

RESPUESTAS JURÍDICAS EN ESPAÑA ANTE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Carlos Marco Marco Atienza

*Alumno del Máster para el Acceso a la Abogacía
Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO: I. Introducción. II. La gestación por sustitución en Derecho Comparado. III. Vicisitudes de la legislación española. IV. Las respuestas jurídicas ante la gestación por sustitución llevada a cabo en un tercer Estado. V. Regulación actual: la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

RESUMEN

El presente artículo tiene como fin el estudiar situación actual de la gestación por sustitución en España en especial tras la entrada en vigor de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

PALABRAS CLAVE

Técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución, contratos de gestación subrogada, determinación de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en España, turismo reproductivo.

I. INTRODUCCIÓN

Las técnicas de reproducción humana asistida han supuesto una innovación importantísima en el llamado derecho a la procreación, permitiendo que parejas o individuos, que quieran ser padres o madres y no puedan tener hijos por medios naturales, puedan tener descendencia.

La subrogación supone actuar en lugar de otro. La gestación subrogada o gestación por sustitución es una técnica mediante la cual dos partes, la mujer gestante y los progenitores comitentes, convienen la

gestación de un ser humano en el útero de la mujer gestante con el fin de que cuando éste nazca, renunciar a su filiación en favor de los progenitores comitentes.

La gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana que resulta extremadamente compleja, debido que genera muchos interrogantes, tanto jurídicos como éticos y rompe con máximas heredadas en los ordenamientos jurídicos derivadas del Derecho Romano como el principio “*mater semper certa est*”.

II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN DERECHO COMPARADO

En el ámbito del Derecho Comparado no existe una posición común respecto de esta técnica, siendo las legislaciones de los países Estados muy diferentes entre sí debido a las grandes diferencias culturales, religiosas y sociales que existen.

Debido a esto, podemos diferenciar tres grupos de Estados según su posición legislativa y/o jurídica ante esta cuestión. En primer lugar, existe un grupo de Estados en los que es legal, como, por ejemplo,

California, Arkansas, Illinois, Maryland¹ –todos ellos Estados federados de los Estados Unidos de América–, India, Israel, Canadá, la República de Sudáfrica, Rusia e incluso Estados miembros de la Unión Europea como Grecia, Holanda, Bélgica, Dinamarca y Reino Unido². Aunque todos éstos tienen como punto en común la legalidad de la técnica, existen diferencias en las legislaciones abismales entre éstos, entre otras, que en algunos se permita incluso que exista una contraprestación económica –India³ o California– o requisitos sobre la mujer gestante –Rusia o Reino Unido–.

En segundo lugar, estaría un grupo de países que o no regulan o prohíben la gestación por sustitución. En éste grupo están la mayoría de los Estados, entre otros, Arabia Saudí, Pakistán, la Región Especial de Hong Kong⁴ o la mayoría de los Estados federados de los Estados Unidos.

Y, en tercer lugar, podemos encontrar un grupo de países que, si bien no regulan o incluso prohíben la gestación por sustitución, sí que reconocen los efectos que despliega. En este grupo, están Argentina⁵ y todos

los Estados Parte del Consejo de Europa, entre los que se encuentra España.

La situación de los Estados Parte cambió drásticamente el 26 de junio de 2014. Ésta fue la fecha en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció en dos sentencias pioneras, que serán estudiadas más adelante, los asuntos Labassee⁶ y Mennesson⁷ contra Francia.

Como consecuencia de este grupo de Estados, nace el llamado “turismo reproductivo”, también conocido mediante la expresión más neutra, “*cross-border reproductive care*” (CBRC)⁸, el cual se define como el desplazamiento de uno o varios individuos desde su propio estado a un segundo con el fin de poder acceder a las técnicas de reproducción humana asistida del segundo estado. Como expone Esther FARNÓS, “*el fenómeno se identifica con el desplazamiento de posibles receptores de TRA [técnicas de reproducción asistida] desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden tenerla. La expresión “turismo reproductivo” resulta, en cualquier caso, difícil de armonizar con la idea de “turismo” como viaje de placer, aunque guarda coherencia con la definición cada vez más utilizada de turismo como industria, y deviene una manifestación más del fenómeno globalizador. En el fondo, este fenómeno actúa como una válvula de seguridad moral, puesto que reconoce cierta autonomía a los individuos perjudicados por la aprobación de leyes restrictivas en materia de TRA [técnicas de reproducción asistida]*”⁹.

El turismo reproductivo presenta una serie de problemas, entre otros, el coste de desplazarse a un segundo estado con el fin de recurrir a esta técnica, el riesgo que supone que mujeres que vivan en países en vías de desarrollo sean explotadas por ciudadanos que provengan de países más ricos, etc. Aunque todos

1 LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, cit., págs. 17 y ss. Cfr. también VILAR GOZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, en *Revista de Derecho UNED*, n° 14, 2014, págs. 904 y ss.

