



# ¿Mater semper certa est?

Respuesta del ordenamiento jurídico español a un contrato de gestación por sustitución.

**AUTOR:** Michelle Elizabeth Ayora Guzmán.

**TUTOR:** Cristina Gil Membrado.

<b>ÍNDICE</b>	<b>pág.</b>
<b>1. Introducción</b>	3
<b>2. Concepto</b>	4
<b>3. Modalidades de maternidad por sustitución</b>	4
<b>4. Derecho comparado</b>	5
4.1. Prohibición de la gestación por sustitución	5
4.2. Estados a favor de la gestación por sustitución cuando presta carácter altruista	6
4.3. Estados en los que se admite	7
4.4 Estados Unidos. Especial referencia al Estado de California	8
<b>5. Valoración por la doctrina española</b>	8
5.1. Argumentos contra la maternidad subrogada	8
5.2. Argumentos a favor de la maternidad subrogada	9
<b>6. Regulación española</b>	9
6.1. La Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida	9
6.2 Determinación de la filiación	10
6.2.1. Regla General	10
6.2.2. Problemas derivados de la determinación de la paternidad	10
6.2.2.1. Gestante casada que aporta o no su óvulo.	
6.2.2.2. Gestante soltera que aporta o no su óvulo.	
6.3. Doble filiación por personas del mismo sexo	11
6.4. Consecuencias jurídicas de la inobservancia de la norma	11
6.5. Posibilidad de adopción	12
<b>7. Inscripción en el Registro Civil Español</b>	12
<b>8. Aplicación Práctica: Acceso al Registro Civil de dos menores nacidos en California mediante gestación por sustitución</b>	13
8.1 Antecedentes del caso	13
8.2 Estimación del Recurso por la DGRN: Resolución de 18.02.2009	14
8.3 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 del Valencia de 15.9.2010	15
8.4 Instrucción de la DGRN 5.10.2010: Régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución	16
8.5 Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 noviembre de 2011	18
<b>9. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014</b>	18
9.1 Motivos del recurso	18
9.2 Pronunciamiento del Tribunal	19
9.3 Voto particular	20
<b>10. Bibliografía</b>	21

## 1. INTRODUCCIÓN.

En este trabajo se realiza un análisis de la gestación por sustitución desde la perspectiva del derecho español, su situación legal y la problemática que suscita en torno a la inscripción en el Registro Civil de los niños nacidos en el extranjero acogiéndose a ésta técnica.

Los avances científicos en ingeniería genética han llevado al derecho a la necesaria regulación de este sector puesto que la tradicional concepción de reproducción humana se ha visto alterada permitiendo, en la actualidad, llegar al mismo resultado mediante técnicas no naturales.

En este contexto, los nuevos procesos de reproducción humana, han permitido que los aforismos "*mater semper certa est*" y "*pater is quem nuptiae demonstrant*", acogidos por nuestro Código Civil, se vean relativizados debido a que la práctica de las técnicas de reproducción asistida permiten una atribución parental distinta de la que ha venido acogiéndose.

Como respuesta al impacto en la sociedad de esta posibilidad de procreación, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido una regulación de este ámbito mediante la legislación sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida que, tras varias reformas, se ve contenida en la Ley 14/ 2006, de 26 de mayo. No son objeto de este trabajo las posibles técnicas que contempla la ley y, aunque la gestación por sustitución no se incluya de manera estricta dichas técnicas, la práctica ha permitido constatar que éstas son el cauce por el cual se lleva a cabo la maternidad subrogada, de ahí que se incluya en la citada ley la regulación de esta materia.

Este estudio se acompañará del análisis de un caso trascendental por ser el pionero en llegar a ser resuelto por el Alto Tribunal y plasma solución que adopta nuestro sistema jurídico en lo que respecta a la inscripción en el Registro Civil de los concebidos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución.

Para la consecución de esta finalidad ha sido necesario acudir a la normativa del Registro Civil, en la que se incluye el Reglamento del Registro Civil (Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil) y la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil vigente hasta julio de 2014, momento en que entrará en vigor la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil que ya ha sido aprobada; los pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado y, finalmente, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

En síntesis, este trabajo hace un estudio de la gestación por sustitución, de los mecanismos legales que la regulan en el ordenamiento jurídico español y de la respuesta a su aplicación práctica por parte de los tribunales.

## 2. CONCEPTO.

El régimen jurídico español no establece una definición legal, sin embargo, la Audiencia Provincial de Valencia realiza establece un concepto en una de sus resoluciones respecto a esta materia que será analizada posteriormente. La define como “*un 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 su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos*”<sup>1</sup>.

Su denominación ha desencadenado un amplio debate doctrinal; así, se han utilizado varios términos para denominar esta realidad, no obstante, considero más adecuado el término que el legislador español ha optado por utilizar, a pesar de las varias designaciones atribuidas: “*gestación por sustitución*”, que es también la expresión que utiliza el Tribunal Supremo cuando se pronuncia al respecto.

## 3. MODALIDADES DE MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN.

La prestación de gestar un hijo para entregarlo a otro admite distintas posibilidades en función de la fuente del elemento generador, así puede suceder:

- a) Que la madre de alquiler se someta a la técnica de inseminación artificial aportando su óvulo propio y con el espermatozoides que puede ser del comitente, de donante.
- b) Que la concepción se produzca in vitro con embriones que provengan de los comitentes y se produzca una transferencia al útero de la mujer dispuesta a gestar. En este supuesto los comitentes serán los progenitores genéticos.
- c) Que se acuda a la transferencia de embriones generados in vitro, pero éstos provengan de terceras personas ajenas al convenio (donantes tanto de óvulo, espermatozoides o ambos gametos). En este supuesto se produce una disociación entre el material genético y quienes desean ser los padres legales.

El primero de los supuestos da lugar a lo que la doctrina denomina maternidad subrogada total o plena, mientras que los últimos se conocen como maternidad subrogada gestacional o parcial.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011, Fundamento Jurídico I. (AC 2011\1561).

<sup>2</sup> FARNÓS AMORÓS E.: “*Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California*”, en In Dret, Revista para el Análisis del Derecho, nº 1, enero de 2010, págs. 19, 20 y 23.

## 4. DERECHO COMPARADO.

La situación legal de la gestación por sustitución desde una perspectiva mundial se ha encuadrado en las siguientes posturas: Estados que la proscriben y estados que la admiten, si bien conviene diferenciar entre los países que permiten su práctica abiertamente y los que la aceptan solamente bajo motivos altruistas y con ciertos requisitos y condiciones.

