia de una simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico de menores.

La exigencia previa a la inscripción registral de una resolución judicial se convierte en un requisito esencial, en base a la previsión contenida en el artículo 10.3 de la LTRHA, según la cual se pretende determinar la filiación mediante la acción procesal correspondiente ejercitada por el padre biológico, de forma que nos remite a las reglas generales de determinación de la filiación.

En este punto cabe mencionar los artículos 81 y 85 del RRC. Según dichos preceptos, para la inscripción, el documento exigible y que es título para inscribir el hecho del que da fe puede ser “*original o testimonial, sea judicial, administrativo o notarial*”. Así pues, desde mi punto de vista la exigencia de una resolución judicial extranjera presenta una controversia con la admisión del acta registral extranjera exigida por el reglamento del registro civil, por lo que esta instrucción de la DGRN vulnera el RRC.

Artículo 81

El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales.

Artículo 85

Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española.

Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad.

La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente.

De igual modo, desde mi punto de vista creo que merece la pena remarcar el hecho de que esta exigencia provoca una “judicialización” de la función del registro civil, alejándose de este modo de su objetivo principal de proporcionar una seguridad jurídica y revestir de certeza legal el estado civil de las personas sin que sea necesario concurrir a procesos judiciales para poder probarlo. Esta “judicialización” comporta exigir la comparecencia ante los tribunales extranjeros de forma obligatoria para acreditar la filiación del nacido mediante esta técnica, aun cuando en el país

extranjero no se requiera dicha intervención judicial conforme al Derecho de ese estado.

Coincidiendo con Alfonso-Luis Calvo Caravaca en cuanto a los errores cometidos por la instrucción sobre dicha exigencia, el amparo en la resolución dictada por el tribunal extranjero para acreditar la filiación del nacido mediante el acuerdo de gestación por sustitución es ilegítima desde el punto de vista jurídico, puesto que no deriva ni de la Ley del registro civil ni de su reglamento, infringiendo de tal modo el principio de jerarquía normativa²⁸.

Además de la exigencia de dicha resolución judicial extranjera, la instrucción contempla dos supuestos en base a si la sentencia ha recaído en un procedimiento contencioso, en cuyo caso la resolución debe ser objeto de *exequátur* en España, y por otro lado si la resolución judicial ha sido dictada como consecuencia de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, en cuyo caso, no se exige el *exequátur*, sino sólo el reconocimiento.

De acuerdo con lo estipulado por la DGRN, si la sentencia judicial extranjera no ha sido objeto de *exequátur*, el encargado del Registro civil denegará la inscripción de dicha resolución. Por el contrario, en el caso de tratarse de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, la inscripción en el registro civil de la filiación no esta sujeta al requisito del *exequátur*, no obstante si que esta sujeta al control del encargado del Registro²⁹. Así pues, entendemos que la resolución judicial del país de origen tiene como finalidad controlar el cumplimiento de los requisitos formales del contrato de gestación por sustitución en cuanto a su normativa interna.

La DGRN para el caso de que la resolución judicial extranjera se haya dictado como consecuencia de un procedimiento contencioso, requiere un proceso de *exequátur* por parte del juez español de primera instancia respecto de la resolución dictada por el juez extranjero. En este sentido, se comete un error por parte de la DGRN debido a que el *exequátur* sólo se requiere para los casos de que la resolución extranjera contenga “un pronunciamiento de ejecución” los cuales exijan “actos materiales de ejecución”, hecho que no ocurre en este caso, ya que la acción declarativa de filiación no necesita de *exequátur*.

En este punto, cabe remarcar que aquí la instrucción confunde los conceptos y efectos derivados del reconocimiento y del *exequátur*, en cuanto descuida de incluir

²⁸ Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González. “Notas críticas en torno a la IDGRN de 5 de Octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”.- Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2011), Vol. 3, Nº1, Pág. 247-262.

²⁹ Requisitos contenidos en la IDGRN del 5 de Octubre de 2010. Disposición primera, apartado tercero para el control incidental del encargado del Registro Civil.

en el reconocimiento incidental la exigencia de la adecuación de la resolución extranjera al “orden público internacional español”. Según la doctrina del ordenamiento jurídico español en relación con el control incidental del reconocimiento de las resoluciones extranjeras dictadas en procedimientos análogos al de la jurisdicción voluntaria en España, se exige como requisito que haya concordancia entre el hecho o acto inscribible y la ley española.