2 A fecha de redacción del presente artículo, en la Unión Europea.

3 La India, recientemente ha prohibido la gestación por sustitución para personas extranjeras, según el Gobierno Indio, con el fin de acabar con el turismo reproductivo y acabar con la explotación de las mujeres, especialmente, las jóvenes. Añadiendo que “*the cost of surrogacy in India generally ranges from about \$18,000 to \$30,000, of which around \$8,000 goes to the surrogate mother. The figure is roughly a third of the US price*” (el coste de la subrogación en la India varía entre los \$18.000 a \$30.000, de los cuales, \$8.000 son para la madre subrogante. Aproximadamente [el coste] es de un tercio al precio en los Estados Unidos de América). Artículo publicado el 28 de octubre de 2015, en The Guardian, “*India bans foreigners from hiring surrogate mothers*” (India prohíbe a los extranjeros el acceso de las madres subrogadas), <http://www.theguardian.com/world/2015/oct/28/india-bans-foreigners-from-hiring-surrogate-mothers>, fecha de consulta: 9 de julio de 2016.

4 Hay que destacar el supuesto excepcional de China, donde está proliferando dicha práctica, aunque está prohibida de modo expreso por el artículo 22 de su Ley de Regulación de Tecnologías sobre Reproducción Humana Asistida de 2001, según Silvia VILAR GOZÁLEZ, en “Situación actual de la gestación por sustitución”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, cit. pág. 904.

5 La situación de Argentina es muy parecida a la de los Estados Parte en el Consejo de Europa. El primer caso reconocido fue un matrimonio que solicita la inscripción de una menor nacida mediante ésta técnica, Expte. 38316/2012 – “NN O D G M B M s/ Inscripción de nacimiento”, reconociéndose su inscripción mediante la sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 86, de 18 de junio de 2013. Por motivos de espacio, no podemos centrarnos en el estudio de ésta.

6 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), caso Labassee contra Francia, de 26 junio 2014, recurso n° 65941/11.

7 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), caso Mennesson contra Francia, de 26 de junio de 2014, recurso n° 65192/11.

8 FARNÓS AMORÓS, E., European Society of Human Reproduction and Embryology, 26th Annual Meeting, en *InDret 3/2010*, julio de 2010, Barcelona, pág. 9.

Esta expresión se podría traducir por “atención reproductiva transfronteriza”.

9 FARNÓS AMORÓS, E., European Society of Human Reproduction and Embryology, 26 Annual Meeting, en *InDret 3/2010*, cit. pág. 7.

estos problemas se manifiestan en los Estados receptores, hay que añadir los problemas que pueden surgir cuando los padres comitentes “vuelven a casa”, como por ejemplo que el menor no sea considerado nacional del Estado donde haya nacido o no obtenga la nacionalidad de los padres comitentes por nacimiento, que el Estado de los padres comitentes no reconozca la filiación determinada en el extranjero, etc.

A modo de resumen, y siguiendo a Eleonora LAMM, “*el niño es residente en un Estado que no reconoce a sus padres como sus padres legales, o que afecta al derecho del niño a la filiación, a adquirir una nacionalidad, el derecho del niño a la identidad, la obligación de los Estados de asegurar que los niños no sea apátridas, etc.*”¹⁰.

III. VICISITUDES DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

España ha sido un país muy avanzado en materia de reproducción humana asistida, prueba de ello es la primera Ley que reguló esta materia, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida, cuando las técnicas de reproducción asistida comenzaron a desarrollarse en la década de los 70, siendo España uno de los primeros Estados en promulgar una ley sobre esta materia en los países de nuestro entorno cultural y geográfico. Dicha Ley fue derogada y sustituida por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En ambas leyes ya se reconoce tanto en la Exposición de Motivos como en el artículo 10 –primero de la Ley 35/1988 y posteriormente en el mismo artículo de la Ley 14/2006, que permanece invariable– la existencia de ésta técnica.

El artículo 10 de la Ley 14/2006 –cuyo tenor literal es el pilar central de esta cuestión–, expone que,

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

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

3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.*

¹⁰ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret* 3/2012, cit., pág. 26.

Este artículo va a ser analizado debido a que, como ya se ha dicho anteriormente, es el pilar esencial de la legislación española y del presente trabajo.

El apartado primero de la Ley expone que son “*nulo[s] de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación [...]*”. De este modo tan categórico, el artículo declara la nulidad de este tipo de contratos. Hemos de recordar que la nulidad de un contrato es la máxima sanción civil que reconoce el Código Civil, como bien es sabido, la declaración de nulidad de un acto supone que éste nunca ha llegado a desplegar efectos jurídicos.

