

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: SU EVOLUCIÓN DESDE LA PRIMERA LEY 35/1988, DE 22 DE NOVIEMBRE HASTA EL MOMENTO PRESENTE DICIEMBRE 2019

Francisco Lledó Yagüe y Oscar Monje Balmaseda
Socios Fundadores de IURE LICET ABOGADOS

Con la regulación básica y fundamental en la materia de Ley 35/1988, quedó patente el criterio que mantuvo la Comisión de expertos convocada al efecto¹ que la nulidad debía presidir, cualquier convenio en torno a la denominada entonces “maternidad por encargo”. No se planteaba ninguna excepción, el criterio que se sostenía (y quien escribe estas líneas, fue miembro de esa Comisión) era contrario a la ley, por infringir la “dignidad”, instrumentalizar el cuerpo femenino, para su beneficio meramente “utilitarista”, y que no era “objeto disponible en el tráfico jurídico (art. 1271 Cc). Así el criterio de la Comisión, fue extrapolado fielmente a la ley 35/1988, que calificaba el citado contrato de nulidad, la filiación correspondía a la madre de gestación, y en modo alguno, a la comitente, aunque fuera por ende la madre biológica.

Este mismo razonamiento se impuso en la ley (realmente adaptación, correctora) de la Ley 14/2006 de 24 de mayo, que mantuvo esencia el mismo fundamento “negacionista” en cuanto a su ilicitud. Y al respecto, como dice el profesor florentino FERRANDO MANTONANI, “no es tanto un problema de ilicitud, de prohibición, sino más bien un completo problema de “límites de licitud, es decir, de una reglamentación “consensuada” que asegure los beneficios, y que evite los daños para el hombre.

Esgrime con razón la codirectora de esta obra, FERRER VANRELL, P.²,

¹ LLEDÓ YAGÜE, F. Informe de la Comisión especial de estudio de la Fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas. Congreso de los Diputados, 1987. Pg. 87-90.

² FERRER VANRELL, P. La gestación por sustitución. art. 10. Comentario jurídico en Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción asistida. Ley 14/2006 de 26 de mayo. (dirs) LLEDÓ YAGÜE, F. y OCHOA MARRIETA, C. Edit. Dykinson, 2007. Pg. 160.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F. “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: Análisis de los diversos supuestos prácticos” en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 6, Marzo de 2014, véase un enfoque de la situación de la gestión por sustitución. Pg. 38 y 39.

Informe de la Comisión especial de estudio de la Fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas. Congreso de los Diputados, 1987. Pg. 43 y siguientes.

PÉREZ MONGE, M. La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Centro de estudios registrales. Madrid, 2002. Pg. 346-350.

DÍAZ ROMERO, M.R. Autonomía de la voluntad y contrato de gestación subrogada. Efectos jurídicos. Aranzadi Thomson Reuters 2018. Pg. 24 y 25. También VILAR GONZÁLEZ, S. La gestación subrogada en España y en el derecho comparado Wolters Kluwer. Madrid, 2018.

en cuanto que entonces (Ley 35/1988 y ahora ley 14/2006), la denominación del artículo 10 no es rigurosa al calificarlo de “gestación por otra” porque su regulación no responde a su denominación, ya que el contratante del apartado primero no es, necesariamente una mujer. La finalidad no es tanto el acuerdo de sustitución de una gestante por otra, como posibilitar la determinación de la filiación del sujeto comitente, que puede ser hombre, mujer o pareja. Sería más preciso denominarlo gestación, para otro o simplemente, “acuerdo de gestación”.

Desde la óptica del Derecho penal, nos encontramos con la posibilidad de la aplicación de los arts. 220 y 221 CP al tema de la gestación subrogada, y si bien nos remitimos a los comentarios precisos y muy aleccionadores de los autores que tratan esta materia coordinados, por el codirector de esta obra, el profesor BENÍTEZ ORTUZAR³, conviene resumidamente decir que, desde el punto de vista del derecho penal, no puede obviarse la incidencia que en determinados casos de maternidad subrogada que se concertaran en España – en los que medie un alquiler o el pago de un canon o contraprestación – puede llegar a tener el tipo delictivo referido a las adopciones ilegales. En concreto, el art. 221.1 del Código Penal se refiere a los que “mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación e filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación”; y para esta conducta establece como castigo “las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años”.⁴

Asimismo, LLEDÓ BENITO⁵, en esta obra colectiva concluye que:

El apartado 1.º del art. 221 CP castiga a los que “mediando compensación económica, entregaren a otra persona a un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concurra relación de filiación o de parentesco, eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación”.