### 4.1. Prohibición de la gestación por sustitución.

En estos ordenamientos la regla general es la prohibición de esta práctica y su nulidad. En esta categoría se encuentra España, Francia<sup>3</sup>, Alemania<sup>4</sup>, Suiza<sup>5</sup>, Italia<sup>6</sup>, Suecia<sup>7</sup>.

Los estados que no permiten la gestación por sustitución basan su postura en la contravención que supone a la dignidad de la persona humana y en especial la de la mujer gestante el posible carácter oneroso del contrato, en vista de que pone de relieve una situación de precariedad económica, posible perjuicio en las emociones de quienes acceden en atención a la imposibilidad de conocer las reacciones de cada parte con posterioridad al alumbramiento, etc. Asimismo, se acude a criterios estrictamente jurídicos en los que se considera ilícita la comercialización en la que el objeto sea la persona humana o parte de ella. Otro motivo que se desprende de las normativas de los diferentes estados en contra de este contrato, es la necesidad que tiene el ordenamiento jurídico de tutelar el interés del menor, el mismo, que se ve antepuesto al criterio de la libertad a configurar una familia, que se utiliza por quienes se muestran a favor.

---

<sup>3</sup> Art. 16.7 del Código Civil Francés. La prohibición se completa por el art. 227-12 del Código Penal.

<sup>4</sup> En su artículo primero, la ley alemana de protección del embrión 745/90 de 13 de diciembre de 1990, referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción. El contrato de maternidad subrogada sería contrario a las buenas costumbres y al orden público (artículo 138 BGB).

<sup>5</sup> Prohibición establecida por el artículo 119.2 letra d) de la Constitución Federal y por el artículo 4 de la Ley federal sobre procreación médicamente asistida de 1998 (reformada en 2006) que expresamente prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades.

<sup>6</sup> Según el art. 12.6º de la Ley de 19 de febrero de 2004, núm. 40, de procreación médica asistida, el convenio de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en cualquiera de sus modalidades, de manera que será penado.

<sup>7</sup> La Ley 1 de marzo de 1985 prohíbe la maternidad subrogada cuando exista remuneración económica e impide a la mujer estéril que contrata la subrogación adoptar al hijo nacido. Por su parte la Ley 711/1984, de 14 de junio, de fertilización In Vitro, declara que la introducción en el útero de la mujer de un embrión fecundado externamente sólo se permite si está casada y, previo a su consentimiento, el del cónyuge o conviviente y si el óvulo de la mujer ha sido inseminado con espermatozoides de su marido o conviviente.

## 4.2. Estados a favor de la gestación por sustitución cuando presenta carácter altruista.

Citaremos a título de ejemplo ciertos estados que permiten su práctica, sea por medio de leyes concretas que regulan el acuerdo de gestación y la transferencia de la filiación o por mecanismos jurídicos que dejan entrever su aceptación y la tendencia hacia a su regulación. Entre los ordenamientos jurídicos a favor tenemos a Reino Unido<sup>8</sup>, Canadá<sup>9</sup>, Brasil<sup>10</sup>, Israel<sup>11</sup>, Grecia<sup>12</sup>, México DF<sup>13</sup>, Austria<sup>14</sup>.

---

<sup>8</sup> Los intermediarios y la publicidad fueron prohibidos por la Surrogacy Arrangements Act, Pero admite la gestación por sustitución a título benévolo y sin intermediarios. La filiación se determina con respecto a la madre que da a luz. Sólo se transfiere (pasado un período de reflexión de 6 semanas que se otorga a la gestante) a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales. En las condiciones exigidas por la ley, el juez inglés puede establecer la filiación del niño respecto de los padres intencionales mediante una *parental order* que transfiere la filiación inicialmente establecida, con respecto a la madre gestante, a los comitentes. Se suceden así dos actas o certificados de nacimiento. En el primero, la madre que da a luz es la que consta como tal y tiene un plazo para retractarse. Si da su consentimiento se establece una nueva acta de nacimiento, esta vez, en favor de los padres intencionales. Esta regulación se ha visto reforzada con la ley de fecundación y embriología humana (Human Fertilisation and Embryology Act, 2008) que extiende la posibilidad de que se establezca la filiación del menor respecto de las personas del mismo sexo que tengan su unión civil registrada.

<sup>9</sup> La Ley de Reproducción Humanan Asistida de 2004, regula la maternidad subrogada prohibiendo expresamente cualquier tipo de remuneración por el servicio.

<sup>10</sup> En el país no existe una legislación específica al respecto, no obstante, la resolución número 1957, de 15 de diciembre de 2010 del Consejo Federal de Medicina (CFM) establece que las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica.

<sup>11</sup> La ley 5746 sobre acuerdos de gestación por sustitución de 1996 establece una serie de requisitos para proceder al pacto de maternidad subrogada que ponen de relieve su posibilidad ante casos de infertilidad..

<sup>12</sup> Se regula mediante dos leyes: la ley 3089/2002 y la ley 3305/2005 de las cuales se desprende la posibilidad de su práctica ante supuestos de incapacidad fértil y sin que medie beneficios económicos. También establece una serie de requisitos y el procedimiento para cumplir el acuerdo y la inscripción del menor.

<sup>13</sup> En 2009 se presentó un Proyecto de Decreto para expedir la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito federal, para proceder a su vigencia es necesaria la reforma de varios artículos de los Códigos Civil y Penal. El texto prevé un acuerdo con carácter gratuito aunque los comitentes harán frente a los gastos de la mujer gestante.

<sup>14</sup> La reciente sentencia del Tribunal Constitucional Austriaco ha anulado la prohibición de las donaciones de semen a las parejas de lesbianas, dando de plazo al Parlamento hasta finales de año para enmendar la normativa. Aunque la sentencia se aplica específicamente a las parejas de lesbianas, deja abierta la posibilidad de que también incluya a las mujeres solteras. Por su parte, no se ha hecho referencia a si los homosexuales podrán tener hijos a través de madres de alquiler.

Se puede establecer otra diferencia respecto a los procedimientos a seguir en ésta técnica; un grupo de estados (Israel, Grecia) regulan el proceso antes de iniciar el tratamiento médico, es un sistema protector frente a posibles variaciones psicológicas. En otro grupo (Reino Unido), la regulación se enfoca en la en la transmisión de la filiación post-parto. En este caso se protege a la gestante, garantizándole el cambio de parecer pero se confronta con la ideología de la gestación por sustitución y a la vez con la legislación sobre la donación de gametos, que afirma que los donantes no tienen ningún vínculo de filiación con el recién nacido<sup>15</sup>.