Añade dicho primer apartado que el contrato podrá ser “[...] *con o sin precio [...]*”. Al legislador no le interesa diferenciar si van a tener diferente tratamiento o no según haya pactada o no una contraprestación económica. En este sentido, se ha de exponer que casi todos los autores están en contra de los contratos de gestación por sustitución en los casos en los que exista una contraprestación económica. En muchos Estados donde ésta práctica es legal, sólo se permite este contrato cuando no medie precio, con el fin de que no se comercialice ni con la vida del futuro bebé ni se “cosifique” a la mujer, atentando de éste modo directamente contra la dignidad humana al ponerle un precio a ésta.

Si bien se reconoce en algunas legislaciones y en la literatura jurídica que medie un precio por las molestias y por el lucro cesante que la mujer gestante ha soportado durante los nueve meses de embarazo además de los meses de preparación anterior, como por ejemplo, que se le indemnice por los meses que haya estado de baja, prendas de vestir que necesite, asistencia sanitaria privada, las revisiones con el personal sanitario, es decir, todos aquellos gastos económicos que la gestante no tenga el deber de soportar. Este “pago” es “simbólico” porque lo que se intenta evitar es la posibilidad de que se cree un tráfico de seres humanos con fines reproductivos¹¹ así como una profesionalización de las mujeres gestantes.

En lo respectivo a la determinación de la filiación, el primer apartado termina con la expresión “[...] *a cargo de una mujer que renuncia a la*

¹¹ En la India, por ejemplo, donde sí que es una práctica legal, se permite el pago por el hijo, existiendo “*granjas de mujeres*” o “*fábricas de bebés*”. En este sentido, casi todos los autores coinciden con que se tiene que evitar a toda costa que se cree de ésta práctica un negocio. Según expone Eleonora LAMM, en su artículo Gestación por sustitución. Realidad y Derecho, en *InDret*, 3/2012, cit., pág. 6, “*en Estados como la India, las madres de alquiler pueden ser capaces de ganar -en una subrogación- un ingreso aproximadamente diez veces más del de su marido al año*”.

filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. Ésta es la parte esencial de la gestación por sustitución, que la mujer gestante renuncie a la filiación del menor en favor de los o el progenitor(es) comitente(s).

El apartado segundo añade que “la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto”. Ésta cláusula recuerda la máxima heredada del Derecho Romano y reconocida en nuestro Código Civil, “*mater semper certa est*”, del que deriva que la filiación se determina por el parto. Este principio deriva del Derecho Romano, base de los ordenamientos jurídicos latinos, entre otros, el español, portugués, italiano, francés, todos los países de Iberoamérica y Brasil.

Este principio establece que madre será la persona que dé a luz, ya que este hecho es difícilmente discutible, ya que hoy en día, la práctica totalidad de las mujeres en España, dan a luz en hospitales, y muy pocas fuera de estos.

En último lugar, el apartado tercero del artículo actúa como cláusula de cierre al exponer que se podrá determinar la filiación paterna de acuerdo a las reglas generales.

A modo de resumen, y en opinión de algunos autores, ya sólo de una lectura de las Exposiciones de Motivos de las Leyes, puede apreciarse que “la actual legislación española parte de la gestación por sustitución [...] como de un hecho conocido, no entrando a definirlo ni a contemplar sus distintos supuestos, sino que únicamente le niega efectos, siendo así una materia especialmente de tratamiento doctrinal”¹², añadiendo Silvia VILAR GONZÁLEZ, “a partir de la irrupción de nuevas técnicas de reproducción asistida, el nacimiento del primer bebé probeta en julio de 1978, y, por tanto, de nuevos medios para formar una familia, se han quedado obsoletos los supuestos de filiación previstos en el artículo 108 del Código Civil (filiación por naturaleza -matrimonial o no matrimonial- y filiación por adopción), mostrándose claramente el Derecho algo rezagado con respecto a la realidad social existente debido a los numerosos debates y dilemas éticos que surgen en torno a estos supuestos, especialmente, en relación con la técnica de la gestación por subrogación,

12 JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)”, en *Revista bolivariana de derecho*, n° 18, julio de 2014, pág.404.

que quiebra claramente los tradicionales principios jurídicos de Derecho romano «*mater semper certa est*» y «*pater est quem nuptiae demonstrant*»¹³.

IV. LAS RESPUESTAS JURÍDICAS ANTE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN LLEVADA A CABO EN UN TERCER ESTADO.

El primer caso en España donde se solicitó la inscripción de unos menores nacidos mediante ésta técnica fue en San Diego, California, Estados Unidos de América. Los padres comitentes, un matrimonio de dos hombres, solicitaron sus inscripciones ante el Responsable del Registro Civil del Consulado alegando que los menores habían nacido bajo un contrato de gestación por sustitución, formado en Los Ángeles, bajo el amparo de la Ley de California, y por lo tanto era válido en Derecho –según el Derecho californiano, los nacidos en California de un contrato de gestación por sustitución son hijos naturales de los cónyuges comitentes¹⁴–.