En el ámbito referencial de la maternidad subrogada, no sería tanto el contrato existente; por otra parte nulo, lo que por ende no influiría en la

Pg. 61 y siguientes (se refiere especialmente al informe Palacios de la comisión constituida en el Congreso de los Diputados, comentada supra). Pg. 61 y siguientes. ALKORTA IDIAKEZ, I. Regulación jurídica de la medicina reproductora. Edit. Aranzadi Thomson, 2003. Pg. 274 y siguientes. Un repaso conceptual, histórico y jurídico obligado por el lector en la comprensión de esta problemática.

LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. Barcelona, 2013. n.º 2.

³ BENÍTEZ ORTUZAR, I. Aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética. Edensa. Madrid, 1997 pg. 383 y siguientes.

⁴ ABELLÁN – GARCÍA SÁNCHEZ, F. “Gestación por sustitución: Dificultades para mantener la prohibición en España” en Revista de Derecho, Empresa y Sociedad, n.º 9, época II. Julio – Diciembre, 2016. Edit. Dykinson, Madrid. Pg.60-77.

⁵ LLEDÓ BENITO, I. Delitos relativos a la filiación y maternidad por sustitución. Reflexiones de Lege Lata y Lege Ferenda. En “Estudio sistemático de los aspectos penales, y psicosociales en la Gestación subrogada. Evolución y/o involución 1988-2019) en Ed. Dykinson. Madrid. 2019.

relación de filiación que por naturaleza correspondiera. Que como sabemos a tenor, de las normas sustantivas y registrales (art. 120-4 CC y artículos 44 y siguientes. Ley 20/2011 de 21 de julio de Registro Civil), la madre “jurídicamente” – aunque no lo fuera biológica (porque no es titular del óvulo) – lo sería la gestante. Pues bien, si ésta entrega el hijo a la “comitente” mediando contraprestación económica, se recurriría en el tipo penal del art. 221 CP. Ahora bien, si la entrega lo fuera sin compensación económica, estamos con BENÍTEZ ORTUZAR⁶ en que si no existe esa “compensación”, no se incurriría en el tipo. Es decir, la mujer que entregue al hijo no implica la licitud de la conducta. Es decir, la mujer que entrega al hijo que ha gestado con material genético, extraña, que no oculta el parto ni entrega al hijo para alterar o modificar su filiación, sino que lo hace para establecer entre su hijo y otra mujer, una relación análoga a la de adopción, eludiendo los procedimientos jurídico-civiles de guarda, acogimiento o adopción, es considerado un ilícito civil.

Es decir, a nuestro juicio, el supuesto en el que se está pensando, podría ser el siguiente:

1º) la madre gestante, da a luz, - o ya existía el menor-

2º) el hijo y/o menor, son titulares de una determinación de la filiación, correspondiente a la madre gestante, si no estuviera casada (la de filiación matrimonial).

3º) Ella, él o ellos – la pareja-, entregan al hijo, no con la finalidad que se altere la filiación que cuesta en el Registro Civil.

4º) La finalidad es que se establezca “una relación análoga a la adopción”. Y a nuestro juicio, bien pudiera serlo la posesión de estado” a la que se refiere el art. 131 Cc. Es decir, el hijo y/o descendiente o menor, que tiene formalmente una filiación, es entregado a otra persona (ej. mujer comitente y su esposo y/o conviviente) el hijo, que viviría en la “posesión de estado” correspondiente a la relación familiar de la pareja comitente.

5º) Ciertamente, así se elude sólo de facto, la intervención de las entidades públicas en la guarda, acogimiento y/o adopción. Esta pareja comitente, serían guardadores de hecho (art. 303 Cc). De seguir los trámites de la adopción, la intervención de la entidad pública, y las instituciones de integración familiar son preferenciales. No se olvide que la adopción está intervenida administrativamente.