### 4.3. Estados en los que se admite.

El origen de la aceptación de esta técnica se remite a supuestos de infertilidad, imposibilidad sobrevenida de procreación o por contraindicación del embarazo por razones médicas. No obstante, en la actualidad es más usual que se acojan a este procedimiento parejas homosexuales o individuos solos.

El acuerdo reviste la característica de que el o los interesados pagan a la madre sustituta una cantidad que, en principio, se dirige a compensar los gastos derivados del embarazo y otra cantidad a la agencia que actúa de intermediaria, la cual tiene como función encontrar a la mujer adecuada para llevar a cabo la gestación y formaliza el acuerdo entre las partes.

Este es el caso de Ucrania<sup>16</sup>, Rusia<sup>17</sup>, India<sup>18</sup> y algunos Estados de los Estados Unidos<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> LAMM, E.: “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, en In Dret, Revista para el Análisis del Derecho, nº 3, julio de 2012, pág. 15.

<sup>16</sup> Lo permiten tanto el Código de Familia como la Orden 771 del Ministerio de Salud, que estipulan que en el certificado de nacimiento constará directamente los nombres de los comitentes.

<sup>17</sup> Regulada en el Código de Familia de la Federación de Rusia y la ley federal de salud (2012). La parte estrictamente médica se regula en la Orden núm. 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia y solo se admite la sustitución gestacional (los gametos deben pertenecer a los interesados o a donantes).

<sup>18</sup> La regulación se integra por medio de dos documentos: “Guía para la Reglamentación de la reproducción Asistida” y la “Guía Ética para la investigación Biomédica y la Participación de Seres Humanos”, en ellos se define a la maternidad subrogada como “un acuerdo en el cual la mujer está de acuerdo en tener un embarazo a término y entregarlo a los padres genéticos, con quienes ella establece una relación contractual”. Las partes en el contrato son: la clínica, la pareja (casada o no) y la madre subrogante que solo se podrá someter al procedimiento previo consentimiento de su esposo o guardián.

<sup>19</sup> No existe regulación unitaria en esta materia, no obstante, ante la prolongación de casos cada estado se ha visto en la necesidad de adoptar medidas para no desproteger a quienes recurren a éstas técnicas. Así, actualmente, existen territorios con leyes ya aprobadas y otros con proyectos de ley. Entre los estados que se oponen se encuentran Alabama, Illinois, Iowa, Maryland y Wisconsin, los que se muestran más flexibles son: Florida, Kentucky, Michigan, New Jersey, New York, Oregón, Pensilvania y California.

#### 4.4. Estados Unidos. Especial referencia al Estado de California.

Los contratos de maternidad subrogada no están contemplados en la ley, han sido los tribunales quienes han diseñado los cauces a seguir por parte de los ciudadanos interesados en esta práctica.

Se ha observado una tendencia a otorgar fuerza vinculante a los acuerdos que se establecen entre la mujer dispuesta a gestar y entre los padres potenciales, también se ha estructurado un procedimiento a seguir para el reconocimiento de la filiación a favor de éstos, en el que es perceptivo el inicio de un procedimiento judicial que tiene por objeto verificar la voluntad de las partes expresada en el contrato y posteriormente confirmar los derechos parentales de los comitentes y extinguir los de la madre subrogada así como los de su marido en caso de estar casada (ya que en este caso opera la presunción de paternidad).

El proceso inicia durante el embarazo ya que la sentencia que recaiga ordena al hospital que en el certificado de nacimiento figuren los nombres de la pareja comitente. Dicho documento deberá inscribirse en la institución análoga al registro Civil Español (*The California Office of Vital Records*- Oficina de los registros vitales) en el plazo de 10 días desde el alumbramiento junto con la sentencia que otorga la filiación.

### 5. VALORACIÓN POR LA DOCTRINA ESPAÑOLA.

#### 5.1. Argumentos contra la maternidad subrogada.

Muchos autores descalifican ya esta práctica, sobre todo en caso de contraprestación económica, en virtud de argumentos que surgían desde una concepción ética y sociológica que enfatizan el posible perjuicio que causa a la sociedad porque *“socavan la noción tradicional de familia –en concreto de la madre subrogada-, permiten la utilización de las mujeres pobres por las ricas, en cuanto que [la maternidad subrogada] permitiría a una élite económica utilizar a mujeres necesitadas como reproductoras de hijos”*<sup>20</sup>, supone una explotación y manipulación de la mujer en cuanto *“se trata de un mercado degradante que pretende disfrazar bajo cierta juricidad egoísmos y actuaciones lindantes con lo penal y conductas atentatorias a la dignidad de la mujer-madre y en general de la persona humana”*<sup>21</sup>. Otro de los razonamientos que tiene peso entre autores que se muestran reacios a la aceptación generalizada de esta praxis son las posibles consecuencias psicológicas negativas que se derivan de la imposibilidad de predecir, de antemano, las actitudes y sentimientos hacia los niños que dan a luz, con lo que la entrega del bebé causaría sufrimientos emocionales<sup>22</sup>.

Por otra parte, como hemos expuesto anteriormente, otros autores se inclinaban por la ilicitud de la gestación por sustitución ya que el convenio se lleva a cabo mediante la formación de un contrato, objeto del cual es la incubación de una persona, para ello, es necesario que la mujer ponga a disposición su útero acción que es sancionada desde

---

<sup>20</sup> FERNANDEZ-PACHECO MARTINEZ, *“La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de Baby M.”*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia N° 5 año CXXXVII, 1988 pág. 669.

<sup>21</sup> RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *“Elementos del derecho civil, t. IV-2º. 3ªª.”* Ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1989, pág. 164

<sup>22</sup> FERNANDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, *ob. Cit.*, págs. 669-670.

perspectiva legal<sup>23</sup>, poniendo de manifiesto la carencia de objeto en el contrato motivo por el que este deviene ineficaz e inexistente. En la misma línea se ha planteado a ilicitud de la causa en virtud del art. 1275 Código Civil (Cc)<sup>24</sup>, puesto que el contrato se asentaría en una finalidad negocial contraria a la ley y a la moral<sup>25</sup> contraviniendo la prohibición absoluta de que la persona, o sus componentes, sean objeto de relaciones jurídicas (*res extra commercium*). Asimismo, incumple los límites de la autonomía privada establecidos en el art. 1255 Cc., por ir contravenir no solo la ley y la moral sino también el orden público, ya que en este último caso no hay que olvidar que las normas relativas a la filiación y al estado civil de las personas son indisponibles para los particulares por ser normas imperativas y de orden público.

