



Universitat
de les Illes Balears

La gestación por sustitución desde la perspectiva de los derechos fundamentales de la mujer y del menor.

AUTORA: Isabel María Berga Socías

Memoria del Trabajo de Fin de Máster

Máster Universitario en Políticas de Igualdad y Prevención de la Violencia de Género.

de la

UNIVERSITAT DE LES ILLES BALEARS

Curso Académico *2015 - 2016*

Fecha 17/6/2016

Nombre Tutora del Trabajo :: Margalida Capellà

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
CONCEPTO Y MODALIDADES DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	
Concepto	4, 5, 6, 7 y 8.
Modalidades	10 y 11.
INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR O <i>FAVOR FILII</i>	11, 12 y 13.
MARCO JURÍDICO ESPAÑOL EN MATERIA DE GESTACION POR SUSTITUCIÓN.	
Derecho comparado y Turismo reproductivo	14
Marco normativo	15, 16, 17, 18 y 19.
Inscripción en el Registro Civil Español de los nacidos mediante gestación por sustitución en países extranjeros.....	19, 20, 21 y 22.
ESPECIAL REFERENCIA A LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y NOTARIADO.	
Resolución de 18 de febrero de 2009.....	23, 24 y 25.
Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011.....	25, 26 y 27.
La Instrucción de 5 de octubre de 2010.....	27, 28, 29 y 30.
ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.	
Argumentos a favor	30 y 31.
Argumentos en contra	32 y 33.
PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN	
Fundamento de admisibilidad del convenio	33, 34, 35, 36, 37 y 38.
Contenido esencial del convenio.....	39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46 y 47.
CONCLUSIÓN.....	49
ANEXOS	53 a 80

1. INTRODUCCIÓN

Los avances médicos y biológicos en materia de reproducción humana sobre todo partir de 1978, año en el que nació la primera niña concebida in vitro, han planteado al Derecho numerosos retos importantes. Entre ellos encontramos los relativos a la filiación de los nacidos a consecuencia del empleo de tales técnicas. Sin embargo, uno de los retos más importantes que las técnicas de reproducción humana asistida plantean a la sociedad y al Derecho tiene que ver con la admisión y límites que presentan, ya que están relacionadas con cuestiones tan importantes como la propia consideración del ser humano como fin, y no como medio par la satisfacción de los fines perseguidos por otros seres humanos, o con la vida y la integridad de todo ser humano.¹

En este sentido, una de las prácticas más controvertidas de los últimos tiempos es la relacionada con la gestación por sustitución, una práctica poco conocida. Dicha técnica es aceptada en unos países y rechazada en otros, tanto desde la perspectiva legal como desde una fundamentación ético-moral, y como consecuencia muchas personas cruzan la frontera hacia ordenamientos jurídicos en los cuales esta permitida esta práctica. Por ello, me llamó la atención y me dio pie a investigar sobre este tema tan desconocido para la mayoría.

A lo largo del mismo, realizare una investigación exhaustiva sobre el tema, todo ello siempre fundamentándolo con bases sólidas y con los medios que me permitan fehacientemente, dar por válidos y fundamentado los argumentos que ayuden entender la gestación por sustitución como una técnica más de reproducción asistida humana. Además presentare una propuesta de regularización de un convenio de gestación por sustitución que intente dar respuesta a una gran variedad de interrogantes que suscita el tema.

¹ Carlos Martínez de Aguirre Aldaz. *Curso de Derecho Civil (IV)* – Derecho de Familia 4ª edición 2013, COLEX. Pág. 340 y 341.

1. CONCEPTO, MODALIDADES DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

2.1 CONCEPTO

La Subrogación Gestacional, Gestación Subrogada o Gestación por Sustitución, como se denomina en la legislación española, es una Técnica de Reproducción Asistida Humana (en adelante, TRA) que suscita un controvertido debate sobre su legalidad y una gran polémica en torno al Derecho Familia, ya que dicha práctica se encuentra actualmente prohibida por el artículo 10 de la Ley 4/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante, LTRHA)² 1. *“será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”*. Sin embargo, encontramos mecanismos legales que permiten la inscripción registral de los nacidos a partir de dicha técnica, alcanzándose jurídicamente los efectos últimos del contrato, lo que supone una total incoherencia, y que crea un clima de incertidumbre e inseguridad jurídica, siendo necesaria una regulación en la materia que proteja a todas las personas que intervienen en el proceso, y especialmente el interés superior del menor y de la madre gestante.³

Esta técnica, conocida también como maternidad subrogada (vulgarmente conocida como “madre de alquiler” o “vientre de alquiler”) es un supuesto de reproducción humana asistida, por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé, de forma que otra u otras personas puedan ser padres y madres, biológicas o no. En la gestación por sustitución intervienen tres partes: I. La pareja contratante (pueden o no aportar el material genético); II. La mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación; III. El equipo médico encargado de efectuar la implantación del embrión en la portadora.

² BOE núm. 126, de 27/05/2006.

³ Silvia Vilar González. “Situación actual de la gestación por sustitución”. Premio de artículos jurídicos “GARCÍA GOYENA” (2013-2014). Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Facultad de Derecho Pág. 927 (Conclusión 3ª).

Dicho convenio de gestación por sustitución puede deberse a muchas circunstancias, como puede ser la incapacidad de gestar de una mujer (infertilidad, edad,...), o bien porque no se desee ser madre gestante, como por ejemplo en el supuesto de la existencia de enfermedades de carácter genético de la madre, o incluso el deseo de ser padres por parte de las parejas homosexuales masculinos.⁴

De acuerdo, con esta última puntualización debemos tener presente los artículos 8 (vida privada y familiar), y 14 (prohibición de discriminación), ambos de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 así como los artículos 7 (vida privada y familiar), 9 (derecho a fundar una familia), 20 (igualdad ante la ley) y 21 (principio de no discriminación), todos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010⁵, en los que se reconoce el derecho de las mujeres solas o de las parejas lesbianas a la maternidad, así como el de la pareja homosexual a la paternidad.