El Consulado Español en California negó la inscripción alegando que no podía inscribirse a un menor en el Registro Civil donde figurase que los progenitores eran dos varones como si ambos fuesen los padres biológicos (sí que se podría reconocer a un padre como biológico, y que el otro lo adoptase). Los padres aportaron los certificados de nacimiento de los menores, certificados de nacimiento de los promotores y el libro de familia, donde se exponía que contrajeron matrimonio en el 2005 en Valencia.

El Encargado del Registro Civil del Consulado, negó la inscripción basándose en el artículo 10 de la Ley de Reproducción Humana Asistida, la cual, como hemos estudiado anteriormente, declara nulos, sin efectos civiles los contratos de gestación por sustitución; siendo a efectos del Registro Civil Español madre legal la mujer que dé a luz. Se ha criticado ampliamente por Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ¹⁵ debido a que

13 VILAR GOZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, en *Revista de Derecho UNED*, n° 14, cit., pág. 902.

14 CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2009, Vol. I, n°2, pág. 295.

15 CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de

lo que intentó el Responsable del Registro Civil fue aplicar una Ley española fuera de sus fronteras, vulnerando el principio de territorialidad.

Ante esta resolución, los padres comitentes recurrieron la resolución del Consulado ante la Dirección General del Registro y Notariado, en adelante, DGRN, que se pronunció en su resolución de 18 de febrero de 2009. Hemos de recordar que esta resolución atiende a un caso concreto que resuelve en segunda instancia sobre un caso personal.

Ésta denegación de la inscripción inició un procedimiento que fue seguido en diferentes instancias, resolviendo tanto el poder ejecutivo (encargado del Registro Civil en California y la Dirección General de los Registros y del Notariado) como el poder judicial (Juzgado de Primera Instancia de Valencia, Audiencia Provincial de Valencia y Tribunal Supremo).

i. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009.

La Resolución de 18 de febrero de 2009 fue el instrumento por el que la DGRN se pronunció por primera vez sobre la inscripción de un matrimonio comitente como padres naturales de los menores nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución celebrado en el extranjero. Este organismo falló a favor del matrimonio español, alegando que la certificación registral no dañaba los intereses generales, no afectaba a la organización moral y jurídica de la sociedad española, debido a que el ordenamiento jurídico español sí que reconoce que puedan ser progenitores un matrimonio homosexual.

Lo que se debate en la Resolución es si los menores ostentan la nacionalidad española, al haber nacido por una gestación por sustitución en otro Estado donde sí que es legal esta práctica. Hemos de recordar, que el artículo 17.1.a) del Código Civil expone que tendrán la nacionalidad española de origen los nacidos cuando uno de los progenitores la ostente¹⁶. “No es exigible que haya quedado determinada legalmente la filiación del sujeto respecto de un padre o de una madre de nacionalidad española. [...] Debe

la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2009, Vol. I, n^o2, cit. págs. 297 y ss.

16 En el caso de que la Resolución del Registro no hubiera reconocido la nacionalidad de los menores, como según la Ley de California, los padres naturales es el matrimonio español, los EE.UU. no transmitirían su nacionalidad a los menores, por lo tanto, España estaría incumpliendo el Principio 3 de la

considerarse que un sujeto es “nacido” de padre o madres españoles si resulta posible recabar “indicios racionales de la generación física del nacido por un progenitor español” (vid. RDGRN de 28 de octubre de 1986)”¹⁷.

La Resolución añade que el matrimonio español no ha llevado a cabo un fraude de Ley porque no se ha valido de una norma de conflicto ni de otra norma con el fin de evitar la aplicación de la Ley española. Dicha Resolución resolvió que se tenía que inscribir a los menores en el Registro Civil como hijos naturales del matrimonio.

ii. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n^o15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010.

El Ministerio Fiscal recurrió la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La Fiscalía centró su recurso en que dos varones no pueden ser progenitores naturales de un menor con exclusión de la mujer que dio a luz, alegando que la inscripción de los menores en el Registro Civil español vulnera el orden público internacional español ya que los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho según el artículo 10.1 LTRHA, añadiendo que la filiación del nacido se determina por el parto (10.2 LTRHA). En suma, el recurso por parte del Ministerio Fiscal contra la Resolución de la DGRN se basa en la pregunta de si resulta o no aplicable el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en este caso¹⁸.

La demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009

Declaración de los Derechos del Niño,

“El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad”.

Así como el artículo 7, apartado primero de la Convención de los Derechos del Niño,

“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

17 CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2009, Vol. I, n^o2, cit., pág. 297.

18 RUBIO SACHÍS, M. J., *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*, Trabajo de Fin de Máster en Estudios Interdisciplinarios de Género codirigido por TORRELLAS TORREA, E. y MAESTRE CASAS, P., Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, 2012, págs. 40 y ss.

fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia, mediante la sentencia de 15 de septiembre de 2010, dejando sin efecto la inscripción de los menores en el Registro Civil.

iii. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 23 de noviembre de 2010.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº15 fue recurrida por el matrimonio valenciano al dejar sin efecto la inscripción de los menores nacidos mediante la técnica de gestación por sustitución en California. Esta sentencia fue desestimada, confirmando la Sentencia de 15 de septiembre de 2010.