## 5.2. Argumentos a favor de la maternidad subrogada.

Con carácter general el argumento básico para defender la habilitación de la maternidad subrogada es el derecho a procrear y la solidaridad hacia las personas que no tienen la posibilidad de ser padres<sup>26</sup>, por lo que, aunque sean un grupo reducido, ciertos autores se muestran a favor de la libertad para recurrir a esta técnica, también consideran que, en aras de proteger el interés superior del menor, es necesaria una regulación clara al respecto para impedir que el menor se vea perjudicado por las posibles desavenencias del contrato una vez llevado a término.

## 6. REGULACIÓN EN EL TERRITORIO ESPAÑOL.

### 6.1. La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)<sup>27</sup>.

El artículo 10 de esta ley hace referencia expresa a esta materia:

- El primero de sus apartados, sanciona con nulidad los contratos que tengan por objeto la gestación por sustitución independientemente del precio.
- El segundo determina la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución: la madre es quien da a luz, es decir, la gestante, con independencia de la voluntad de las partes o del origen de los gametos femeninos.

---

<sup>23</sup> El Código Civil art. 1271.3º: "Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres".

<sup>24</sup> GACETA de 25 de Julio de 1889.

<sup>25</sup> "No se aceptaría, por parte del colectivo social, la licitud del contrato de incubación en útero ajeno, en función, reiteramos una vez más, de la indignidad de su contenido, ya que se utiliza como objeto del contrato la persona misma, de manera que no parece lógico admitir que entre dentro de la autonomía de la voluntad de las partes la posibilidad de que una tercera persona procree en beneficio no suyo, sino ajeno, con lo cual se traduce en una humillante instrumentalización del propio cuerpo, con una evidente finalidad lucrativa amparada hipócritamente en una falaz actitud altruista de ayuda a la pareja infértil, a la que entregará su propio hijo en virtud de una aparente obligación que no es coercible". LLEDO YAGÜE, F., "*Fecundación artificial y Derecho*", Tecnos, Madrid, 1988. pág 151.

<sup>26</sup> FARNÓS AMORÓS E.: "*Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California*", en In Dret, Revista para el Análisis del Derecho, nº 1, enero de 2010, págs.18 a 21.

<sup>27</sup> BOE nº 126, de 27 de mayo de 2006.

- Finalmente, el tercero permite que el padre biológico reclame la paternidad, según las reglas generales.

Cabe destacar que la mentada ley es fruto de una serie de reformas en las que la prohibición se ha mantenido tal desde el origen de la regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre<sup>28</sup>.

De la literalidad del precepto podemos advertir una regulación inequívoca respecto a esta materia, en primer lugar se considera a la relación como contractual (aunque atípica por no estar regulada) y se la sanciona con la nulidad.

Se puede observar que el legislador ha sido coherente con los principios recogidos en nuestro sistema jurídico y por los cuales, como hemos apuntado, se inclina la mayoría de la doctrina. Por ello, muchos autores consideran que, aunque no se estableciese expresamente la nulidad del contrato de maternidad subrogada por el art. 10 LTRHA, éste sería nulo de acuerdo con las normas civiles de nuestro Derecho<sup>29</sup>.

## 6.2. Determinación de la filiación.

Respecto de la filiación materna se consagra un efecto distinto al de la voluntad de las partes (art. 10.2 LTRHA); por su parte, la filiación paterna dependerá de la fuente de la que provenga el gameto.

### 6.2.1 Regla General.

*Filiación materna:* se determina con el parto. Pone de manifiesto que se tiene en consideración la gestación y el parto por encima del interés de la madre intencional (no se tiene en cuenta la maternidad volitiva)<sup>30</sup>.

*Filiación paterna:* Se determina en función de la aportación del material genético (arts. 8.2 y 10.3 LTRHA), salvo que sea de donante (art. 8.3). El padre biológico o genético tendrá acción para reclamar su paternidad, de acuerdo con las reglas generales establecidas en los arts. 112 y ss del Cc. y arts. 764 y ss Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

### 6.2.2 Problemas derivados de la determinación de la paternidad.

#### **6.2.2.1. Si la gestante está casada (aunque aporte su óvulo o ésta sea de donante)**

a) que el gameto masculino sea del comitente: operaría la presunción de paternidad que otorga el art. 116.1 Cc al cónyuge de la mujer portadora, sin embargo, al ser el comitente el padre biológico, podrá impugnar la paternidad establecida y reclamar que se establezca a su favor de acuerdo a las reglas del Cc.

Sin embargo, cabe hacer un matiz ya que el art. 8.1 establece como título determinante de la paternidad el consentimiento por parte del consorte de una mujer casada el

---

<sup>28</sup> BOE nº. 282, de 24 de noviembre de 1988.

<sup>29</sup> VELA SÁNCHEZ, A., "De nuevo sobre la regulación...", *ob. cit.*, pág. 2 y "La gestación por sustitución o maternidad subrogada...", *ob. cit.*, pág. 4

<sup>30</sup> HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C. "La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida: consideraciones en torno a la fecundación post mortem y a la maternidad subrogada". AC, 1998-2, pág. 1043.

sometimiento a las TRHA, por cuanto, en caso de haber otorgado el consentimiento, la atribución de la paternidad otorgada por el art. 116 Cc estaría vedada de toda impugnación.

b) que el gameto masculino sea de un donante: De igual manera en caso de que el cónyuge haya prestado consentimiento se le atribuye la paternidad, en caso contrario habría que atender al art. 8.3 de la LTRHA que excluye al donante del ámbito de la filiación, incluso cuando proceda la revelación de su identidad atendiendo a lo establecido en el art. 5.5 de la misma ley. En este último caso, la filiación paterna no se podría determinar.

c) que el gameto masculino sea del marido de la mujer que presta su útero: Se le otorga la paternidad biológica y los comitentes no podrán reclamar tal filiación en su favor ni los padres impugnarla.

**6.2.2.2. Si la gestante es soltera (aporte su óvulo o no)** y el gameto masculino proviene de del contratante. Se aplica la regla de que la filiación paterna corresponde al padre biológico, se determinaría como no matrimonial y cabe la reclamación de filiación respecto a éste.