Por lo tanto, podemos decir que se trata de un tema que presenta, en la actualidad, gran complejidad moral, donde se mezclan cuestiones éticas, jurídicas, libertades individuales y derechos colectivos.

Antes de entrar a profundizar sobre el tema sería conveniente dar una definición clara de que es la gestación por sustitución y para ello acudimos a Doña María José Torres, abogada y especialista en este tema.

Según Doña M^a José Torres se trata de una *“técnica de reproducción asistida por la que una mujer gesta un embrión de otra persona o pareja que previamente ha sido fecundado, normalmente mediante fecundación in vitro.*

⁴ Aurelia Álvarez Rodríguez – David Carrizo Aguado. *“Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el derecho internacional privado español”*. Vlex España. Pág. 59.

Antonio J. Vela Sánchez (Profesor titular de Derecho Civil. Universidad de Sevilla. “El Derecho a recurrir a las madres de alquiler”. Diario La Ley. N^o 7608, Sección Doctrina, 11 Abril de 2011. Editorial la La Ley. Introducción.

⁵ DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

*“Recordemos que la fecundación in vitro se realiza en el laboratorio mediante la unión del óvulo y el espermatozoide dando lugar al embrión que será implantado a la gestante. Durante el proceso de gestación, a las personas que aportan el óvulo y el espermatozoide sin que medie donación, se les conoce como **“padres intencionales”**.*

*Así el embrión podrá formarse bien por el material genético propio de los padres intencionales o bien por el material donado, pero prácticamente en todo lugar se exige que el embrión no tenga ningún vínculo genético con la gestante, y por tanto que ella no pueda donar sus óvulos. De esa forma una mujer puede quedarse embarazada con un embrión de una pareja heterosexual que aporta tanto óvulo como espermatozoide, o de parejas homosexuales o personas solteras en cuyo caso el embrión se formará a partir de material total o parcialmente donado. **La gestante dará a luz un bebé que no tiene ninguna vinculación genética con ella y por tanto no es su hijo biológico.***

Es obligado ya desde este momento inicial dejar dicho que en España NO está permitido esta técnica de reproducción asistida (artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo) ya que aquí la maternidad viene impuesta por el parto haciendo gala de obsoletos dichos populares “madre es la que pare”. Sin embargo, sí está permitida en otros países de que establecen una amplia regulación para proteger los derechos tanto del menor nacido por esta técnica como de la gestante que contribuye a su nacimiento y por supuesto a los padres internacionales.”.

En relación a este último punto, me gustaría señalar alguno de los países más representativos en la materia, como por ejemplo Estados Unidos, donde la situación varía enormemente de un Estado a otro. La normativa que será de aplicación, dependerá del Estado en que resida la madre gestante, el lugar en que se suscribe el convenio y donde tenga lugar el nacimiento. En California es donde encontramos la protección legal más relevante a favor de los padres o madres contratantes, a quienes declara legalmente los padres o madres del niño/a nacido, tenga o no conexión genética con el mismo. Se admite la subrogación comercial, se obliga al cumplimiento de los convenios suscritos al efecto, y se permite a los padres contratantes, independientemente de su estado civil u orientación

sexual, ser considerado padres o madres legales antes del nacimiento y sin necesidad de acudir a procedimientos de adopción.

Por otro lado, entre los países que admiten tan sólo la subrogación altruista, destaca Reino Unido, cuya Acta de Acuerdos de Subrogación de 1985⁶, prohíbe expresamente la “subrogación comercial”. Sin embargo, se permite que se satisfagan los gastos razonables en que la madre gestante hayan incurrido. Se reconocen los acuerdos de subrogación, pero no se garantiza el cumplimiento de los mismos, ya que la gestante será la madre legal del niño hasta el momento en que las personas contratantes obtengan una orden judicial que establezca la filiación o una orden de adopción que les convierta en los padres o madres legales del menor.⁷

Insisto en que se trata de un tema de gran complejidad moral y ético, donde podemos encontrar multitud de opiniones al respecto. Sin embargo, las personas o parejas que deciden recurrir a esta práctica no les debe resultar del todo fácil, ya que cuando deciden iniciar una vida en común y formar una familia, empiezan con la búsqueda natural.

Llegados al punto de no poder gestar a su bebé, ahí se podría decir que no gestarán a su hijo o hija, pero sí pueden ser padres a través de la gestación por sustitución. También cuando dos mujeres o dos hombres que se quieren y deciden formar una familia no podrán gestar a su hijo o hija, pero si pueden a través de una gestación por sustitución.

Por tanto, a pesar de que la gestación por sustitución tenga muchos prejuicios por parte de un importante sector de la sociedad se debe ver como una opción más para convertirse en madre o padre, ya que a pesar de no engendrar a tu hijo o hija podrá formar parte de una familia.

Sin embargo, en ocasiones no se trata simplemente de querer o no ser madre o padre,

⁶ Surrogacy Arrangement Act 1985 CHAPTER 45. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/>. Última consulta: 10/05/2016

⁷ Silvia Vilar González. “Situación actual de la gestación por sustitución”. Premio de artículos jurídicos “GARCÍA GOYENA” (2013-2014). UNEN. Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014. Páginas 905 y 906.

sino que todo esto conlleva un importante problemática ética y jurídica, y que por tanto debemos analizar.

Por un lado, encontramos a aquellos que consideran que debería legalizarse, es decir, que debería ser admitida jurídicamente. Así, por ejemplo, Martín Camacho opina que *“la maternidad sustituida es una práctica basada en la decisión libre de adulto que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con amor y que lo deseó, los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo/a y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, un general económico a cambio de esa ayuda”*.⁸

Mientras que, para otros, la legalización de esta práctica no constituye ningún progreso ni avance social, sino todo lo contrario, es una forma de explotación de la mujer y tráfico de personas que convierte a los menores en productos comerciales.⁹ Además, consideran que el niño o niña quedaría en una posición de vulnerabilidad, ya que su situación dependería de las cláusulas establecidas en un contrato, lo cual podría poner en peligro la protección de sus derechos e intereses.