Sin embargo, aunque esta Sentencia fue desestimada, por primera vez se introdujo en el procedimiento el interés supremo del menor, al que también hace referencia la Instrucción, aunque la sentencia expone que si bien el interés jurídico del menor, es un interés supremo, así reconocido por todos los instrumentos de protección de Derechos Humanos y del Niño que ha ratificado España, este no puede garantizarse cuando para conseguir dicho fin, se tenga que infringir la Ley, como es el caso de España, donde, como por todos es conocido, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida prohíbe de modo expreso los contratos de gestación por sustitución.

iv. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera (de lo Civil) constituida en Pleno, de 6 de febrero de 2014.

Los padres comitentes recurrieron mediante el recurso de casación la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, mediante la cual se confirmaba la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia por la que se declaraba que los menores no podían ser inscritos en el Registro Civil con dos padres varones como progenitores naturales.

Los recurrentes exponen ante el Tribunal Supremo, constituido en Pleno, que en su opinión se vulneraba el artículo 14 de la Constitución Española “*por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989*”¹⁹.

La Sala del Tribunal Supremo en su sentencia no deniega la inscripción de los menores en el Registro Civil español, si bien, expone que no se podrá proceder a la inscripción de los menores apareciendo como progenitores naturales los padres comitentes. La Sala centra su sentencia en la posibilidad de proceder al reconocimiento por el Registro Civil español de las inscripciones de nacimiento extranjeras que hayan sido reconocidas por organismos equivalentes al Registro Civil español, siempre y cuando no exista duda “*de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española*”²⁰. En España, como bien es sabido y es el objeto del presente Trabajo, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida considera nulo el contrato de gestación por sustitución, siendo determinada la filiación materna por el parto. En base a este precepto, el Tribunal Supremo, en su sentencia, considera que la vulneración del artículo 10 constituye una infracción del conocido como “*orden público internacional español*”²¹ y debido a esta infracción, se considera que actúa como límite para poder reconocer las decisiones de autoridades extranjeras en España.

Los recurrentes argumentaron sobre el “*interés superior del menor*” con el fin de evitar la aplicación de la Ley española. El Tribunal expone que deben ponderarse todos los bienes jurídicos en juego (orden público internacional español en contraposición al interés superior del menor) así como el principio de dignidad de la mujer gestante y el interés de los menores a no ser objeto del tráfico mercantil. Añade que los ordenamientos jurídicos de otros países de nuestra cultura jurídica, a pesar de los avances que medicamente se han hecho en las técnicas de reproducción humana asistida, no pueden aceptar aquellas técnicas que atenten contra la dignidad del menor o de la mujer gestante, es decir, que se mercantilice la gestación y la filiación, facilitando la posibilidad de que puedan existir organizaciones de trata de seres humanos.

La sentencia declara que tiene que permitirse la integración de los menores en la familia y, ante la falta de datos sobre su filiación, insta al Ministerio Fiscal a que vele por la protección de los menores,

20 Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia.

21 El “*orden público internacional español*” se define como una excepción a la aplicación de una Ley extranjera competente cuando sea manifiestamente incompatible con los principios y valores que son considerados como fundamentales en el ordenamiento jurídico interno. En el caso de España, se considera que atenta contra el orden público internacional español cuando la Ley extranjera vaya de modo directo contra la Constitución o sus principios.

19 Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia.

iniciando las acciones que sean necesarias para determinar la correcta filiación de los menores y su protección dentro del núcleo familiar a través de las figuras del acogimiento y la adopción.

v. Las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Menesson c. France*²² y caso *Labassee c. France*²³, de 26 de junio de 2014.

Los presentes casos, aunque fueron dos recursos planteados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra Francia, en base al artículo 46 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, las sentencias que emanaron de éste Tribunal serán directamente aplicables a todos los Estados que hayan ratificado el presente Convenio, entre ellos, España.

Los recurrentes fueron dos matrimonios franceses que realizaron en los Estados Unidos de América dos contratos de gestación por sustitución en los Estados de California (los *Menesson*) y Minnesota (los *Labassee*). De dichos contratos de gestación nacieron dos niñas gemelas y una niña, respectivamente. Estos Estados emitieron dos sentencias donde se reconocía que las parejas francesas eran los progenitores de las menores.

Cuando se solicitó su inscripción en Francia, con el fin de que las parejas fuesen considerados los padres, después de todo el procedimiento judicial, la Cour de Cassation (órgano equivalente en nuestro ordenamiento jurídico al Tribunal Supremo) denegó ambas inscripciones solicitadas por los recurrentes exponiendo que la gestación por sustitución incurre en una nulidad de orden público en base al artículo 16-9²⁴ del Code Civil (francés). El artículo 16-7 del Code Civil expone de modo categórico que,

*“Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui est nulle”*²⁵.