### **6.3. Doble filiación por personas del mismo sexo.**

Actualmente solo se permite la doble filiación biológica materna, es decir, de dos mujeres, siempre y cuando estén casadas entre sí (art. 7.3 LTRHA)<sup>31</sup> o convivan en relación análoga al matrimonio de acuerdo con las legislaciones autonómicas que lo permitan.

### **6.4. Consecuencias jurídicas de la inobservancia de la norma.**

El legislador no fijo más efectos de la violación del precepto que regula la gestación por sustitución que la sanción civil de nulidad, sin embargo, a partir de nuestro sistema jurídico podemos apreciar las consecuencias de eludir el art. 10 LTRHA:

-La filiación se inscribirá a nombre de la madre gestante quien no podrá manifestar la identidad del padre a no ser que esté ya determinada (art. 122 CC).

-La parte comitente no podrá obligar a la mujer gestante a entregar al niño tras el parto, es decir, no procede acción de cumplimiento. Tampoco podrá exigirle indemnización por los daños producidos como consecuencia de ese incumplimiento, ni que reintegre las cantidades que se le han entregado para hacer frente a los gastos generados por el embarazo, pues se trata de un contrato ilícito (arts. 1305 ó 1306 CC).

- Lo mismo ocurriría en el caso de que el niño hubiese nacido con taras y los comitentes se hubiesen negado a adoptarlo. Dada la ilicitud del contrato, nada obliga a los comitentes a adoptar el niño y la madre legal del nacido sería la madre que ha dado a luz.

- Todo intermediario que intervenga en el contrato de gestación por sustitución se ve alcanzado por la nulidad que prescribe el art. 10 LTRHA ya que este se refiere a contratante o a tercero<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> modificación introducida por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que adecua la normativa de la LTRHA a la nueva realidad de los matrimonios integrados por personas del mismo sexo.

<sup>32</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J.M. y MASSIGOGUE BENEGIU J.M.: *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1994, pág. 150.

- La madre portadora no podrá impugnar su maternidad por causas relacionadas con el contrato de subrogación; tampoco el hijo podrá reclamar la filiación materna biológica, ni impugnar la existente si fue la madre comitente la que aportó el óvulo.
- Si se llegase a inscribir la maternidad a favor de la madre comitente se daría publicidad a un hecho falso que podría evocar en posibles responsabilidades penales<sup>33</sup> y permitiría la impugnación de la filiación inscrita indebidamente por parte de la madre subrogada que se arrepiente (en base a los arts. 134 o 140 Cc), por los comitentes, por el propio hijo, por los herederos forzosos que pudieran ser afectados por este hecho o, por el Ministerio Fiscal.

### **6.5. Posibilidad de adopción.**

Para los casos en los que un hombre casado o unido en relación análoga con una pareja preste su material reproductivo para que se insemine a una mujer distinta a su pareja es posible acudir al procedimiento de adopción que sí es aceptado legalmente.

Una vez nacido el menor y determinada la filiación respecto al padre, su pareja puede solicitar la adopción del hijo, prescindiendo del requisito de propuesta de idoneidad (art. 176.s Cc), siempre que la madre gestante preste su consentimiento una vez transcurridos treinta días después del parto (art. 177.2 Cc)<sup>34</sup>.

## **7. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL DE LOS HIJOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.**

La ilicitud de ésta técnica en nuestro ordenamiento jurídico no impide que en la práctica se lleven a cabo este tipo de contratos. La forma más habitual de acceder a esta práctica es llevando a cabo el contrato en países donde la misma es legalmente permitida. En este apartado se expone la respuesta del ordenamiento jurídico a los casos en los que la pareja o el individuo de recepción pretenden que se reconozca la filiación en España de un nacido en el extranjero, territorio en el que ésta ya ha sido aceptada, por lo que su pretensión es homologarla.

Esta situación supone un enfrentamiento de la regulación puesto que, por una parte, la norma española prohíbe la maternidad de sustitución pero, por otra, al abrigo del Derecho Internacional privado, el ordenamiento jurídico se vería forzado a reconocer aquella filiación ya determinada.

---

<sup>33</sup> Los arts. 220 y 221 Código Penal (BOE nº 281 de 24 de Noviembre de 1995) recogen el tipo penal de suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor, respectivamente.

<sup>34</sup> FERRER VANRELL, M.P, en LLEDÓ YAGÜE, F / OCHOA MARIETA, C. “*Comentarios científico-jurídico a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*”, Dykinson, S.L., Madrid, 2007, p. 166.

## **8. APLICACIÓN PRÁCTICA: ACCESO AL REGISTRO CIVIL DE LA FILIACIÓN DE DOS MENORES NACIDOS EN CALIFORNIA MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.**

### **8.1. Antecedentes del caso.**

Dos españoles, varones y casados entre sí en España en 2005, decidieron acudir a California con la finalidad de suscribir un contrato de maternidad subrogada. Procedieron a realizar el acuerdo (respetando la legislación californiana) y la mujer portadora, tras la utilización de TRHA, gestó a dos niños a partir del material genético masculino de uno los cónyuges españoles. Se desconoce si la pareja aportó el material en conjunto o de quien provenía, tampoco queda claro si los óvulos fecundados eran de la madre gestante o fueron donados.

En 2008 la madre gestante dio a luz a dos niños en San Diego.

Con anterioridad al nacimiento, las autoridades judiciales californianas ya habían declarado que los nacidos debían ser considerados como hijos naturales de los varones españoles, y así se hizo constar en el Registro Civil californiano y en la certificación registral californiana de nacimiento presentada para su inscripción en el Registro Civil consular español. Cabe señalar que los certificados de nacimiento de los menores no contenían referencia alguna al modo en que fueron gestados, a su filiación materna, ni a cuál de los hombres había aportado el esperma con el que fueron concebidos, por lo que únicamente declaraban su doble paternidad<sup>35</sup>.

Cuando los cónyuges españoles fueron a instar la inscripción de los certificados de nacimiento ante el Registro Civil Consular español en Los Ángeles, el encargado del mismo les denegó la inscripción alegando la prohibición de la gestación por sustitución en el Derecho español configurada por el art. 10 de la LTRHA.

A juicio del Consulado, procedía la inscripción sólo a favor de uno de los hombres y, en todo caso, después se podía tramitar la adopción por su cónyuge, algo a lo que se negaban los interesados. Según ellos, el proceso de adopción lleva su tiempo y en el intervalo podrían darse situaciones (separación de los cónyuges, muerte del padre inscrito como biológico) que amenazasen la relación del cónyuge que no figurase como padre en el Registro Civil con los niños. Además, esgrimían que los niños eran hijos de los dos por igual.