En este sentido,¹⁰ Mujeres en Red a través de la campaña *“No somos vasijas”* manifiesta que el deseo de paternidad o maternidad nunca puede sustituir o violar los derechos que asisten a las mujeres y los y las menores.

A través de esta campaña muestran su total rechazo a la utilización de esta práctica, que se fundamentan en una serie de razones, como por ejemplo defienden el derecho a

⁸ Dr. Javier Martín Camacho, “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009. Pág. 15

⁹ José López guzmán y Ángela Aparisi Miralles, *“Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”*, Universidad de Navarra. Pág. 266.

¹⁰ Mujeres en Red. Periódico Feminista. Artículo “No somos vasijas. Campaña contra los vientres de alquiler”, <http://www.mujeresenred.net> [fecha de consulta: 10/2/2016]

decidir de las mujeres en materia de derechos sexuales y reproductivos, ya que para ellas esta práctica impide a las mujeres gestantes su derecho a decidir durante el proceso del embarazo y en la posterior toma de decisiones. Además manifiestan que alquilar el vientre de una mujer no se puede calificar como “técnica de reproducción humana asistida”, ya que las mujeres no son máquinas reproductoras que fabrican hijos en interés de otros.

También ponen de manifiesto la perspectiva de los Derechos Humanos, que supone rechazar la idea de que las mujeres sean usadas como contenedores y sus capacidades reproductivas sean compradas. El derecho a la integridad del cuerpo no puede quedar sujeto a ningún tipo de contrato.

Como podemos observar siempre habrá personas que consideren la gestación por sustitución como una manera de cumplir el sueño de una persona o pareja de tener hijos o hijas, mientras que otros entienden que es una manera de comerciar el cuerpo de la mujer y el tráfico de menores. Por ello, cuando se piensa en legalizar esta práctica surgen multitud de preguntas e interrogantes, como por ejemplo **¿Dónde está el punto intermedio? ¿Sería posible legalizar esta práctica en España sin vulnerar los derechos de la mujer gestante y de los niños?. ¿Sería posible de una manera altruista, es decir, que no medie ningún tipo de transacción económica ni comercial entre los padres biológicos y la madre gestante?.**

2.2 MODALIDADES

En la técnica de gestación por sustitución pueden darse distintas modalidades contenidas en dos grandes tipos.

Por una lado, encontramos la “**MATERNIDAD GESTACIONAL Y TRADICIONAL**”. En la primera de ellas, la madre subrogada no aporta material genético y por tanto no es la madre genética.

En este caso, podemos encontrar situaciones distintas:

- ✚ La pareja contratante aporta por completo el “material genético”, es decir, que tanto el óvulo como el espermatozoide son de la pareja contratante y la madre gestante recibe el embrión en su útero para gestarlo.¹¹
- ✚ La mujer contratante aporta su óvulo fecundado por persona ajena a su pareja.
- ✚ La mujer gestante aporta el “material genético” y este óvulo es fecundado con el esperma de la pareja de ésta, por uno de los miembros de la pareja contratante o simplemente por un tercero.
- ✚ El “material genético” es aportado por individuos ajenos a las personas contratantes o al contratante y la madre subrogada cede únicamente su útero.¹²

En cambio, en la segunda opción, la mujer gestante aportará tanto su útero, como sus propios óvulos que serán fecundados, normalmente, por inseminación artificial (en adelante, IA). Sin embargo, este último caso podría no considerarse un vientre de alquiler, ya que la gestante se convertiría también en la madre biológica del niño o niña, por lo que

¹¹ Jiménez, M.E y Riesenberr, G. “La maternidad subrogada. Una realidad, Conflictos y Prácticas”. María Revista de derecho de familia y de las personas, núm. 1, 2013. Páginas 155-156. Pág. 2.

¹² A. J. Vela Sánchez. “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”. Diario La Ley, núm. 7608, Sección Doctrina. 11 de abril de 2011. Páginas 1 y 2.

no es muy recomendable al existir un vínculo bilógico

Por otro lado, encontramos la gestación por sustitución que se podrá realizar de modo **ALTRUISTA**, es decir, sin contraprestación alguna a cambio de la misma (aunque permitiendo ciertos ordenamientos jurídicos que se satisfagan los gastos estrictamente necesarios derivados de la gestación, como por ejemplo en Reino Unido, Grecia, Holanda, Bélgica o Dinamarca, etc.), o bien, bajo la modalidad conocida como “subrogación comercial”, en la que la madre gestante llevará a cabo el embarazo a cambio de un precio.

13

2.3 INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR O FAVOR FILII

No existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición para poder entender el principio de interés superior del menor, sin embargo son numerosos los Tratados e instrumentos internacionales ratificados por España que manifiestan la necesidad de protección de los menores.¹⁴

La Doctrina especializada parte de la idea previa de que pretender definir lo que debe entenderse como “interés superior del menor” es una tarea compleja, ya que nos enfrentamos a lo que en Derecho es conocido como un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general¹⁵. Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado establece que dicho principio se traduce en en el derecho del menor a una “identidad única”,¹⁶ y que, a su vez, se traduce en permitir la inscripción de la filiación en el Registro

¹³ Silvia Vilar González. “Situación actual de la gestación por sustitución”. Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014. Pág. 901 y 902.

¹⁴ La Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, firmado en New York el 10 de diciembre de 1948; los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966; la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de Noviembre de 1989m ratificado por España el 30 de noviembre de 1990; y la Carta de Europa de los Derechos del Niño, aprobado por el Parlamento Europeo en Resolución A-3/0172/1992, DE 8 de julio, etc.

¹⁵ Antonio J. Vela Sánchez. (profesor titular de Derecho Civil. Universidad de Sevilla). “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivado del convenio de gestación por encargo”. Diario la Ley, núm. 8162, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY 5167/2013.

¹⁶ María Isabel de la Iglesia Monje. Profesora Contratada Doctora. Derecho Civil. UCM. Pág. 167.