6º) Precisamente, la excepción, sería la del art. 176-2º Cc, aplicable al caso. Es decir, si el esposo y/o conviviente de la comitente, aportó el “semen”, pudiera reconocer la paternidad extramatrimonial y luego acudir con el concurso positivo de los consentimientos, de la “madre registral” – la gestante-, y la mujer comitente, a la adopción del hijo cónyuge (art. 176-2 Cc).

Hay responsabilidades estatales indelegables, una de ellas es la tutela de unas y unos menores que no pueden quedar al albur de chequeras, ilusiones o deseos personales. La mercantilización de la capacidad reproductiva de mujeres jóvenes abona el caldo de cultivo para la trata de personas. Como ocurre con el mercado prostitucional, no se puede ignorar que habilitar canales lícitos o

⁶ BENÍTEZ ORTUZAR, I. op.cit. (aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida) Pg. 402 y siguientes).

legales para el proxenetismo reproductivo, representa un reclamo para el ilegal. No en vano, la extensión de la gestación comercial ha provocado que las redes criminales dedicadas a trata de personas con fines de explotación sexual, amplíen su negocio incorporando los beneficios que conlleva la reproductiva. Un ser humano no puede considerarse una mercancía, ni los cuerpos de las mujeres nichos de un mercado deslocalizado que compra el óvulo en un país, en otro la gestación y en un tercero vende el “producto” resultante. Hay bienes que no se pueden comercializar por mucho que haya quien pueda o desee comprarlos. No podemos subastar al mejor postor nuestros órganos (aunque salve una vida o dos) ni vendernos como esclavos si nos garantizan techo y comida de calidad ni regalar a nuestros hijos/as en caso de necesidad.⁷

Otros autores, abogan por la regulación favorable a su legalización. Así, explica este autor, resumiendo esta corriente doctrinal que *“una mera prohibición no evitará los múltiples dilemas morales y problemas legales que surgen en torno a ella, corriéndose el riesgo, además, de que se produzcan otros daños y abusos derivados de mercantilización de la gestación y de la filiación, de alimentar la proliferación de mercados negros en países en desarrollo en los que la práctica es más económica pero que ofrece menos garantías a las partes, dando lugar a la explotación de potenciales gestantes, a donantes de óvulos en situación desfavorecida o, incluso, al tráfico de menores, convirtiéndose los bebés en objeto de transacciones comerciales internacionales”*.⁸

Como dice ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA⁹, sobre esta premisa configuradora de tal supuesto, el razonamiento de la DGRN que pretendía establecer una identidad de razón entre ese supuesto y otro en el que ninguno de los progenitores puede decirse amparado por el criterio del alumbramiento, es fácilmente objetable. No se trata de una cuestión de discriminación por razones de género, sino de una falta de los presupuestos que imponen la aplicación del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley, porque los supuestos no son iguales y, podría decirse, reclaman del legislador tratamientos diversos. En uno de ellos, haya o no progenitores del mismo sexo, uno de ellos va a ser la madre alumbradora del niño, en virtud de la utilización legítima de la técnicas de reproducción asistida.

En el segundo caso, haya igualmente o no comitentes del mismo o de distinto sexo, ninguno de ellos va a ser madre alumbradora: lo va a ser una tercera persona, y esta persona es la única a la que, en los supuestos de contrato ilícito de maternidad subrogada, se reconoce por la legislación española la condición de madre (Art. 10 de la LTRA).

⁷ NUÑO GÓMEZ, L. “Gestación comercial: deseos y derechos” en Notario del Siglo XXI. Marzo-abril 2017. Pg. 19 y 20.

⁸ VILAR GONZÁLEZ, S. op.cit. (La gestación subrogada en España y en el derecho comparado) Pg. 56 y 57 y cita a LAMM, E. *“Una vez más sobre la gestación subrogada porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”*. Ars Iuris Salmanticensis. Vol. 1. Edic. Universidad de Salamanca, 2016. Pg. 61-107.

⁹ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional. Cuadernos de Derecho Transnacional (2014) Vol. 6, nº 2, pp. 5-49. ISSN 1989-4570 – www.uc3m.es (cdt. Pg. 10. También es interesante consultara ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA. op. cit. Pg. 10.