Los interesados decidieron recurrir el Auto de denegación de la inscripción ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), permaneciendo mientras tanto en EE.UU con los menores, pendientes de adquirir un permiso de residencia y a la espera de la decisión de la DGRN. Durante este período, los niños gozaban de la nacionalidad norteamericana.

---

<sup>35</sup> Se llevó el procedimiento explicado cuando se hizo mención a la aceptación de esta técnica en California.

## 8.2. Estimación del Recurso por la DGRN: Resolución de 18.2.2009<sup>36</sup>

La DGRN estimó el recurso por lo que se revocó el Auto apelado y se ordenó que se procediera a la inscripción de estos menores como hijos del matrimonio solicitante.

Esta resolución diferencia dos vías para la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de un español en el extranjero: la vía declarativa recogida en el art. 168 Reglamento del Registro Civil (RRC)<sup>37</sup> “declaración del sujeto” y el acceso al registro mediante la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido, que es la que se discute.

Para este último caso estima que deben aplicarse las normas específicas que, en Derecho Internacional Privado español, disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español, que en concreto sería el art. 81 RRC<sup>38</sup> el cual excluye el uso de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del art. 9.4 CC., por lo que también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, puesto que no se trata de determinar el derecho aplicable a la filiación sino nos encontramos ante un caso de “validez extraterritorial de decisiones en España” de una filiación que ya ha sido determinada.

La resolución considera que la certificación registral californiana cumple con los requisitos formales para la inscripción, por lo tanto queda únicamente valorar si su inscripción no produce efectos contrarios al orden público internacional español.

Respecto a este aspecto, considera que no lesiona la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad española, puesto que el hecho de que los dos sujetos sean del mismo sexo no vulnera el orden público atendiendo al principio de igualdad del art. 14 Constitución Española<sup>39</sup> y a la posibilidad de que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos personas del mismo sexo<sup>40</sup>.

También tiene en consideración la posible vulneración del art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño<sup>41</sup>, que atiende al interés superior del menor y determina que los menores queden al cuidado de quienes han dado el consentimiento para ser padres, del derecho de los menores a una identidad única les lleva a disponer de una filiación única válida en varios países.

Por otra parte deniega que se haya llevado a cabo un fraude de Ley porque no han utilizado cualquier otra norma con el fin de aludir una Ley imperativa española.

Finalmente advierte que se trata de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español y no de que se

---

<sup>36</sup> [http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/200903/10/sociedad/20090310elpepusoc\\_1\\_Pes\\_PDF.pdf](http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/200903/10/sociedad/20090310elpepusoc_1_Pes_PDF.pdf)

<sup>37</sup> BOE nº 296, de 11 de diciembre de 1958.

<sup>38</sup> Que en su tenor literal explica: “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”

<sup>39</sup> BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1987.

<sup>40</sup> Art7.3 LTRHA.

<sup>41</sup> BOE nº 313 de 31 de diciembre 1990.

haya realizado un contrato de gestación por sustitución. Dice, además, que en la certificación registral californiana no consta que el nacimiento de los menores, que son indudablemente hijos del ciudadano español<sup>42</sup>, haya tenido lugar a través de gestación por sustitución.

Por todo ello, la decisión de rechazar la inscripción queda invalidada y procede la inscripción.

### **8.3. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº. 15 de Valencia. 15.09.2010.**

El Ministerio fiscal interpone una demanda en contra de la resolución de la DGRN que hemos explicado. Su legitimidad se deriva del art. 49.3 Ley del Registro Civil (LRC)<sup>43</sup> y ante esta demanda se dicta sentencia por la que se deja sin efecto la inscripción realizada en virtud de la resolución de la DGRN de 2009.

Respecto a los fundamentos sobre los que basa su decisión, por motivos de extensión, me limitaré a exponer los argumentos aportados en contra de la resolución.

El Juez considera que no sería de aplicación la DGRN ya que fundamenta jurídicamente su argumentación en el art. 81 RRC obviando lo dispuesto en la LRC, en su art. 23 establece que *“Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También 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”*. El control viene establecido por una doble vertiente: se ha de comprobar la realidad del hecho inscrito y si la inscripción que se pretende es conforme con la ley española<sup>44</sup>.

En el primer caso, se trata de un control no solo de forma sino de fondo, por ello, a pesar de que la certificación registral californiana avala la filiación de los interesados, se estima que, a efectos materiales no puede admitirse puesto que biológicamente es imposible<sup>45</sup>.

Por su parte para valorar su adecuación a la ley española habría que determinar su licitud en función del hipotético traslado de los hechos al territorio español y no en un sentido genérico y abstracto como es el orden público internacional español al que se refiere la DRGN<sup>46</sup>. Siguiendo esta fundamentación, el encargado del Registro Civil tiene potestad para

---

<sup>42</sup> Por lo que, en consideración con el art. 17.2 Cc, se debería otorgar la nacionalidad a los menores por ser hijos biológico.

<sup>43</sup> BOE nº 151 de 10 de Junio de 1957.

<sup>44</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15, de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, Fundamento Jurídico III. (AC 2010/1707).

<sup>45</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V.: *“La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”*, en Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V, 2012, pág. 374.

<sup>46</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15, de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, Fundamento Jurídico III. (AC 2010/1707).

examinar si la certificación registral extranjera vulnera o no el contenido de la LTRHA, que como sabemos prohíbe la gestación por sustitución.

Se razona que aunque la vía de procreación de los menores no conste de forma expresa en la certificación no es óbice para determinar que fue la técnica a la que acudió la pareja y se considera que no es un hecho controvertido puesto que no se ha negado en ningún momento por la defensa de los interesados. Pone de manifiesto que no cumple el requisito de la legalidad y por ello, se debe negar la inscripción del certificado registral extranjero en nuestro Registro Civil.

En esta resolución también se realiza una contra argumentación a la RDGN respecto a su justificación sobre el orden público internacional, sin embargo estas premisas se ajustan a las consideraciones que realiza el Tribunal Supremo y se explicarán en el apartado concerniente al mismo.

#### **8.4. Instrucción de la DGRN 05.10.2010: Régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>47</sup>.**

Surge con la finalidad de definir los criterios mediante los cuales se puede establecer la inscripción en el Registro Civil Español. Se fundamenta en los siguientes puntos clave.