Civil español derivada de un convenio de gestación por sustitución, ya que no se trata de proteger los intereses de los padres y madres contratantes, sino los derechos fundamentales del menor, ya que no puede quedar desamparado y tendría derecho a ser inscrito en el Registro como hijo de padre o madre solicitantes españoles, y ello a pesar de que su filiación proceda de un contrato nulo conforme la legislación vigente Española.¹⁷

Y así lo ratifica el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea de las Naciones Unidas¹⁸, la cual establece que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. Este principio también aparece recogido en el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Además tiene anclaje constitucional en el artículo 39 de la Constitución Española.

Por su parte, el artículo 39.4 de la Constitución Española (en adelante, CE)¹⁹ establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, desarrollado, posteriormente, en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor²⁰, cuyo artículo 2.1 dice que *“En aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir* y su artículo 3 dispone que *“Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico (...)”*.

¹⁷ Antonio J. Vela Sánchez. “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”. Diario la Ley, N^o 8162, Sección Doctrina, 3 de Octubre de 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY. Apartado 2^a Regulación actual del principio del interés superior del menor.

¹⁸ Texto fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Dicho Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es un tratado internacional que recoge los derechos de la infancia y es el primer instrumento jurídicamente vinculante que reconoce a los niños y niñas como agentes sociales y como titulares activos de sus propios derechos.

¹⁹ BOE núm. 311, de 29/12/1978.

²⁰ BOE núm. 15, de 17/10/1996.

A modo de plasmar esta idea, acudimos al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) el cual dictó **Sentencia el 24 de junio de 2014 -en adelante STEDH 26/06/14 - en los asuntos Mennesson v. Francia y el del Labasse v. Francia**, condenando al Estado Francés por impedir el establecimiento, a través del correspondiente registro público, del vínculo de filiación entre unos niños nacidos a través de gestación subrogada en los Estados Unidos y sus padres contratantes, de nacionalidad francesa. El TEDH declara que la apelación al orden público internacional francés desconoce el interés superior de los menores a que se establezcan en el país de sus padres que son hijos de quienes así son reconocidos en el país de su nacimiento. Dice el TEDH que, al impedir el establecimiento de su filiación, se priva a los menores de uno de los contenidos de su derecho a la vida privada que garantiza el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (artículo 8 CEDH)²¹

Por tanto, la transcendencia del caso reside en el hecho de que el TEDH aclara que un Estado parte del Convenio podrá dentro de su respectivo territorio, prohibir la utilización de una técnica reproductiva concreta, pero esa opción del legislador nacional no puede estar sobre la identidad de los menores, a los que de otro modo estarían en una situación de incertidumbre jurídica sobre su misma identidad. Es decir, que la ilegalidad de una determinada práctica en un país europeo no puede privar a los menores, nacidos en el extranjero utilizando esta técnica e hijos europeos, del reconocimiento de su filiación en los países de origen de sus padres. ²²

²¹ Y 8 Santiago Roura Gómez. El País, “Gestación subrogada y derechos del menor. Denegar la inscripción en el registro de estos nacimientos es discriminatorio, <http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/>, 14 de julio de 2014.

3. MARCO JURÍDICO ESPAÑOL EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

3.1 Derecho Comparado y “Turismo procreativo o reproductivo”.

Antes de centrarnos en la regulación española, conviene aproximarse a esta técnica desde el punto de vista del Derecho Comparado²³, con el objetivo de entender la dinámica existente entre la regulación en el plano del Derecho interno y el plano del Derecho internacional.

En el ámbito comparado, podemos ver que la subrogación se regula de forma distinta entre los diferentes ordenamientos jurídicos, no habiendo una predisposición hacia la armonización de regulaciones. Algunos países prohíben esta técnica, por lo que al no permitir a sus ciudadanos acudir a la subrogación para ser padres y madres, estas personas acuden a otros países donde sí está permitido. Esto es, hay países que llamaremos de “origen” (como por ejemplo, España, Francia²⁴, Alemania²⁵, etc.) y otros que llamaremos “de destino” (como por ejemplo, EEUU, Grecia, etc.). Y de este modo se produce el llamado fenómeno “turismo procreativo o reproductivo”²⁶.

Remitiéndome a esto último, cabe definir el “turismo procreativo o reproductivo” como el desplazamiento que realiza una persona o pareja desde su país de origen o Estado de residencia hasta otro país en busca de las Técnicas de Reproducción Asistida, en muchos

²³ Disciplina o método de estudio del Derecho que se basa en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos para los mismos casos planteados.

²⁴ En Francia se aplica la Ley núm. 94-653 de 29 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano, que ha agregado el artículo 16 -17 al Código Civil: “Es nulo todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por sustitución por cuenta de otro”.

²⁵ El Ministro Federal de Justicia y el Ministro Federal de Investigación y tecnología constituyeron, en 1984, una Comisión encargada de analizar los nuevos métodos de fertilidad in vitro. En vista de estas previsiones, el Congreso Médico alemán acordó que la maternidad de sustitución debía ser rechazada por los inconvenientes que presenta para el niño y el peligro de la comercialización. Estas recomendaciones fueron volcadas a una ley cuya vigencia data de 1990. En el artículo 1, párrafo 7 de la Ley Federal sobre la protección del embrión, de 13 de diciembre de 1990 prevé que el embrión ha de ser implantado en el vientre de la mujer de la que se ha obtenido el óvulo. El contrato de maternidad subrogada sería contrario a las buenas costumbres y al orden público (Artículo 138 BGB).

²⁶ Se puede definir como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país cuya legislación permita la técnica reproductiva que buscan. (Grupo Médico de Reproducción. Especialistas en Reproducción Asistida. Actualizado: 18/03/2015 www.reproduccionasistida.org)

casos, de la gestación por sustitución y concretamente por sus leyes favorables²⁷.

Sin embargo, podemos decir que este turismo acaba siendo preocupante, por un lado porque sólo es una opción para las personas que pueden económicamente permitírselo²⁸. También porque es muy difícil un absoluto control de la calidad o de la seguridad de los servicios ofrecidos que pueden presentar riesgos para las madres y niños o niñas, y que implica un mayor riesgo para que mujeres más pobres sean explotadas por aquellos o aquellas que vienen de países más ricos.