En este supuesto, el control de la legalidad está enfocado a examinar si la determinación de la filiación de los casos de gestación por sustitución mediante resolución extranjera es conforme a la ley española, o no. Remitiendo a lo indicado con anterioridad de lo expuesto en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, podemos concluir que en este caso no es conforme con la legalidad española.

Encontramos pues, que pese a la prohibición de la práctica de la gestación por sustitución y de la consecuente nulidad de dicho contrato, la IDGRN de 5 de Octubre de 2010 permite la inscripción en el registro civil español de los nacidos mediante acuerdos de gestación por sustitución realizados en los países cuya normativa si que permite dicha práctica, siempre y cuando al menos uno de los progenitores sea español y siempre y cuando exista una resolución judicial extranjera que acredite la filiación del menor. Por lo tanto, a raíz de esta premisa podemos afirmar que se permite el acceso al registro civil español de los nacidos mediante acuerdos de gestación por sustitución siempre que estos se hayan llevado a cabo en el extranjero.

Esta afirmación genera una confusión dentro de nuestro sistema jurídico, debido principalmente a que abre una vía para acceder a una práctica prohibida en nuestro ordenamiento jurídico si ésta se realiza en otro país donde su ley interna la permita. Se ha creado en nuestra sociedad una desigualdad jurídica por el hecho de que sólo podrán acceder al registro las inscripciones de filiación de los nacidos en el extranjero que tengan dictada una resolución extranjera que determine dicha filiación.

La instrucción de 5 de Octubre no obstante, desde un punto de vista jurídico contiene un error indiscutible cuando confunde el derecho aplicable a la filiación con el reconocimiento de una filiación determinada legalmente en otro estado por autoridades públicas extranjeras. De forma que es ilógico acudir directamente al artículo 10 de la ley 14/2006 sin aplicar previamente el artículo 9.4 del CC, cuyo contenido ya nos daría la solución a la inscripción en el registro civil.

La vía para acceder al registro reviste de un carácter económico que por sí genera una desigualdad entre los ciudadanos, ya que por lo general la práctica de estas técnicas en otros países donde si que esta permitida conlleva unos gastos elevados,

por lo que la exigencia además de una resolución judicial extranjera incrementa dichos gastos y aumenta la desigualdad de acceso a ésta práctica.

No obstante, la IDGRN no trata de revestir y aceptar el contrato de gestación por sustitución, sino que su finalidad en sí es determinar la herramienta necesaria mediante la cual se pueda registrar la filiación de un menor nacido en el extranjero, independientemente de la técnica llevada a cabo. En este sentido se entiende el objetivo expuesto por la Instrucción de 5 de Octubre de proteger el interés superior del menor.

Ante el plano internacional tan diverso en el que nos encontramos y debido al aumento de la práctica de esta modalidad, en la actualidad los Juzgados y Tribunales españoles están empezando a homologar en España las sentencias extranjeras relativas a la filiación de los menores que han sido concebidos mediante la gestación por sustitución. Lo que realmente debe prevalecer en estos supuestos es el interés superior del menor³⁰.

³⁰ BONILLO GARRIDO, L. *“El reconocimiento y ejecución de la sentencia de maternidad por sustitución”*. Diario la Ley, núm. 8070, Sección Tribuna, 25 de Abril de 2013.

4. Postura del Tribunal Europeo de Ferechos Humanos vs. Tribunal Supremo Español

Aunque la gestación por sustitución no sea una práctica novedosa, los problemas jurídicos derivados de los contratos y sus repercusiones si lo son. El Tribunal Europeo se ha manifestado al respecto en dos sentencias pioneras que han supuesto el punto de partida de una nueva etapa para la modalidad de gestación por sustitución.

4.1. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de Junio de 2014

En fecha 26 de Junio de 2014 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³¹ (de ahora en adelante TEDH) dictó dos sentencias que han supuesto un golpe a los principios establecidos en el ordenamiento jurídico español en materia de filiación derivada del contrato de gestación por sustitución. El Tribunal europeo plantea una doctrina encaminada al reconocimiento de un estatuto jurídico al niño concebido en el extranjero mediante un contrato de gestación por sustitución.

Las dos sentencias del TEDH, en los asuntos *Menesson* y *Labassee* contra el Estado de Francia, condenan al Estado de Francia por violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante CEDH), relativo al derecho a la vida privada y familiar, por el hecho de denegar el reconocimiento de la filiación determinada por un estrado extranjero derivado de la técnica de gestación por sustitución.