Los recurrentes invocaron ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el artículo 8 del Convenio

22 Asunto 65192/11.

23 Asunto 65941/11.

24 El artículo 16-9 del Code Civil expone que todas las disposiciones del Capítulo II, bajo el nombre de *Du respect du corps humain* (del respeto al cuerpo humano) son de orden público (arts. 16 a 16-9).

25 *“Cualquier acuerdo sobre la procreación o gestación por cuenta de otro es nulo”*. Traducción propia.

[del Derecho al respeto a la vida privada y familiar], exponiendo que se vulnera el Convenio al no poder obtener en Francia el reconocimiento de una filiación ya determinada legalmente que ha sido reconocida en el extranjero y esto atenta de modo directo contra el interés superior del menor.

El Tribunal señala que en el presente asunto es aplicable el artículo 8 del Convenio en sus dos vertientes, tanto la “*vida privada*” como la “*vida familiar*”.

En primer lugar, el Tribunal entiende que, puesto que los matrimonios franceses se han ocupado como padres de las niñas desde el nacimiento, viviendo todos juntos en familia, expone que se puede invocar la vertiente del artículo 8 del Convenio de la vida familiar.

En segundo lugar, el Tribunal recuerda en su sentencia que la vulneración del derecho a la propia identidad es un supuesto contemplado en la segunda vertiente del artículo 8 del Convenio, el derecho a la vida privada. Añadiendo que existe una relación entre la vida privada de las menores nacidas a través de un convenio de gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación.

En relación con la primera vertiente, el Tribunal sentenció que no existe una vulneración al derecho al respeto de la vida familiar²⁶, alegando que no podía alegarse una violación de dicha vertiente al no haber limitado o prohibido el Estado Francés que los menores vivan con sus padres.

En relación a la segunda vertiente del artículo 8 del Convenio, el Tribunal entiende que sí existe una violación del artículo 8 del Convenio en su vertiente a la vida privada de los menores al vulnerarse el principio al interés supremo del menor debido a que los efectos que producen la denegación del no reconocimiento de la filiación afecta a la vida privada de los menores, en el sentido de que cada uno pueda establecer su propia identidad, incluyendo su propia filiación.

Mediante estas Sentencias pioneras, todos los Estados que hayan ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en la actualidad 47 Estados

26 Apartado 2 del fallo de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Menesson c. Francia*, de 26 de junio de 2014.

Apartado 81 de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Labassee c. Francia*, de 26 de junio de 2014.

Parte) han de reconocer la inscripción de los menores nacidos por gestación subrogada aunque sus legislaciones internas prohíban o no regulen esta técnica de reproducción.

vi. Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera (de lo Civil) constituida en Pleno, de 2 de febrero de 2015.

Tras dictarse las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el matrimonio español planteó un incidente de nulidad de actuaciones, basándose en que la Sentencia del Tribunal Supremo violaba tres Derechos Fundamentales, los del artículo 24 (tutela judicial efectiva), 14 (derecho a la igualdad sin discriminación, tanto de los menores por razón de nacimiento como de los padres por razón de su orientación sexual) y del 18 (derecho a la intimidad familiar). Sin embargo, lo que interesa en este trabajo no es el estudiar todas las cuestiones relativas a las presuntas vulneraciones de Derechos Fundamentales, sino la interpretación que hace el Tribunal Supremo en relación a la Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Sala del Tribunal Supremo entendió que no se vulneraron los anteriores Derechos y que la Sentencia del Tribunal Supremo no vulnera las Sentencias del Tribunal de Derechos Humanos al entender que mientras que la Cour de Cassation negaba la inscripción de modo categórico porque el Code Civile prohíbe dichos contratos, el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida no prohíbe el reconocimiento de la paternidad del padre biológico, y en todo caso, se podrá resolver si los padres comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar, bajo de la figura de la adopción.

Asimismo, añade que el Tribunal Supremo no vulneró el interés supremo del menor al estar protegido de modo expreso por el ordenamiento jurídico español, evitando en todo caso la desprotección gracias a la intervención del Ministerio Fiscal.

Los Magistrados D. José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL, D. José Antonio SEIJAS QUINTANA, D. Francisco Javier ARROYO FIESTAS y D. Sebastián SASTRE PAPIOL emitieron un voto particular contra el Auto de 2 de febrero sobre el incidente de nulidad de actuaciones, exponiendo que en su opinión, existe la necesidad de que España regule la gestación por sustitución o su reconocimiento ya que actualmente se está acudiendo a Instrucciones de la

Dirección General de los Registros y del Notariado para poder regular la inscripción de los menores ante el Registro Civil cuando debería de ser una norma con rango legal la que lo autorizase así como determinase los supuestos en los que procede, ya que es una potestad del poder legislativo el crear las normas por las que se rige el ordenamiento jurídico.