- El primero establece que se puede solicitar la inscripción si ha recaído resolución judicial procedente de un Tribunal Competente que determine la filiación del menor. En consecuencia, no se admitirá como título válido para la inscripción de nacimiento y filiación, una certificación registral extranjera o una simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en que no conste la identidad de la madre gestante<sup>48</sup>.
- Precisa dicha Instrucción que la resolución judicial deberá haber obtenido el exequátur en España según los Convenios internacionales o, en su defecto, a través del procedimiento contemplado en la LEC de 1881<sup>49-50</sup>. A la solicitud de inscripción deberá acompañarse el auto judicial que ponga fin al reconocimiento de la resolución.
- En el caso de que la resolución haya sido dictada como consecuencia de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, será suficiente con que el Encargado del Registro Civil controle, incidentalmente, si tal resolución puede ser reconocida en España.

---

<sup>47</sup> BOE nº 243 de 7 octubre 2010.

<sup>48</sup> Esta exigencia concuerda con el derecho del menor a conocer su origen biológico, según expresa el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, el art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

<sup>49</sup> GACETA nº 36 de 05 de Febrero de 1881.

<sup>50</sup> Se encargan de regular este procedimiento los arts. 956 “*Previa la traducción de la ejecutoria hecha con arreglo a derecho, después de oír, por término de nueve días, a la parte contra quien se dirija y al Fiscal, el Tribunal declarará si debe o no darse cumplimiento a dicha ejecutoria. Contra este auto cabrá recurso de apelación*”.| 957 “*Para la citación de la parte a quien deba oírse, según el artículo anterior, se librerá certificación a la Audiencia en cuyo territorio esté domiciliada. El término para comparecer será el de treinta días. Pasado dicho término, el Tribunal proseguirá en el conocimiento de los autos, aunque no haya comparecido el citado*”. |958 “*Denegándose el cumplimiento, se devolverá la ejecutoria al que la haya presentado*”.

A continuación se establecen los extremos que se tendrán que verificar en el caso de reconocimiento incidental: 1) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; 2) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; 3) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; 4) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente; 5) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

- Será decisión del Encargado del registro Civil que la resolución se someta al exequátur o al control incidental ya que será él quien valore si emana de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza litigiosa (por lo que necesita homologación) o de uno análogo al de jurisdicción voluntaria (control incidental).

Mediante estas exigencias se pone de manifiesto la pretensión de la DGRN de constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal de su consentimiento, la inexistencia de simulación del contrato de maternidad subrogada que encubra el tráfico de menores y la protección del interés del menor en relación el reconocimiento transfronterizo de su filiación.

A pesar de los objetivos del texto y de la intención de aportar seguridad jurídica en esta materia, ha desprendido una serie de críticas<sup>51</sup>. Entre las más significativas se encuentra la inaplicación de la LTRHA pues deja abierta la posibilidad al reconocimiento de este tipo de contratos, así como la inobservancia de la jurisprudencia que ha sentado el Supremo que exige, como requisito inexcusable en el reconocimiento de la resolución judicial extranjera, la armonía con la legalidad española<sup>52</sup>. Como vemos la Instrucción olvida el control de legalidad y por ello vuelve a inaplicar el art. 23 LRC.

La publicación de esta instrucción conllevó a la adopción de una cantidad considerable de resoluciones de la DGRN en la que se resuelve favorablemente la inscripción en el registro Civil español de la filiación proveniente de un contrato de maternidad subrogada<sup>53</sup>.

Los órganos judiciales también han acatado estas directrices, conviene destacar el Auto del Juzgado de Primera Instancia N<sup>o</sup>1 de Pozuelo de Alarcón de 25 de junio de 2012 que concede el exequátur y reconoce validez a una sentencia de California por la que se declara

---

<sup>51</sup> Vela Sánchez opina que la Instrucción supone admitir por vía reglamentaria lo que por ley se prohíbe, vulnerándose de esta manera el principio de jerarquía normativa consagrado en la Constitución (art. 9.3) y en el Cc (art 1.2), lo que supondría su nulidad radical. VELA SÁNCHEZ, A., *"De nuevo sobre la regulación..."*, *ob cit.*, pág. 6.

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1<sup>a</sup>, de 23 de noviembre de 1995. Fundamento Jurídico I. (RJ 1995/8433).

<sup>53</sup> *Vid.* Resoluciones de 3 de mayo de 2011, de 6 de mayo de 2011, de 6 de mayo de 2011, de 9 de junio de 2001, de 27 de junio de 2011, entre otras.

a la solicitante como madre legal y único progenitor de dos menores nacidos mediante gestación por sustitución.

Otra línea jurisprudencial que se está siguiendo, aunque no de forma directa en los términos de la Instrucción, es la de otorgar la prestación de maternidad por parto a personas que han tenido hijos en el extranjero mediante subrogación gestacional en base a que se trata de una figura asimilada a la maternidad, tales como son la adopción o el acogimiento familiar a las que sí se les reconoce este beneficio<sup>54</sup>. Aunque con posterioridad, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014 ha declarado que los Estados Miembros no están obligados a otorgar este permiso a una trabajadora que ha tenido un hijo mediante esta técnica, ya que la atribución del permiso de maternidad requiere que la trabajadora que se beneficie de él haya estado embarazada y haya dado a luz al niño.

### **8.5. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011.**

Los solicitantes interpusieron recurso de apelación en contra de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia que dejó sin efecto la inscripción de los menores en el registro Civil Consular de los Ángeles. Sin embargo, no tuvo mucho éxito ya que el recurso fue desestimado por el Tribunal y, por tanto, se ratificó la decisión de primera instancia.

La justificación fundamental coincide con los requisitos fijados por la Instrucción y resuelven que *“aunque la certificación californiana ha sido expedida por orden de una previa decisión judicial, lo cierto es que dicha resolución judicial no consta en este procedimiento ni tampoco la identidad de la madre gestante, por lo que no es posible aseverar que, conforme a la nueva Instrucción la filiación californiana de los menores, se inscribirá en el Registro Civil español porque no cumple con los requisitos que ésta exige”*<sup>55</sup>.

Otra de las razones en las que se fundamenta es en la infracción del orden público internacional español con motivo de la violación del art. 10 LTRHA y, aunque tiene en cuenta el interés superior del menor, considera que la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley, mucho menos aquella que persigue la defensa de los intereses de los menores pues impide que la vida humana sea objeto de comercio.