En lo relativo al artículo 8 del CEDH, el tribunal determina que no existe violación de dicho precepto en relación con la vida privada y familiar de los recurrentes (los padres comitentes), sin embargo si que dictamina la existencia de vulneración de este derecho respecto de los nacidos mediante el contrato de gestación por sustitución, teniendo en cuenta el principio del interés superior del menor.

Para el tribunal, la filiación es un aspecto esencial de la identidad del niño. La ausencia del reconocimiento de este vínculo de filiación con los padres comitentes por parte de un estado supone, no solo un ataque directo a la vida familiar del menor, sino también la incertidumbre de la legalidad del menor respecto de la estancia en un territorio nacional que no es el suyo.

Partimos del hecho de que la filiación es uno de los elementos que integran la identidad del menor y por ello, desde esa perspectiva, sí resulta relevante el

³¹ SSTEDH 26 de Junio de 2014, asunto *Menesson* (Demanda nº 65192/11) y *Labassee* (Demanda nº 65941/11) c. Francia.

tratamiento que se le da al vínculo jurídico más allá de la situación puramente fáctica.

En la sentencia, se pone de manifiesto que el repudio del efecto derivado de la sentencia extranjera y su transcripción e inscripción en el registro civil conlleva una ausencia de reconocimiento de la filiación, de forma que el menor al no tener atribuida la filiación en favor de los padres comitentes produce una “incertidumbre jurídica”, que vulnera así el derecho a la identidad del menor nacido mediante esta modalidad.

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Europeo en el asunto Labassee: “... *los hijos están en una situación de incertidumbre jurídica, y ello atenta contra su identidad en el seno de la sociedad francesa...*”

Los motivos de reflexión que dan lugar a ambas sentencias se basan en las respuestas heterogéneas que ofrecen los diferentes estados al contrato de maternidad. En Europa, actualmente, conviven diferentes regímenes jurídicos acerca del reconocimiento de la filiación del menor nacido en el extranjero mediante un contrato de gestación por sustitución. La autorización en algunos países para llevar a cabo dicha técnica no siempre surte efectos reconocidos en los demás países en cuyos ordenamientos jurídicos las normas son más restrictivas, de forma que la decisión del TEDH en estas dos sentencias descritas anteriormente, supone un llamamiento a la interpretación y al alcance del orden público como límite para el reconocimiento de la filiación de los nacidos mediante esta modalidad de reproducción asistida en los diferentes países, entre ellos España.

Las decisiones del TEDH tienen carácter vinculante para los estados miembros, aunque en nuestro ordenamiento jurídico no se prevea ningún procedimiento que proporcione fuerza vinculante a dichas resoluciones. Por lo tanto, podemos considerar que la decisión tomada por el tribunal en este caso, supone la entrada en nuestro ordenamiento jurídico de una argumentación sólida que proporcione el reconocimiento de las certificaciones de filiación extranjeras y garantice plenos derechos de ciudadanos españoles que deseen ser padres mediante esta modalidad de reproducción asistida.

En el caso de España, actualmente nos encontramos ante una forma de reproducción escogida por los ciudadanos españoles que no está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico. El orden público local se convierte pues, en un obstáculo a la libre circulación de personas. Citando a E. LAMM, *“el derecho es evolutivo; una situación pudo no estar contemplada por la norma porque no existía fácticamente, pero nada impide que la regulación surja cuando la situación aparece,*

*adaptando y moldeando las nuevas realidades*³². Por lo tanto, nos encontramos ante una evolución tanto social como jurídica que debemos tener en consideración.

En España, los contratos de gestación por sustitución también se ven afectados por una prohibición de orden público, reforzada por la Sentencia de Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 2014. Las dos sentencias del TEDH posteriores, condenan a Francia al reconocimiento de la filiación de las niñas nacidas mediante gestación por sustitución, hecho que supone una alteración a la decisión tomada por el Tribunal Supremo. Como bien hemos comentado con anterioridad, aunque las decisiones no impliquen directamente al estado español, las sentencias sientan un precedente para todos los estados miembros del Convenio europeo de Derechos humanos³³, el cual debe tenerse en consideración.

En discrepancia con la doctrina emanada por el Tribunal Supremo en la ya citada sentencia de 6 de Febrero, el TEDH determina la importancia y superioridad de la protección del interés superior del menor en contraposición con el orden público internacional³⁴.