El conflicto de Derecho Internacional Privado surge cuando una pareja acude a uno de esos países de destino y regresa a su país de origen. Entonces la pareja va a querer que se reconozca esa filiación establecida en el extranjero como consecuencia de un contrato de subrogación que sí está permitido en el país de destino.²⁹

3.2 Marco normativo

Entrando a analizar nuestro ordenamiento jurídico debemos tener presente que por mandato imperativo contenido en la Ley 14/2006, de 26³⁰ de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA), la posición de nuestro ordenamiento

²⁷ Eleonora Lamm. “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho”. Revista para el Análisis del Derecho. Núm. 3, 2012. Pág. 22.

²⁸ Antonio Vela Sánchez. “*Maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*”. Pág. 9 El autor, a raíz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DDGRN, que permite la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución opina que permitir dicha inscripción es inconstitucional porque provoca una discriminación evidente entre los españoles que tienen medios o recursos económicos para acceder a un convenio de gestación por sustitución en país extranjero y aquellos que no, o, incluso, que pretenden realizar dicho contrato en España. Según el autor, el principio fundamental de igualdad de todos los españoles ante la Ley “sin que pueda prevalecer discriminación alguna (...) (por cualquier) condición o circunstancia personal o social” (art. 14 CE), impide la aplicación de esta Instrucción en nuestro país mientras no se regule el convenio de maternidad subrogada o de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico y, por consiguiente, sea accesible, en principio a todos los ciudadanos.

²⁹ Marta Serra Alcega. “*Reconocimiento de la maternidad subrogada en el derecho internacional privado español*”. RJUAM, núm. 32, 2015-II. Páginas 286 y 287.

³⁰ BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

es contundente -incluso desde la Ley anterior 35/1988, de 22 de noviembre³¹-, la nulidad de la gestación por sustitución.

Ya la Ley 35/1998 disponía en su artículo 10 la prohibición del contrato de gestación por sustitución en los siguientes términos: 1. “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor de del contratante o de un tercer” 2. “La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada en el parto” 3. “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Como podemos observar, la dicción del artículo 10 de dicha Ley (ya derogada) se ha mantenido íntegra en la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, la cual establece la prohibición clara y tajante del contrato de gestación por sustitución, de manera que la madre gestante será siempre la madre biológica –en base al antiguo aforismo romano “*mater semper certa es*”.³² Por tanto, la madre del nacido será la mujer gestante con independencia de la procedencia del material genético³³.

En cuanto a la paternidad, queda a salvo la posibilidad de reclamarla por parte del padre biológico. El artículo 10.3 de la presente LTRHA, permite esta acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico así como la filiación paterna. Dichas acciones son las generales para la determinación legal de la filiación, establecidas en los artículos

³¹ BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

³² Mujer, Madre y Profesionales de PROFESIONALES POR LA ÉTICA. Vientre de alquiler. Una nueva forma de explotación de la mujer y de tráfico de personas, <http://www.profesionalesetica.org> [Escrito el 5/05/2015]. Pág. 11

Antonio J. Vela Sánchez (Profesor titular de Derecho Civil. Universidad de Sevilla. “El Derecho a recurrir a las madres de alquiler”. Diario La Ley. Nº 7608, Sección Doctrina, 11 Abril de 2011. Editorial la La Ley.

³³ Carlos Lasarte Álvarez. “La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”. Cita, pág. 11: “La legislación española, pues, opta por prohibir radicalmente la maternidad subrogada, y si, pese a la prohibición, se lleve a efecto de cualquiera de las modalidades antes descritas, se ignora a la madre genética, en su caso, y se atribuye directamente la maternidad a la madre gestante”.

764 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)³⁴, y tendrán competencia los Tribunales españoles, tal y como establece el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial³⁵ (en adelante. LOPJ).

Es más, aunque el artículo 10 de la LTRHA no estableciese expresamente la nulidad de la gestación por sustitución, el contrato de gestación por sustitución sería nulo de acuerdo con las normas civiles de nuestro ordenamiento jurídico, en primer lugar, por inexistencia o ilicitud de su causa, siendo “*es ilícito la causa cuando se opone a las leyes o a la moral*” (artículo 1275 del Código Civil (en adelante, CC)³⁶). También por estar su objeto fuera del comercio de las personas (artículo 1271 CC), en la medida que ni se puede comerciar con personas, por lo que no se puede considerar a un niño o niña objeto de un contrato, ni podemos olvidar que el cuerpo humano es indisponible, intransferible y personalísima. Por ello, la mujer gestante no tendría ningún tipo de obligación de entregar al nacido tras el parto ni obligación de indemnizar a la pareja o individuo contratante en caso de incumplimiento, ni exigirle que reintegre las cantidades que se le han entregado para hacer frente a los gastos generados por el embarazo, ya que se trata de un contrato ilícito (artículos 1305 o 1306 CC)³⁷. Además podemos ver cómo también incumple los límites de la autonomía privada establecida en el artículo 1255 CC por ir en contra de la ley, la moral y el orden público³⁸

Por otro lado, como consecuencia de la prohibición de la gestación por sustitución en nuestro Ordenamiento jurídico, la LTRHA en sus artículos 24 y ss. sanciona este tipo de práctica. En el artículo 24.2 establece que las “*Las infracciones en materia de reproducción*

³⁴ BOE núm. 7, de 08/01/2000.

³⁵ BOE núm. 157, de 02/07/1985.

³⁶ BOE núm. 206, de 25/07/1889.

³⁷ Antonio José Vela Sánchez. “La gestación por sustitución o maternidad subrogada”. Diario la ley, ISSN 1989-6913, núm. 7608, 2011. Pág. 4 y “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”. Diario la ley, ISSN 1989-6913, núm. 7815, 2012. Páginas 2 y 3.

³⁸ Antonio J. Vela Sánchez (Profesor titular de Derecho Civil. Universidad de Sevilla. “El Derecho a recurrir a las madres de alquiler”. Diario La Ley. N^o 7608, Sección Doctrina, 11 Abril de 2011. Editorial la La Ley.

humana, serán objeto de las sanciones administrativas, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro que puedan concurrir”.