Así pues, el razonamiento de la DGRN, según el cual se incurriría en discriminación si se permitiese la inscripción de la maternidad de dos mujeres, pero no de dos varones, contenía una trampa argumental, en la que no ha caído el Tribunal Supremo, aunque tampoco haya hecho nada, en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, por revelarla y ponerla de manifiesto.

En favor de esta Instrucción debe subrayarse que ha conseguido que numerosos supuestos de filiación acreditada en el extranjero puedan inscribirse en el Registro Civil español en casos en los que no existe ninguna vulneración del orden público internacional español. Pese a sus carencias técnicas, - nadie es perfecto -, esta Instrucción ha proporcionado un tratamiento jurídico bastante correcto de estos supuestos. En ningún caso, pese a las injustas diatribas recibidas den dicho sentido, se ha legalizado la gestación por sustitución en el Derecho español por vía reglamentaria. La instrucción aborda problemas de Derecho internacional privado, no de Derecho civil. En ese escenario, ha procurado poner en claro los motivos concretos que sí suponen una vulneración del orden público internacional español y aquéllos que no implican violación de dicho orden público. No potencia ni fomenta ni permite el fraude a la ley española, sino que trata de dar solución a casos en los que la filiación de los nacidos en el extranjero tras una gestación por sustitución ha sido legalmente fijada.¹⁰

El requisito fundamental exigido por la Instrucción para proceder directamente a la inscripción en el Registro consiste en que la atribución de filiación se base en una previa resolución judicial del país donde hubiera tenido lugar la maternidad subrogada, que además se hubiera tramitado dentro de un procedimiento análogo a un español de jurisdicción voluntaria (es decir, que no fuera de carácter contencioso, ya que en ese supuesto, se exige un trámite de exequatur). A partir de ahí el encargado del Registro Civil debe controlar básicamente la legalidad formal de la resolución.¹¹

Como reitera JIMÉNEZ MARTÍNEZ¹², en virtud de este precepto,

¹⁰ CALVO CARAVACA, A. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. op. cit. (gestación por sustitución). Pg. 65 y 66.

¹¹ ABELLÁN GARCÍA-SÁNCHEZ, F. op. cit. (Gestación por sustitución) Pg. 65.

¹² JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V. op.cit. (inscripción de la filiación) Pg. 371 y 372. Asimismo, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010), en *Diario La Ley*, (Sección Tribuna), nº 7501, noviembre de 2010, p. 2. Un análisis exhaustivo del supuesto desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. También sobre el tema de la inscripción de la filiación ALZATE MONROY, P. Inscripción en el Registro de la filiación de los nacidos mediante la maternidad subrogada.

<http://www.am-abogados.com/blog/inscripcion-en-el-registro-de-la-filiacion-de-los-nacidos-mediante-la-maternidad-subrogada/3346/>

Véase el interesante y preciso comentario de RODRÍGUEZ PRIETO, F. El tratamiento en España de la gestación subrogada internacional. El NOTARIO SIGLO XXI, diciembre, 2014. Pg. 26 y 27. Asimismo, ÁVILA HERNÁNDEZ. C.J. op.cit. (La maternidad subrogada en el derecho comparado) Páginas 321-325. Hacemos estudio de la situación anterior a la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Sobre el aspecto registral de la filiación mediante gestación por sustitución especialmente, páginas 321-323). Y de la situación tras la

entiende la DGRN que la misión 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 jurídico. Esto es, el Registrador debe comprobar que existe una “decisión” válida adoptada por las autoridades extranjeras competentes y que en ella se constata el nacimiento y la filiación de los nacidos. Constatado esto, la validez extraterritorial de las decisiones extranjeras en España obliga a inscribir la certificación sin entrar a analizar el contenido de la misma. Por consiguiente, la DGRN considera que son los Tribunales los que deben resolver las cuestiones de fondo que plantea el supuesto relativo a la filiación de los bebés y a la validez o no del contrato.