La decisión del Tribunal Europeo de Derechos humanos nos brinda una nueva perspectiva respecto al acuerdo de gestación por sustitución. El tribunal observa y pone de relieve la importancia de las cuestiones éticas involucradas en dicho procedimiento y la falta de consenso sobre su regulación, no sólo a nivel mundial sino dentro de la Unión Europea. Aunque los países disfruten de un margen de apreciación sobre este tema, éste debe delimitarse cuando se trata de un aspecto tan esencial como es la filiación de un menor.

La filiación involucra un aspecto clave de la identidad de los individuos, por lo que siguiendo con la decisión del TEDH, el respeto por la vida privada queda vinculado a dicho sello de identidad y por lo tanto, las decisiones tomadas por el estado francés en ambos casos afectaban significativamente ese vínculo esencial de la vida privada de las menores.

El TEDH concluye su decisión reconociendo la potestad de los estados miembros de regular el contrato de gestación por sustitución, incluyendo la prohibición, pero recordando al legislador nacional que no puede interferir en la identidad de los

³² Lamm, E. "*Gestación por sustitución. Realidad y derecho*" - Indret 3/2012

³³ Lamm, E. "*Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su impacto*". – Ars Iuris Salmanticensis – Vol. 2 diciembre 2014, Pp. 43-50

³⁴ El TEDH en este aspecto considera que el recurso de orden público, en tanto que motivo para denegar el reconocimiento de una decisión extranjera, debe estar fundado en una necesidad social imperiosa y resultar proporcional al fin legítimo perseguido, limitando la operatividad de la cláusula de orden público.

menores, provocando el desconocimiento de su filiación y situándolos en un limbo jurídico.

A pesar de todo lo expuesto con anterioridad, retomando nuestro hilo argumentativo respecto a la desigualdad generada por esta diversidad de regulación, nos encontramos frente al hecho de que aun existiendo este reconocimiento de filiación por parte del Tribunal Europeo, el acceso a la gestación por sustitución se encuentra delimitada para un sector reducido de la sociedad.

Si bien la decisión del TEDH plantea una solución para el reconocimiento de las certificaciones extranjeras en materia de filiación, seguimos encontrando una desigualdad jurídica entre los ciudadanos, ya que el único camino posible para llevar a cabo el contrato de gestación por sustitución es hacerlo en un país cuya regulación lo permita. Así pues, encontramos una solución al principal problema de los que acuden a ordenamientos jurídicos extranjeros, pero para aquellos cuya economía no les permita acceder a dichos países por el elevado coste que ello supone no.

Nos encontramos frente a que todas las soluciones adoptadas (tanto por la Instrucción de la DGRN y del TEDH), sólo sirven para quienes acuden a legislaciones que presentan mayores garantías y derechos, lo que conlleva a una discriminación y exclusión social para quienes no tienen esas posibilidades.

4.2. Auto del Tribunal Supremo de 2 de Febrero de 2015

A pesar de toda la controversia generada respecto al contrato de gestación por sustitución, la demanda social reclamando una respuesta legal sigue aumentando y resulta evidente que el legislador debe tomar medidas al respecto.

El Tribunal Supremo en fecha 2 de Febrero de 2015 precisa en un acto la no contrariedad entre la sentencia dictada por dicho tribunal en febrero de 2014 y las sentencias dictadas por el TEDH, alegando para ello que la prohibición del contrato de gestación por sustitución no tiene el mismo alcance en Francia que en España.

Hemos de situarnos en el contexto en que nace dicho auto. Recordamos que en febrero de 2014 se dicta la sentencia desestimatoria contra el recurso de casación interpuesto por el matrimonio de Valencia, al que habían denegado la inscripción de sus hijos nacidos mediante gestación por sustitución en California. Con pocos meses de diferencia, el TEDH nos sorprende con dos sentencias en fecha de 26 de Junio de ese mismo año (asuntos *Mennesson c Francia* y *Labassee c. Francia*) según las cuales, el estado francés había vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos impidiendo la determinación de la filiación de los padres comitentes.

A raíz de dichas resoluciones, el abogado de los recurrentes valencianos a los que se les denegó mediante sentencia la inscripción de la filiación de sus hijos, presenta recurso de nulidad de actuaciones contra la STS de 6 de Febrero de 2014, alegando la vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE), el derecho a la igualdad sin discriminación, tanto respecto de los menores como de los padres y por último, vulneración del derecho a la intimidad familiar (artículo 18 CE).