V. REGULACIÓN ACTUAL: LA INSTRUCCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 5 DE OCTUBRE DE 2010.

Para entender la posición de España en esta materia, hemos de acudir al ya renombrado artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida que no se reproduce debido a que ya es ampliamente conocido. Sin embargo, hemos de recordar que la Ley se aplicará exclusivamente en territorio español, en base al principio de territorialidad de las leyes. No se podrá celebrar un contrato por el que se acuerde la gestación de un ser humano con el fin de entregarlo a un tercero sin que adolezca de un vicio de nulidad. Para poder acudir a esta técnica de modo legal, habrá que acudir a un tercer Estado donde ésta práctica sea legal y luego, una vez nacido el niño, solicitar su inscripción en España. Ahora bien -si como se ha estudiado- el artículo 10 de la LTRHA declara la nulidad de dicho contrato, ¿con base a qué norma podremos solicitar la inscripción de los menores nacidos mediante ésta técnica en el extranjero? La respuesta la ha dado la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

En esta Instrucción²⁷ se fijan las directrices a tener en cuenta por los encargados de los Registros Civiles puedan proceder a la inscripción de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia de la técnica de gestación por sustitución.

²⁷ En esta ocasión es ya una Instrucción en la que se regulan las directrices para proceder al registro de los menores nacidos mediante esta técnica, no se hace como en la primera ocasión, a través de una Resolución, que recordemos, sólo procede a declarar el Derecho aplicable para un supuesto determinado. En opinión VELA SÁNCHEZ, A. J., en “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, en *Diario La Ley*, nº 7608, *Sección Doctrina*, 11 de abril de 2011, Año XXXII, Ed. La Ley, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 da las claves para una posible regulación de la maternidad subrogada en España, págs. 4 y ss.

Con el fin de proteger a las partes, se establece como requisito previo a la inscripción de los nacidos la presentación ante el Registro Civil de una resolución judicial dictada por el Tribunal que sea competente en el Estado donde se ha hecho la gestación por sustitución. El fin de la exigencia de solicitar una certificación emitida por una autoridad del Estado a solicitar una resolución judicial es la de constatar la capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, que es la que se ve “*asaltada en su domicilio*”, así como para que no sea sometida ni a error, engaño, coacción o violencia y evitar que pueda existir un contrato que encubra el tráfico internacional de menores o de mujeres cuyo fin sea su explotación. Mediante esta comparecencia ante la autoridad judicial, no sólo se protege a la mujer gestante, sino también el interés del menor o de los menores. Mediante el procedimiento de exequatur, se podrá reconocer ante los Juzgados de Primera Instancia las sentencias extranjeras.

Desde la entrada en vigor de esta Instrucción, no será válida para proceder a la inscripción de los menores en el Registro Civil una certificación registral extranjera o una declaración acompañada de la certificación médica de nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la mujer gestante.

Analizando ésta Instrucción, Alfonso-Luis CARAVACA y Javier CARRASCOSA²⁸ exponen que, en su opinión, no cabría aplicar el artículo 10 LTRHA para determinar la filiación de un menor nacido gracias a un contrato de gestación por sustitución, porque esta filiación ya habría sido declarada por las autoridades públicas extranjeras. En su opinión y en la mía, no cabría aplicar el artículo 10.2 en los supuestos de reconocimiento porque el apartado dice que la filiación de los hijos será determinada por el parto. Parten de que la filiación aún no ha sido determinada, siendo sólo aplicable a los casos en los cuales los nacidos no tienen determinada su filiación, debiendo declarar que ley será la competente para determinar la filiación de los menores. Este artículo sólo será aplicable cuando la filiación no haya sido determinada por las autoridades extranjeras mediante una resolución emanada de un órgano jurisdiccional.

Un problema que impone la Instrucción es que, al necesitar una resolución judicial del Estado con el

fin de reconocer ante el Registro Civil español a los menores nacidos mediante esta técnica, se plantea el problema de los Estados que no prevean la necesidad de que el convenio sea controlado de modo judicial, sino que pueda ser celebrado o de modo exclusivamente privado o ante una autoridad extranjera que no sea una autoridad judicial (como podría ser un notario). La Instrucción “*obliga a los promotores de la inscripción a “judicializar”, ante los tribunales de un país extranjero el nacimiento de los menores; que es imposible su aplicación cuando en el Estado extranjero no existen procedimientos judiciales para acreditar la filiación de estos menores*”²⁹.

VI. CONCLUSIONES

I. La gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida que está siendo realizada en algunos países de modo legal, los cuales se ven “*asaltados*” por nacionales de otros países donde no es una técnica legal con el fin de poder celebrar el contrato de gestación por sustitución, dicho circuito es conocido como turismo reproductivo.