Para explorar la posibilidad de incluir la gestación por sustitución en alguna de las conductas tipificadas como delitos en los artículos 220 a 222 del Código Penal (en adelante, CP)³⁹, hemos de partir de que la aplicación de la ley penal española se rige como regla general por el principio de territorialidad⁴⁰, tal y como lo establecen los artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ⁴¹ y el artículo 8 CC⁴². Por tanto, para ser sancionados conforme al Código Penal las conductas delictivas han de realizarse en España, siendo irrelevante la nacionalidad de los contratantes. Subsidiariamente, el artículo 23 LOPJ acoge el principio de personalidad, que permite aplicar la ley penal española, en su ámbito, a los nacionales españoles con independencia del lugar de comisión del delito. Para ello, el artículo 23.2 LOPJ exige, entre otros requisitos, que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo previsión en contra en un Tratado Internacional. Por tanto, sólo si en los países donde se han celebrado los contratos de gestación por sustitución esta práctica está sancionada penalmente, cabe condenar a los españoles contratantes por los hechos realizados en estos países. De otro modo, solo cabe atribuir responsabilidad penal por los hechos derivados de la reproducción asistida realizada en España.

En este sentido, incurriría en delito de suposición de parto (artículo 220.1 CP) quien, sin mencionar el nacimiento del niño o niña mediante un contrato de gestación por sustitución, pretende su inscripción como hijo o hija propio en el Registro Civil Español. Por su parte, el artículo 221 CP contempla el delito de la paternidad o estado civil del

³⁹ BOE núm. 281, de 24/11/1995.

⁴⁰ En virtud de este principio corresponde aplicar la Ley penal de un Estado en el espacio, a todos los delitos cometidos dentro del territorio del mismo, con independencia de la nacionalidad de los sujetos activo y pasivo del delito.

⁴¹ Art. 23.1 *“En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.”*

⁴² *“Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”.*

menor, de cuyo tipo parte la existencia de una contraprestación económica. En el incurren quienes *entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación de análoga a la filiación, serán castigados con las penas de prisión de una a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años*. Por tanto, para el Derecho Español esta conducta es la que incurre la madre gestante que entrega al hijo o hija a la pareja contratante, pero como dicha conducta es realizada fuera de España, la jurisdicción española no se considera competente.

43

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, el Código Penal no tipifica como delito la gestación por sustitución, por lo que se podría decir que se ha buscado una similitud con otros delitos que sí contempla el Código Penal, como los delitos de suposición del parto, recepción de un menor a través de una compensación económica y el de la alteración de la paternidad (artículos 220 a 222 CP)

Por lo tanto, la gestación por sustitución no posee relevancia penal porque no se contempla como delito de forma expresa, y lo que se hace es negar sus efectos declarando la nulidad contractual del mismo.⁴⁴

⁴³ Roncesvalles Barber Cárcamo (profesor titular de Derecho Civil. Universidad de la Rioja). “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España” (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirlo). ISSN 0210-0444, Año nº89, Núm. 739, 2013. Páginas 2934 y 2935.

⁴⁴ Eleonora Lamm, “El elemento volitivo como determinación de la filiación derivado de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética”. Pág. 238: “*Cabe advertir que la relevancia penal de la maternidad subrogada vendrá marcada por la realización de algún comportamiento subsumible en alguno de esos tipos penales y no por el mero hecho de realizar el contrato de maternidad por sustitución, conducta que, como se ha indicado, es atípica y, por tanto, impune. En definitiva, la maternidad por sustitución es penalmente irrelevante, de manera que sólo plantaría su transcendencia criminal cuando, una vez nacido el niño/a se altera su filiación adscribiéndolo a una familia que no le corresponde legalmente. De esta manera, la opción de política legislativa no pasa por tanto por la prohibición o punición de este tipo de actividades, como por privar al contrato de efectos jurídicos y establecer la relación de filiación con respecto a la madre gestante, con independencia de que óculo o embrión del procede el hijo sea suyo o no*”.

3.1 Inscripción en el Registro Civil Español de los nacidos mediante gestación por sustitución en países extranjeros.

Otra de las problemáticas que envuelve la gestación por sustitución, es la relativa a la inscripción del menor nacido por esta práctica en el Registro Civil Español. Por ello, es necesario analizar la legislación actual en España relativa a la inscripción de resoluciones extranjeras en el Registro Civil.

Por un lado, el artículo 113 del CC establece que *“la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil por el documento o sentencia que la determine legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado”*. En este sentido, con respecto a los documentos auténticos extranjeros con fuerza en España conforme a las leyes y tratados internacionales, el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil (en adelante, RRC)⁴⁵, prevé que serán títulos para inscribir el hecho de que dan fe, ya sean judiciales, administrativos o notariales.

Por otro parte, el artículo 83 RRC establece que para llevar a cabo la inscripción en España en virtud de sentencia o resolución extranjera, éstas deberán tener fuerza en nuestro país, y deberán haber obtenido previamente el exequátur⁴⁶, cuando sea necesario. Sin embargo, hay casos en los que no se exige que dichas resoluciones tengan fuerza directa en España, cuando se trate de *“sentencias o resoluciones extranjeras que determinen o completen la capacidad para el acto inscribible”*, y de *“autorizaciones, aprobaciones o comprobaciones de autoridad extranjera en cuanto impliquen formas o solemnidades del acto en el país en que éste se otorga”*.

El artículo 85 RRC establece 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 certifique, en cuanto a los hechos de que da fe,*

⁴⁵ BOE núm. 296, de 11/12/1958

⁴⁶ Conjunto de reglas conforme a las cuales el ordenamiento jurídico de un Estado verifica si una sentencia judicial emanada de un tribunal de otro Estado reúne o nos los requisitos que permiten su reconocimiento u homologación.

tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española". Además prevé que *"la falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente"* .