La decisión del Tribunal Supremo respecto a las alegaciones de los recurrentes, determina que, en el caso francés se había vulnerado el artículo 8 del CEDH respecto al derecho a la vida privada de las menores, porque el tribunal francés no permitía el reconocimiento de la filiación entre el matrimonio que había llevado a cabo el contrato y la menor nacida mediante esta modalidad de reproducción. Por lo tanto, se entiende que, en estos casos la relación filial de origen, derivada del contrato de gestación por sustitución, estaba viciada e impedía fijar la identidad de las menores en el estado francés.

En cambio, en el supuesto español, el tribunal supremo recoge expresamente en su sentencia, que la determinación de la filiación paterna del menor sí que era posible, ya fuera por el hecho de tratarse de una filiación biológica paterna, ya fuera por la situación familiar “de facto”³⁵. Además, el Tribunal supremo reafirma su voluntad de velar por el interés superior del menor, instando al MF a ejercitar las pertinentes actuaciones para proteger el interés superior del menor. Por lo tanto, desde este punto de vista, el tribunal defiende su postura frente al caso francés defendiendo las alternativas para acreditar debidamente la filiación de los menores, que contravienen la negativa total por parte del supuesto francés.

Asimismo, reitera el Tribunal Supremo que, para el caso español los inconvenientes surgidos en el proceso de determinación de la filiación de los menores, tanto biológica como adoptiva, tienen carácter transitorio, por lo que no suponen un desequilibrio respecto de los intereses de la sociedad y el interés superior del menor.

En el escenario normativo actual de nuestro ordenamiento jurídico, cabe entender que la decisión tomada por el Tribunal Supremo es coherente y presenta una lógica jurídica. Los casos planteados ante el TEDH no son idénticos respecto al caso español, por lo que la solución tampoco debiera ser la misma. No obstante, la decisión del Tribunal Supremo sigue sin presentar un avance respecto a esta

³⁵ Auto Tribunal Supremo de 2 de Febrero de 2015 (Recurso nº 245/2012). Fundamento Jurídico Quinto, apartado tercero.

situación, manteniendo una postura pasiva recordando las alternativas posibles respecto a la determinación de la filiación acudiendo a otros parámetros legales³⁶.

Esta pasividad por parte del legislador y el no avanzar hacia una solución legal e igualitaria para todos los españoles, tiene como consecuencia la confusión de seguridad jurídica dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Nos encontramos frente a una variedad de soluciones judiciales que pretenden dar respuestas jurídicas de forma improvisada³⁷, generando de ésta forma una mayor confusión jurídica entre los ciudadanos.

Así pues, sigue existiendo una necesidad evidente de reforma legislativa para garantizar los derechos de todas las partes implicadas en los contratos de gestación por sustitución, en especial protegiendo el interés superior del menor con carácter prioritario. Consecuente de la continuidad de llevar a cabo estos contratos en países cuyas legislaciones son más permisivas, nos encontramos frente a la Conferencia de la Haya, la cual desde 2011 trabaja los problemas surgidos de los contratos de gestación por sustitución, principalmente en abordar el tema del reconocimiento de las filiaciones determinadas por un país diferente del que va a residir el nacido mediante esta técnica de reproducción, sin que por el momento se haya llegado a aprobar ningún proyecto al respecto.

4.3. Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado. Febrero 2015

La oficina de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado esta trabajando desde 2011 en un proyecto sobre la filiación derivada de los contratos de gestación por sustitución. El último informe preliminar sobre dicho debate ha tenido lugar el pasado mes de marzo de 2015, cuyo objetivo principal es la creación de una comisión de expertos destinada a la elaboración de una herramienta multilateral en este campo.

En Marzo de 2012, la Conferencia de La Haya elaboró un informe referente a los problemas acaecidos a partir de la realización de los contratos de gestación por sustitución a nivel internacional. Cabe destacar que dicho informe recoge la

³⁶ DURÁN AYAGO, A., “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España”. – Revista nº 2 – Bitácora Millenium DIPr.