II. En el ámbito del Derecho Comparado, se pueden diferenciar tres grupos de Estados según regulen o no esta situación. En primer lugar, existe un grupo de Estados que permiten la gestación por sustitución, entre otros, destacan California, Arkansas, Maryland, Israel, Grecia, Holanda, Bélgica y Reino Unido.

En segundo lugar, están los países que o bien prohíben o no regulan la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana. Este grupo es el que más Estados comprende.

En último lugar, existe un grupo de Estados que se caracterizan porque, si bien no regulan o incluso prohíben la gestación por sustitución, sí que reconocen los efectos que despliega, principalmente el reconocimiento del menor y la determinación de los progenitores comitentes como padres de éste. En este grupo destacan Argentina y todos los Estados parte del Consejo de Europa, entre lo que se encuentra España.

La situación de los Estados Parte cambió drásticamente el 26 de junio de 2014. Ésta fue la fecha en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció en dos sentencias pioneras, que serán

28 CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 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”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo de 2011, Vol. 3, nº1.

29 RUBIO SACHÍS, M. J., *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*, cit., pág. 47.

estudiadas más adelante, los asuntos Labassee y Mennesson contra Francia.

III. En España, actualmente la gestación por sustitución es nula de pleno Derecho en base en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que recoge dicho artículo de su predecesora, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. El artículo 10 expone que la determinación de la maternidad quedará establecida por el parto, recordando la máxima romana “*mater semper certa est*”, añadiendo que la filiación paterna será determinada mediante las reglas generales.

IV. El primer caso en el que se solicitó la inscripción de menores nacidos mediante ésta técnica en España fue en el año 2009. Tras sucesivos recursos jurisdiccionales, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, declaró que tenía que permitirse la integración de los menores en la familia y reconocer la correcta filiación mediante las figuras de acogimiento y adopción debido a que los progenitores comitentes estaban actuando como sus padres de facto desde que llegaron a España —en el año 2009—, valorando el interés supremo del menor.

V. En otros dos asuntos similares, los recurrentes recurrieron ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos las sentencias emitidas por la Cour de Cassation francesa, en las cuales se sentenciaba que no podía reconocerse la inscripción de los menores nacidos mediante dos contratos de gestación por sustitución en California y en Minnesota debido a que el Code Civile francés expone que es nulo cualquier contrato de gestación por sustitución y desestimando el interés superior del menor. Los recurrentes alegaron que se trataba de una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo, estimando el Tribunal que atenta contra el interés superior del menor y contra la vida privada de los menores, entendiendo que Francia ha de reconocer a los progenitores comitentes como padres biológicos y legales de los menores.

VI. El matrimonio español promovió ante el Tribunal Supremo un incidente de nulidad de actuaciones en base a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en su Auto de 2 de febrero de 2015, el Tribunal Supremo lo desestima.

VII. La DGRN mediante su Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, determina que para que puedan acceder a la inscripción los menores nacidos mediante esta técnica,

habrán de aportar una resolución judicial emanada por el Tribunal competente donde así se determine la filiación.

VIII. En mi opinión, se debería de debatir en las Cámaras una Ley donde o se regulase esta práctica en España o se expusiesen los efectos que tiene, ya que actualmente se rige por una Instrucción de la DGRN cuando dicho órgano no tiene potestad para crear las normas por las que se rige el ordenamiento jurídico, que pertenece al poder legislativo. En el mismo sentido se pronuncian los Magistrados del Tribunal Supremo en el voto particular del Auto de 2 de febrero de 2015.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCO-SA GONZÁLEZ, J., Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2009, Vol. I, nº2.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCO-SA GONZÁLEZ, 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, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo de 2011, Vol. 3, nº1.
- FARNÓS AMORÓS, E., European Society of Human Reproduction and Embriology, 26th Annual Meeting, en *InDret 3/2010*, julio de 2010, Barcelona.
- FLORES RODRÍGUEZ, J., Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso no 65192/11, *Diario La Ley*, Nº 8363, Sección Tribuna, 28 de julio de 2014, año XXXV, Ed. La Ley.
- GAFO, J., “*Nuevas técnicas de reproducción humana*”, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986.
- GASCÓN ABELLÁN, M. y DE LORA, P., “*BioÉtica. Principios, desafíos, debates*”, Alianza Editorial, Madrid, 2008.

- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736), en *Revista bolivariana de derecho*, n° 18, julio de 2014.
- LAMM, E., Gestación por sustitución. Realidad y Derecho, en *InDret 3/2012*, julio de 2012, Barcelona.
- RUBIO SACHÍS, M. J., “Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante”, Trabajo de Fin de Máster en Estudios Interdisciplinarios de Género codirigido por TORRELLES TORREA, E. y MAESTRE CASAS, P., Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca, 2012.
- VELA SÁNCHEZ, A. J., en “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, en *Diario La Ley* n° 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, año XXXII, Ed. La Ley.
- VILAR GOZÁLEZ, S., Situación actual de la gestación por sustitución, en *Revista de Derecho UNED*, n° 14, 2014.