Así mismo, el artículo 23 de la Ley del Registro Civil (en adelante, LRC) establece que podrá practicarse la inscripción *"en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, y también por certificación de asientos extendidos en Registro extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española"*. En este caso, el encargado del Registro Civil deberá verificar que el nacimiento en cuestión es un hecho real, y además que no es contrario a las leyes españolas. Además, debemos recordar que la inscripción de un nacimiento derivado de un contrato de gestación por sustitución en contrario al artículo 10 LTRHA, por lo que dicha certificación del Registro extranjero vulneraría el contenido de la ley⁴⁷ .

Por otro lado, aunque la vigente Ley del Registro Civil, de 8 de Junio de 1957, ha dado muestras de su calidad técnica y de su capacidad de adaptación a lo largo de los estos años, es innegable que la relevancia de las transformaciones habidas en nuestro país exige un cambio normativo en profundidad que, recogiendo los aspectos más valiosos de la institución registral, la adapte plenamente a la España de hoy, cuya realidad social, política, social y tecnológica es completamente distinta a la de entonces. Por ello, debemos hacer referencia a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la cual menciona en la Exposición de motivos (título X) una de las mayores novedades de esta ley se centra en la inscripción previa *exequátur* y también la posibilidad de que el Encargado del Registro Civil realice la inscripción tras proceder a un reconocimiento incidental de documentos judiciales como no judiciales.

Concretamente, el artículo 96 de esta ley está dedicado a la inscripción en el Registro Civil español de *"las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza"* bien a través del trámite del *exequátur*, tal y como se prevé en el

⁴⁷ Daniela Jarufe Contreras. *"Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción asistida"*. DYKINSON, SL-, 2013. Colección Monografías de Derecho Civil I Persona y Familia, Madrid 2013.

apartado 2.1ª de dicho artículo, o bien ante el encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique los siguientes requisitos:

- ✚ *La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.*
- ✚ *Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.*
- ✚ *Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.*
- ✚ *Que la inscripción de la relación no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.*

Por tanto, en el caso de llevar a cabo la inscripción de la filiación de hijos nacidos mediante contratos de gestación por sustitución, se deben garantizar los derechos procesales de las partes, como también el interés superior del menor y los derechos de la madre gestante. La resolución judicial debe ser firme y los consentimientos irrevocables o sometidos a un plazo de revocación⁴⁸, tal como prevé la Instrucción de la DRGN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Además el artículo 97 de esta ley recoge la posibilidad de inscribir un hecho o un acto a través de un documento público extranjero no judicial, siempre que éste cumpla una serie de requisitos, como que el documento haya sido otorgado por autoridad extranjera competente, que ésta haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate, que el hecho o acto contenido en el documento sea válido, conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado, y que dicha inscripción no resulte incompatible con el orden público español.

⁴⁸ María Victoria Jiménez Martínez. “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”. Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá V (2012). Pág. 125.

Por último, es importante tener presente el artículo 98.1 que establece que la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que cumplan una serie de requisitos, como que la certificación haya sido expedida por una autoridad extranjera competente, que el Registro extranjero de procedencia tenga atribuidas las mismas garantías que atribuye la legislación española, que el acto inscribible sea conforme a la normas de Derecho Internacional privado del ordenamiento español, o que dicha inscripción no sea contraria al orden público.

4. ESPECIAL REFERENCIA A LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y NOTARIADO.

4.1 Resolución de 18 de febrero de 2009. (ANEXO 1)

El origen de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de Registros y Notariado se halla en la solicitud efectuada en el año 2008 por una pareja de dos hombres de nacionalidad española que solicitaron la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de sus hijos gemelos, nacidos en California el 24 de octubre 2008 mediante gestación por sustitución. El encargado del Registro Civil Consular de los Ángeles denegó la solicitud en aplicación del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo. Interpuesto recurso por los interesados ante la Dirección General de los Registros y el Notariado, el mismo fue estimado a través de la Resolución de 18 de febrero de 2009, ordenándose la inscripción en el Registro Civil Consular del nacimiento de los menores.

La Dirección General de los Registros y el Notariado fundamenta su posición en la aplicación del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil (en adelante, RRC) aprobado por Decreto de 14 de Noviembre de 1958, en cuya virtud el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notaria, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento autentico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales.⁴⁹

⁴⁹ La Dirección General de los Registros y el Notariado en Resolución de 18 de febrero de 2009 que “con

La Dirección General de los Registros y el Notariado defiende el ajuste al orden público internacional de la certificación registral californiana en base a diferentes argumentos:

- ✚ La inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español en tanto que el Derecho español admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, no pudiendo distinguir, en aplicación del artículo 14 de la CE, entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley.
- ✚ El Derecho español, concretamente el artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, de modo que no permitir que la filiación de los nacidos conste a favor de dos varones resultaría discriminatorio por razón de sexo, lo que supone una vulneración del artículo 14 de la CE.
- ✚ El interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero, pues de lo contrario los hijos quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil.
- ✚ El precitado interés superior del menor se traduce en el derecho de dicho menor a una “identidad única”, lo que se traduce a su vez en el derecho de tales menores a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un

arreglo al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. (...) Es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas (vid. artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Es indudable también que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (artículo 10.2 de la Ley 14/2006). Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el «Derecho aplicable» a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español (...). La certificación registral extranjera constituye “una decisión” adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y filiación del nacido. Considerando entonces que es una decisión extranjera, en forma de certificación registral extranjera el acceso al registro civil español, no es una cuestión de Derecho aplicable, si no una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”. La consecuencia es obvia, al aplicar este razonamiento nos lleva a la conclusión que se excluye las normas españolas de conflicto de leyes, en concreto la del artículo 9.4 CC, como asimismo la exclusión de la Ley 14/2006 de 26 de mayo.

país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera.

La Dirección General de los Registros y el Notariado incorpora de este modo la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea conforme a la cual el derecho de los menores a una identidad única no depende de su condición de ciudadano comunitario, sino que tal derecho pertenece a todos los menores, tal y como recoge el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas, anteriormente mencionado.