³⁷ Aludimos entre otras a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Pozuelo de Alarcón nº 1 de 25 de Junio de 2012 (ROJ: AJPII 12/2012), según la cual, el tribunal acordó el exequátur a una resolución dictada por el Tribunal Supremo de Justicia de California mediante la cual se reconocía como madre de los niños nacidos mediante contrato de gestación por sustitución a la madre comitente española. Y otra de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 24ª) de 3 de diciembre (Auto nº 1341/2012) que confirmaba el auto del Juzgado de Primera Instancia nº 46 de Madrid, según el cual se denegaba el reconocimiento de la filiación reconocida mediante el Tribunal del Distrito del Condado de Boulder (Colorado – EE.UU) y se declaraba la paternidad al recurrente de nacionalidad española.

diversidad de regulación referente a este tema en los diferentes estados miembros de la conferencia, así como la propuesta de adopción de una herramienta internacional que permita el establecimiento de un marco de cooperación entre autoridades. Su finalidad radica en el amparo del reconocimiento de las filiaciones que estuviesen válidamente constituidas en un estado, pero que dicha filiación difiere de aquel en el que se pretenda escribir.

Entendemos que, desde este punto de vista, se propone asumir una postura basada en el en el “orden público atenuado”, en aquellos supuestos en que la determinación de la filiación se ha llevado a cabo de forma válida y legal conforme a la normativa de dicho estado. Amparando de este modo los efectos jurídicos de dichas situaciones y permitiendo el reconocimiento de la filiación, al margen de la prohibición del Estado donde se pretenda dicho reconocimiento.

De este modo, la postura de la Conferencia de La Haya va encaminada a alinearse con la decisión del TEDH respecto al reconocimiento de dichas filiaciones, de forma que su impedimento supondría una vulneración clara de ciertos derechos fundamentales sobre el respeto a la vida privada y familiar.

La conferencia de La Haya de Febrero de 2015 sobre los asuntos generales y la política de la Conferencia relativos al “ proyecto filiación/maternidad de sustitución”³⁸, tiene como punto de partida la importancia de los derechos humanos puestos en juego respecto de las situaciones actuales nacidas de los contratos de gestación por sustitución, además de resaltar la importancia del aumento de acuerdos de este tipo en los últimos años. La notoriedad de los problemas surgidos de las diferentes regulaciones respecto del país de origen y del país de nacimiento del menor suponen que, a nivel nacional se deban tomar medidas sobre los derechos de las partes implicadas.

La propuesta de La Haya va encaminada a recoger información sobre las propuestas de los estados miembros, respecto a la regulación de los contratos de gestación por sustitución a nivel internacional.

Se plantea de este modo un proyecto de cooperación destinado a elaborar una respuestas para los estados miembros respecto a las situaciones generadas por los contratos de gestación por sustitución en otros estados cuyas legislaciones sean más permisivas.

La voluntad de un sector de la sociedad de alcanzar la paternidad o la maternidad no conoce fronteras, por lo que la propuesta de la Haya supone dar un encaje jurídico a

³⁸ Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference. – *Le project Filiation / Maternité de substitution: Note de mise à jour*. <<http://www.hcch.net/upload>>.

estas situaciones que no encuentran protección jurídica cuando en un país no esta permitida dicha práctica, pero se lleva a cabo en otro en que si que lo está.

Hablando desde una perspectiva interna, las familias españolas que recurren a otros países para llevar a cabo los contratos de gestación por sustitución se tienen que enfrentar a diversos problemas sobre el reconocimiento de la filiación cuando regresan a España, hecho que supone una desprotección jurídica tanto para el menor, que ha nacido fruto de este contrato, como para los padres comitentes. De igual modo hablamos también de una desigualdad social, ya que a pesar de las medidas propuestas a nivel comunitario como a nivel interno, se enfocan con la finalidad de respaldar esta práctica cuando se lleva a cabo en un país cuya regulación lo permita. No obstante, para las familias que no pueden acceder a dichos países por los elevados costes que ello supone, no hay respuesta jurídica que valga, ya que para ellos dicha práctica sigue estando prohibida dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, a nivel comunitario se sigue sin dar respuesta a los problemas de desigualdad que genera la prohibición en nuestro país de llevar a cabo el contrato de gestación por sustitución. Hecho que evidencia la necesidad de una regulación coherente dentro de nuestro país y permitir el acceso de dichas técnicas a todos los ciudadanos, ya que el marco normativo actual genera una desigualdad dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Conclusión

Nuestro derecho actual es la reproducción de la cultura contemporánea, que se caracteriza por un pluralismo de estilos de vida. Esta diversidad cultural trae consigo una diversidad jurídica, por lo que el Derecho Internacional Privado del siglo XXI tiene como finalidad principal, la resolución de conflictos de leyes consecuente del contacto entre ordenamientos jurídicos diferentes.