En palabras de DÍAZ FRAILE¹³, el art. 81 RRC, dígase que también es título inscribible: “el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las Leyes o a los Tratados internacionales”. Sobre esta exigencia de “tener fuerza en España” es sobre la que ha de centrarse, según la DGRN, el control de legalidad requerido a las certificaciones registrales extranjeras, control que se proyecta sobre tres elementos, si bien antes de su análisis han de despejarse otras dos cuestiones previas: la eficacia probatoria de la certificación extranjera aportada y las garantías del Registro Civil extranjero de emisión.

1) “En primer lugar, se exige que la certificación registral extranjera sea un documento “público” ... Con arreglo al art. 323.2º LEC, un documento extranjero puede ser considerado como “público” cuando en la confección de dicho documento se han observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento pueda ser considerado como “documento público” o documento que hace “prueba plena en juicio”, y siempre que se acompañe de la correspondiente legalización (art. 88 RRC) o apostilla. Por otro lado, se exige igualmente que el documento se presente con la correspondiente traducción (art. 86 del Reglamento del Registro Civil)”.

2) “En segundo lugar, se requiere también que la certificación registral extranjera hay sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españoles. Así lo exige el art. 85 RRC, que indica que “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”, como ha tenido ocasión de subrayar también este Centro Directivo (RDGRN de 23 de

Instrucción de 5 de octubre de 2010; en la que se concluye que ha de presentarse una resolución judicial del tribunal del país extranjero estableciendo la filiación. Si éste entiende que proviene de un procedimiento contencioso, no inscribirá la resolución, a menos que vaya acompañada de reconocimiento en España mediante exequátur (para reconocer la validez de la sentencia y permitir su ejecución en España). En caso de que la resolución provenga de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, bastará un control incidental para inscribirla.

¹³ DÍAZ FRAILE, J.M. La gestación por sustitución ante el Registro Civil en Revista de Derecho Civil. Vol VI, núm. 1 (enero-marzo 2019) Pg. 80 y siguientes.

noviembre de 2006, RDGRN de 25 de septiembre de 2006).”

Afirma la DGRN que también este requisito se cumple en este caso pues “La constancia registral del nacimiento y de la filiación de los nacidos es el resultado de un proceso lógico jurídico y constitutivo llevado a cabo por la autoridad registral extranjera competente. Por tanto, puede afirmarse que, en el presente caso, la certificación registral californiana constituye una auténtica “decisión” y ello permite comprobar que el Registro Civil de California desarrolla funciones similares a las españolas”.

Para que lo entendamos, no se examina el fondo de la cuestión, sino la forma, y en tal sentido se entra a dilucidar sólo el control de legalidad, pero dicho control no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera hubiese resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española, supondría para los particulares (en opinión de la DGRN) un elevado coste, pues les obligaría a volver a plantear la cuestión jurídica ante las autoridades españolas.¹⁴

Las consecuencias de la no inscripción en el Registro Civil español de un acta de filiación otorgada en el extranjero en circunstancias como la descrita en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 pueden ser devastadoras para el interés superior del niño nacido en el extranjero, con una filiación fijada fuera de España, incompatible con la procedente según la ley española. El niño tendría dos filiaciones legalmente reconocidas en distintos Estados. Incluso una vez producida, erróneamente o no, la transcripción del acta extranjera en el Registro Civil español, podría ser anulada en virtud de acción contenciosa de estado, promovida por el Ministerio Fiscal. Los menores, en uno u otro caso, no podrían hacer valer en España las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, conforme a la ley tolerante del Estado de su nacimiento. Su madre, sería a los efectos del ordenamiento jurídico patrio, *la que nunca quiso serlo* y la posibilidad de hacer madre a la que siempre tuvo **intención procreativa**, quedaría a las expensas de una adopción del hijo del cónyuge o del hijo de la pareja no matrimonial, de una adopción por un *extraneus* en el caso que el niño no tuviera material genético de ninguno de los comitentes.¹⁵

El quid de la cuestión en torno a su nulidad es como dice ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, una cuestión de concepción puramente mercantilista. Y así, dice que la posibilidad de convertir el cuerpo de la mujer gestante en una mercancía, sin duda, origina un problema ético que era susceptible de engrosar el contenido del orden público internacional con la referencia a la **moral** como límite de la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 del CC).¹⁶

No obstante, a este planteamiento del riesgo del mercantilismo, se le

¹⁴ LLEDÓ YAGÜE, F. / GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. op.cit. (Gestación subrogada luces y sombras). Pg. 197.