## **9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1ª, DE 6 DE FEBRERO DE 2014 (RJ 2014/833).**

### **9.1. Motivos del recuso.**

El Recurso de Casación interpuesto ante el Supremo se fundamenta en un único motivo: infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el

---

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 668/2012 de 18 de octubre (AS 2012/2503) y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias núm. 2320/2012, de 20 de septiembre (AS 2012/2485).

<sup>55</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011, Fundamento Jurídico III. (AC 2011/1561).

derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en diferentes textos internacionales en los que España es parte.

Cabe mencionar que éstas cuestiones fueron puestas de manifiesto en instancias anteriores y contestados, sin embargo, por motivos de extensión me referiré únicamente al análisis que de ellos hace el Alto tribunal.

Alegan que la no inscripción en el Registro Civil español de la filiación a favor de dos varones resultaría discriminatorio.

Respecto a los menores dicen que privar de su filiación a los menores vulneraría el interés del menor y los dejaría desprotegidos. Además los recurrentes consideran que son mejores padres frente a la mujer que dio a luz ya que ésta solamente asumió su parte en el contrato y se limitó a cumplirlo. Finalmente, invocan que el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

Por último, consideran que el reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradecía el orden público internacional español.

## 9.2. Pronunciamento del Tribunal.

El voto mayoritario de los Magistrados basaba la desestimación del recurso en base a tres aspectos: Acceso al Registro de la certificación expedida por la autoridad administrativa de California; el concepto de orden público; el interés superior del menor.

Para conseguir este reconocimiento, los recurrentes se basaron un título extranjero, que podía motivar el asiento registral, de conformidad con los artículos 81 y 85 del RRC. En relación a estos preceptos la sentencia considera que *"... el control en que consiste este reconocimiento se extiende a que la certificación del Registro extranjero sea regular y auténtica, de modo que el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española ..."*. De esta forma, se consagra la existencia de un control no únicamente formal del documento que justifica la práctica del asiento, sino también un control material del contenido del documento, que puede justificar la denegación de la inscripción y que supone el examen de que la resolución extranjera no contravenga la legalidad española y el orden público internacional español.

Sobre éste realiza un concepto y lo define como *"el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan."*, además lo proclama como un límite al reconocimiento de decisiones extranjeras. Esta afirmación debe ponerse en relación el art. 10 LTRHA, que prohíbe la gestación por sustitución y en el hecho de que los recurrentes acudieron a California para poder concertarla.

Posteriormente la sentencia se centra en examinar si existe discriminación por tratarse de dos personas del mismo sexo. Determina que ésta no se verifica ya que la imposibilidad de realizar la inscripción obedece a la existencia de gestación por sustitución, técnica que está prohibida por el ordenamiento español.

Otro de los temas que analiza es el concepto de interés superior del menor. Se pone de manifiesto que estamos ante un concepto jurídico indeterminado, sin embargo no, puede invocarse para salvaguardar una situación jurídica que, de otro modo, no sería admitida por el derecho español. Se destaca que no debe ser el único principio que debe ser valorado en aras de la protección del menor, sino que debe ponerse en relación con otros principios como el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante y el hecho de que determinar la filiación mediante una forma que vulnere la legislación supone un claro perjuicio para los menores, como ocurre en el presente caso. Por ello, es necesario *"realizar*

*una ponderación de la que resulte la solución que menor perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico...”*.

La fundamentación jurídica de la sentencia se concreta en un requerimiento al Fiscal, se le solicita que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su estatuto Orgánico, para la protección de los menores, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible su correcta filiación, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismo en el núcleo familiar “de facto”. De esta forma aunque se desestima el recurso, deja abierta la posibilidad para que se utilice otros medios para reconocer la filiación de los menores, en base a la situación fáctica que ha originado la gestación por sustitución, aunque no los especifica.

### **9.3. Voto particular de la sentencia.**

Frente a la mayoría, compuesta por cinco magistrados, que estimaba la desestimación del recurso, otros cuatro votaron en contra del fallo.

El voto particular considera que no es de aplicación lo establecido en el art. 10 LTRHA, al tener en cuenta que la filiación ya ha sido determinada por una autoridad extranjera, por ello el elemento esencial es el documento expedido por la autoridad administrativa californiana. Argumenta que no puede confundirse la validez del contrato, que claramente es contrario a nuestro derecho, con el reconocimiento de una resolución administrativa extranjera que determina la filiación de un menor y que es válida en el país en el que se expidió.

Destacan que no puede generalizarse la existencia de vulneración del orden público internacional, sino que habría que estudiar caso por caso. Concluyen que “no hay orden público si en el caso se contrariaría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada...”.

Por su parte el Magistrado Sr. Seijas considera que no se produce una mercantilización de la filiación por la utilización de la gestación por sustitución, ni se atenta a la dignidad de la mujer o del niño, al permitir acceder a la filiación a personas que, de otro modo, no podrían acceder a ella.

## 10. BIBLIOGRAFÍA.

### Manuales:

- MARINA PÉREZ MONGUE.: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio Registradores Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.
- LLEDO YAGÜE, FRANCISCO.: *"Fecundación artificial y Derecho"*, Tecnos, Madrid, 1988.
- FERRER VANRELL, M.P, en LLEDÓ YAGÜE, F / OCHOA MARIETA, C. *"Comentarios científico-jurídico a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)"*, Editorial DYKINSON, S.L., Madrid, 2007.

### Artículos doctrinales en revistas electrónicas:

- FARNÓS AMORÓS E.: *"Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California"*, en In Dret, Revista para el Análisis del Derecho, nº 1, enero de 2010.
- VELA SÁNCHEZ, A.J.: *"De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011"*, en Diario La Ley, nº 7815, Sección Doctrina, 9 de marzo de 2012.
- LAMM, E.: *"Gestación por sustitución. Realidad y Derecho"*, en In Dret, Revista para el Análisis del Derecho, nº 3, julio de 2012.
- 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"*, en In Dret, Revista para el Análisis del Derecho, nº 3, julio de 2009.

### Normativa:

- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.
- Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil.
- Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ministerio de Justicia. Resolución de 18 de febrero de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- Ministerio de Justicia. Instrucción de 05 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

### Resoluciones judiciales:

- Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia, Sentencia de 15 de septiembre de 2010. (AC 2010/1707).
- Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, Sentencia de 23 de noviembre de 2011. (AC 2011/1561).
- Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia de 6 de febrero de 2014. (RJ 2014\833).