El derecho filial conservador basado en la visión binaria de la filiación biológica y la filiación adoptiva, se encuentra actualmente en peligro ante la aparición de una nueva manera de alcanzar el vínculo filial, y se pone de manifiesto la importancia de la voluntad procreacional.

Cada vez es más frecuente encontrar casos internacionales de gestación por sustitución, debido principalmente a los medios con los que cuenta la sociedad para llevar a cabo estos contratos en los países donde sus estados otorgan efectos jurídicos.

Se pone de manifiesto la importancia de prever que estas situaciones que se generan estén respaldadas por la ley y proyecten los efectos deseados en nuestro país.

La gestación por sustitución es un tema complejo, debido en parte a las connotaciones éticas y morales que conlleva el contrato de ésta práctica. Como hemos podido observar a lo largo del análisis, no hay un pronunciamiento global y unificado, pero la práctica de este contrato aumenta cada vez más y la realidad social exige una regulación adaptada a ella.

A lo largo de este trabajo hemos podido observar la postura tanto de la Dirección General de Registros y del Notariado, como de la jurisprudencia actual (STS de 6 de Febrero de 2014 y Auto del TS de 2 de Febrero de 2015, así como del TEDH). Observamos, pues, esta falta de coherencia respecto a resolver los problemas derivados de la inscripción de la filiación de los nacidos mediante el contrato de subrogación y su acceso al registro civil español.

A raíz de todo lo expuesto con anterioridad, es ilógico que dentro de nuestro ordenamiento jurídico exista una prohibición para la práctica de los contratos de gestación por sustitución, pero que se admita y se regule los efectos derivados de esa misma práctica pero llevada en otro país. Esto nos lleva al problema planteado en este trabajo sobre la desigualdad generada en el ordenamiento jurídico español.

El hecho de que el legislador español opte por una decisión encaminada a dar una respuesta para los supuestos internacionales, supone una iniciativa progresista y

coherente ante el evidente aumento en nuestro país de los casos de gestación por sustitución realizados en otros estados. No obstante, el reconocimiento de los contratos en los estados cuyas legislaciones son más permisivas, crea una desigualdad para las parejas que quieren acceder a dicha práctica pero que sus recursos económicos no les permite acceder a estos países.

Resulta necesario, como hemos reiterado en todo el trabajo, la adopción de una medida que proteja los intereses de todas las partes implicadas, no obstante, esta medida no puede generar desigualdad entre los ciudadanos.

Se pone de manifiesto pues, la exigencia al legislador español de adoptar una regulación actual para el contrato de gestación por sustitución dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Gran parte de la sociedad española quiere acceder a ésta técnica pero se encuentra ante un obstáculo normativo y un obstáculo económico, produciendo de este modo una confusión normativa y una desigualdad ciudadana.

No se puede obviar esta realidad ni conferir respuestas diferentes para los casos locales, la realidad nos advierte que si no se toman medidas regulativas al respecto, aumentará la inseguridad jurídica y nos encontraremos frente a resoluciones contradictorias que generar una desigualdad jurídica.

Bibliografía

FUENTES DE DOCUMENTACIÓN PRIMARIA: LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

- Constitución española de 1978, de 29 de Diciembre de 1978
- Código Civil Español. Real Decreto de 24 de Julio de 1889
- Ley 35/1981 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, de 22 de Noviembre de 1988
- Ley 45/2003 de 21 de Noviembre por la que se modifica la LTRHA de 1988
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asitidan. BOE núm. 126 de 27 de mayo de 2006, Pp 19947 a 19956.
- Ley de 8 de Junio de 1957, del Registro Civil. Boe núm. 151 de 10 de Junio de 1957
- Decreto de 14 de Noviembre de 1958, por el que se arpueba el Reglmento para la aplicación de la Ley del Registro Civil. BOE núm. 296 de 11 de Diciembre de 1958
- Ley 13/2005 de 1 de Julio por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. BOE nº 157, de 2 de Julio de 2005
- Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de Febrero de 2009
- Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre “régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, de 5 de Octubre de 2010
- Sentencia Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia. Sentencia núm. 193/2010 de 15 de Septiembre. AC 2010\1707
- Sentencia Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) núm. 826/2011 de 23 de Noviembre [AS\2011\1561]
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 835/2013 de 6 de Febrero de 2014
- Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 245/2012 de 2 de Febrero de 2015
- Sentencias del TEDH 26 de Junio de 2014, asunto Mennesson c. Francia (Demanda nº 65192/11) y Labassee c. Francia (Demanda nº 65941/11)
- Convención de 20 de Noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adaptada por la Asamblea General de Naciones Unidas y ratificada por el Estado español el 30 de Noviembre de 1990. BOE núm. 313 de 31 de Diciembre de 1990
- Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference. – Le project Filiation / Maternité de substitution: Note de mise à jour. <<http://www.hcch.net/upload>>.