¹⁵ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA. op.cit.El futuro de la maternidad subrogadaPg. 11.

¹⁶ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. op. cit. (El futuro de la maternidad subrogada) Pg. 11.

pueden dirigir dos objeciones. Por un lado el art.10 de la LTRA, establece la nulidad del contrato de maternidad por sustitución en todo caso, no sólo cuando la mujer gestante alquila su útero y su cuerpo entero, puesto al servicio de la maternidad de otros, sino incluso cuando lo hace a título gratuito.

En estas últimas circunstancias no está en juego, desde luego, la conversión en mercancía lo que el Derecho español considera *res extra commercium*, ni tampoco puede decirse que se coloque a la mujer gestante, necesitada de recursos económicos, en la indigna situación de tener que renunciar a lo irrenunciable para poder subsistir. Por otro lado, sin cuestionar ni minusvalorar el papel director que tiene el Tribunal Supremo en la definición de los principios fundamentales de nuestro orden público interno e internacional, tendríamos que poner de manifiesto que en los últimos años, el papel de la intención de los padres, ha recibido un importante espaldarazo por parte del legislador y de la jurisprudencia de los Tribunales en el marco de las acciones de filiación.¹⁷

La normativa registral española en esta materia, ha ido adaptándose a las novedades legislativas, jurisprudenciales y doctrinales, siendo la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y la de 18 de febrero de 2019, las que marcan los límites del derecho, y en ese sentido muestran la actividad normativa de la DGRN, regulando materias sustantivas que contienen unos criterios que pueden servir de base al legislador y en estos momentos, infringiendo el principio de

¹⁷ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. op. cit. (El futuro de la maternidad subrogada) Pg. 11. Y concluye: “Consecuencia lógica de lo expuesto”, concluye el Tribunal Supremo, “es que las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español.”

Sigue diciendo nuestro más Alto Tribunal que el orden público “atenuado”, aunque ...la intensidad de tal atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España.

En este marco o contexto, el Tribunal Supremo llega a analizar la posible consideración de la inscripción de la filiación como una cuestión “periférica” derivada del contrato de gestación concluido en California. Pero, según el Supremo, “No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes. “Y volviendo a la norma del art. 10 de la LTRA, se advierte que la misma, no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, sino que alcanza a determinar cuál sea el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico.”

CALVO CARAVACA, A. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. op. cit. (gestación por sustitución) páginas 70 y 71 especialmente. De todos modos, no hay que perder de vista la auténtica intención del TS. El TS ha querido asegurar que el art. 10 Ley 14/2006 se aplique a los casos de filiación acreditada en el extranjero tras una gestación por sustitución y a través de la cláusula del orden público internacional. Se trata, como indican M. A. PRESNO LINERA / P. JIMÉNEZ BLANCO, de un fenómeno claro: “una prohibición de mera legalidad, como es la prevista en el citado art. 10 LTRHA, (es) elevada a la categoría de orden público. Tal opción no se justifica como mecanismo de control al reconocimiento”. Eso es lo que quiere hacer el TS y eso es lo que hace. Subraya S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ que, en realidad, el TS busca el respeto de “la legalidad española”, esto es, el respeto al art. 10 Ley 14/2006 tantas veces citado. Este último acierto del TS es, por tanto, un acierto estrictamente metodológico que no puede ocultar las fuertes tendencias legeforistas del TS, lo que ya no puede considerarse, de ningún modo, una solución correcta. Pag. 71.

legalidad, fijan las bases a las autoridades registrales para reconocer o no determinada resolución extranjera, para que tenga eficacia registral en España y posteriormente, en su caso, se pueda acudir a la adopción, permitida por el CC español en su art.175.4 o en el supuesto de acuerdo denegatorio o suspensivo del Encargado del RC, se proceda conforme indica el art 124 del RRC¹⁸

La Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece en su artículo 10.1 que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Para estos casos, en el párrafo segundo de dicho precepto se prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme las reglas generales. El artículo 10.3 de la Ley 10/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna. Las acciones a las que se refiere el precepto referido son las generales de determinación legal de la filiación, reguladas en los artículos 764 y siguientes de la LEC, siendo competentes los Tribunales españoles, en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁹.

El requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial, tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución. Con la Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por un Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España. Este requisito, como se ha dicho, no se impuso en el caso de la Resolución de 18 de febrero de 2009, lo que para la resolución de la presente consulta presenta un carácter esencial, puesto que a los efectos de interpretar los efectos de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, sobre la reiterada Instrucción de 5 de octubre resulta determinante precisar que la “quaestio facti” sometida al Alto Tribunal es distinta de la que se suscita en relación con los supuestos de hecho que se han venido amparando para obtener la inscripción registral, y la protección jurídica de ella derivada, del nacimiento y filiación en los casos de gestación por sustitución a que se refiere la presente consulta²⁰.

¹⁸ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. Informe de 11 de julio de 2014 de la Dirección General de Registros y Notariado LLEDÓ YAGÜE, F, FERRER VANRREL P./BENITEZ ORTÚZAR I/OCHOA MARIETA, C/MONJE BALMASEDA, O. “Gestación subrogada, principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas”, Dykinson, Madrid 2019, pág. 322.

¹⁹ SANCHEZ SANCHEA A, op cit (Informe 11 de julio de 204 DGRN) pgs. 323 y 324.

²⁰ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. Op Cit. Pg 325 y 326.

En conclusión, nos encontramos ante dos conflictos. El primero surge entre la normativa de la Ley 14/2006 y la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y el Dictamen de 11 de julio de 2014, ya que la primera indica la nulidad de pleno de derecho del contrato de gestación por sustitución en España, y la segunda regula el régimen registral de los nacidos fuera de nuestro país, mediante este contrato y la inscripción de estos niños cuando un progenitor es español, encontrando su base en el art. 96.2 de la Ley 20/20011. El segundo se presenta, en la calificación del Encargado del RC que examina si la resolución extranjera es conforme con la legalidad española, pero también debe evitar condicionamientos que impidan otorgar validez a situaciones nacidas en otros países donde son perfectamente legales. Aunque comparto con Lledó Yagüe²¹ la opinión de que es discutible pensar que el legislador deba reconocer a las instituciones médicas el deber de participar en esta forma de procreación, sin embargo creo que el Encargado del R debe facilitar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación.

Los avances en medicina y en biotecnología están provocando cambios profundos en la idea tradicional de familia, especialmente en la forma de entender la maternidad, la paternidad y la filiación. En el momento actual, difícilmente puede negarse, que el tradicional concepto de familia resulta insuficiente para definir las nuevas situaciones que con la fuerza de los derechos se han ido imponiendo y han obligado al derecho a su reconocimiento. La gestación por sustitución es una institución que está presente en numerosos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, así en el derecho de familia, derecho penal, jurisdicción contenciosa, social etc²².

Dentro del ámbito internacional cuya regulación es muy dispar, destacamos que desde la Unión Europea el Parlamento Europeo encargó en el año 2013 un estudio al departamento de derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales sobre el régimen de subrogación en los estados miembros de la Unión Europea. El estudio señalaba que debían seguirse tres propósitos en la legislación europea: que se adopte certeza en la relación legal de parentesco del niño, el derecho del niño que le permita salir del país de origen y el derecho del niño para residir permanentemente en el país de destino²³

Francisco Lledó Yagüe y Oscar Monje Balmaseda

²¹ LLEDÓ YAGÜE, Francisco en el *Compendio de Derecho Civil*, Derecho de Familia tomo IV, 2ªed., Madrid, 2005, pp. 406-407, considera acertada la opinión de Peña Bernaldo de Quirós.

²² De este tema trata ampliamente la ponencia “La gestación por sustitución en el ámbito de la protección social por maternidad” de Elena Desdentado Daroca en las jornadas celebradas en el Consejo General del Poder judicial, el 7 de febrero de 2018, en Madrid.

²³ María Teresa Real Clemente, trata esta materia en la ponencia “Gestación subrogada. Una visión actual sobre su regulación a nivel internacional, presentada en el curso sobre la gestación por subrogación, celebrado en el Consejo General del Poder Judicial, en febrero del año 2018, Madrid.