FUENTES DE DOCUMENTACIÓN SECUNDARIA: LIBROS Y ARTÍCULOS JURÍDICOS

- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. - "El futuro de la maternidad subrogada en España: Entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional". Cuadernos de Derecho Transnacional, Octubre 2014 Vol. 6, núm. 2, Pp 5-49
- BONILLO GARRIDO, L. "El reconocimiento y ejecución de la sentencia de maternidad por sustitución"- DIARIO LA LEY, núm, 8070, Sección tribuna, 25 de abril de 2013
- CALVO CARAVARA, A. L., Y CARRASCOSA GONZALEZ, J., " *Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de Octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*". Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2011). Vol. 3, Nº1, pp. 247-262
- DURÁN AYAGO, A. – "Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de Febrero de 2015". Bitácora Millenium DIPr. ISSN 2444-3220
- FARNÓS AMORÓS, E., "*Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California*". InDret 1/2010. Barcelona, Enero 2010
- GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M. – "La verdad biológica en la determinación de la filiación". Edit. DYINSON, Pp. 345 y ss. Madrid 2013
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. – "Determinación de la Filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?". Cuadernos de Derecho Transnacional, Octubre 2014 Vol. 6, núm. 2, Pp 147-174
- JARUFE CONTRERAS, DANIELA - "*Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción asistida*". Edit. DYKINSON, Madrid 2013 – Pp. 261-316
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V. – "La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales". Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V (2012) Pp. 365-381
- LAMM, E. – "Gestación por sutitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres". OBSERVATORI DE BIOÈTICA Y DRET UB – PUBLICACIONS I EDICIONS DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA 2013
- LAMM, E. – "*Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos y su impacto*". Ars Iuris Salmanticensis (TRIBUNA DE ACTUALIDAD VOL. 2, pag. 43-50). Diciembre de 2014
- LÓPEZ GUZMAN, J. y APARISI MIRALLES, A. – "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada". Cuaderno Bioética XXIII, 2012/2ª
- MORA ALMARA, M.J.: "*Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*". Edit. BOSCH, Barcelona 1988, pág. 208

- PRESNO LINERA, M. y JIMÉNEZ BLANCO, P. - "Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea". *Revista Española de Derecho Europeo* núm. 51, Pp. 1-39, Año 2014
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A. "*Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de Febrero de 2009*". *InDret* 3/2009
Barcelona, Julio de 2009
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F. - "La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos". *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 6, Pp 38-50, Marzo 2014
- SANCHEZ ARISTI, R. "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos". *HUMANITAS. Humanidades Médicas*, Nº 49, Abril 2010. Última revisión Octubre 2015
- VELA SANCHEZ, ANTONIO J. "La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo" Edit. COMARES, Granada 2012 Campbell, W.G. y Ballou, S.V. (1974). *Form and Style* (p.40). Boston: Houghton Mifflin.
- VILAR GONZÁLEZ, S. "Situación Actual de la gestación por sustitución". *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014. Pp. 897-931

Anexo I

Abreviaturas más comunes de uso en nota o en el texto.

Art.	Artículo (no de periódicos, sino de leyes y similares)
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CHDIPr	Convenio de la Haya de Derecho Internacional Privado
CNUDN	Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño
CNYDN	Convención Nueva York de Derechos del Niño
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
ed., edic.	edición (primera, segunda; pero en bibliografías inglesas ed. es <i>editor</i> , el que está al cuidado de; plural eds.)
EE.UU	Estados Unidos
FFJJ	Fundamento Jurídico
JPI	Juzgado de Primera Instancia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
LRC	Ley del Registro Civil
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
MF	Ministerio Fiscal
RRC	Reglamento del Registro Civil
Pág. // Pp	Página // Páginas
núm.	Número
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
Vol.	Volumen