- ✚ Recuerda la Dirección General de los Registros y el Notariado que en el Derecho español la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la “vinculación genética” entre los sujetos implicados, como se deduce del precitado artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, precepto que permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres.
- ✚ Se afirma que los interesados no han llevado a cabo un fraude de Ley, no habiendo utilizado una “norma de conflicto” ni cualquier otra norma con el fin de eludir una Ley imperativa española.
- ✚ Por último, la Dirección General de los Registros y el Notariado afirma que, pese a que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas y la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinado por el parto, ello no es aplicable al presente caso, en tanto que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de una certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil Español. Por ello, la DGRN ordeno la transcripción, pero deja claro que su decisión no prejuzga cuestiones de fondo; ni la relativa a la filiación, ni la relativa a la validez del contrato, ni la relativa al exequátur o al efecto de cosa juzgada de la decisión extranjera. Consecuentemente, estando en presencia de una “decisión extranjera” adoptada con la forma de certificación registral

extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español se configura como una cuestión de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España⁵⁰.

4.2 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado fue objeto de impugnación por el Ministerio Fiscal estimándose la demanda por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, dejando sin efecto la inscripción de nacimiento realizado. Dicha sentencia señala que el planteamiento realizado por la DGRN prevé que el Reglamento del Registro Civil, en su artículo 81 fundamenta jurídicamente su argumentación, desarrolla y completa un texto de mayor valor normativo como es la Ley de 8 de junio de 1857⁵¹ sobre el Registro Civil cuyo artículo 23 prevé la posibilidad de practicar inscripciones por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad de acuerdo con la Ley española.

La Sentencia cuestiona los argumentos empleados por la DGRN en su Resolución de 18 de febrero de 2009 con los siguientes argumentos:

⁵⁰ Alejandra Selma Penalva. “Vientres de alquiler y prestación de maternidad”. Revista doctrinal Aranzadi Social, núm. 9, 2013. Páginas 223 a 244.

⁵¹ La Ley de 8 de junio de 1957 del Registro Civil será derogada, salvo en lo dispuesto en las disposiciones transitorias tercera, cuarta y quinta, con la entrada en vigor tres años después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta que entraron en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado) de la Ley Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175 de 22 de julio de 2011) cuyo Título X regula las normas de derecho internacional privado, y concretamente en su artículo 96, la inscripción en el Registro Civil Español de resoluciones judiciales extranjeras señalando en su apartado 2 que la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar, bien previa superación del trámite del exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, bien ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados, que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española, que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento y que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

- ✚ En relación con el argumento de que la filiación de los nacidos en California a favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español, en tanto que el Derecho español admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, señala el Juzgado que la propia lectura del argumento provoca su desestimación en tanto que los hijos naturales no pueden tener dos padres varones naturales, ya que los varones no pueden, en el estado actual de la ciencia, concebir ni engendrar.

- ✚ En relación con el argumento relativo a que el artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, de modo que no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por razón de sexo, señala el Juzgado que la no procedencia de la inscripción radica en que los bebés nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución no en el sexo de los solicitantes.

- ✚ En relación con el interés superior del menor y su derecho a una “identidad única”, señala el Juzgado que si bien es cierto, el fin no justifica los medios, debiendo buscarse el mismo resultado a través de vías amparadas por el Derecho español.

- ✚ Por último, se afirma el conocimiento de la prohibición en España de llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución.

Recurrida en apelación, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010 es confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 10ª) de 23 de noviembre de 2011, frente a la cual ha sido admitido el recurso de casación (auto del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2012).

4.3 La Instrucción de 5 de octubre de 2010. (ANEXO 2)

Dicha Instrucción establece los criterios que determinan los requisitos de acceso al

Registro Civil español de los nacidos en el extranjero a través de los contratos de gestación por sustitución, con la finalidad principal de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor y otros intereses relativos a estos convenios, como la protección de las mujeres gestantes que renuncian a su derecho a ser madres. Asimismo, para permitir la inscripción en el Registro Civil de los nacidos mediante gestación por sustitución, la Instrucción de la DRGN establece los siguientes requisitos. Por un lado, es necesario presentar ante el Encargado del Registro Civil, una resolución judicial dictada por Tribunal competente, cuya finalidad es controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante, permitiendo constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado, y no haber incurrido en error sobre las consecuencias u alcance del mismo, ni haber sido sometido a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Además se permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores. Consecuentemente, la Directriz segunda de la Instrucción no admite que se inscriba el nacimiento o la filiación del nacido a través de una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de una certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante⁵².

De acuerdo con el segundo apartado de la primera directriz de la presente Instrucción, la atribución de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución debe basarse en una previa resolución judicial extranjera que, salvo que resulte de aplicación el Convenio Internacional, deberá ser objeto de exequátur, de acuerdo al procedimiento establecido en los artículos 954 y ss. de la LEC de 1881.

Tal y como expone la Instrucción de 5 de octubre de 2010, con este apartado segundo “se incorpora la doctrina plenamente consolidada por el Tribunal Supremos” según la cual

⁵² De acuerdo, con el artículo 7.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño.

“serán de aplicación los artículos 954 y ss. de la LEC de 1881, preceptos que mantuvieron su vigencia tras la entrada en vigor de la LEC de 2000, en virtud de los cuales, será necesario instar el exequátur de la decisión (judicial extranjera) ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como establece el artículo 955 de la LEC de 1881 tras la reforma de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

Por otro lado, en el caso de que la Resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro civil ha de llevar a cabo el control incidental, como requisito previo a la inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. Es dicho control incidental, deberá constatar:

- ✚ La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- ✚ Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- ✚ Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- ✚ 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.
- ✚ 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.

En definitiva, atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los casos de gestación por sustitución, la finalidad principal de la presente Instrucción comporta, al menos tres aspectos esencialmente importantes. Por un lado, los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores/as sea de nacionalidad española, como vía de acceso a efectos de registrar su nacimiento. Por otro lado, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma de lugar a supuestos de tráfico internacional de menores y, por último la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, de acuerdo con el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional , así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

5. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Desde la aprobación en 1988 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, se han venido recogiendo argumentos tanto en contra como a favor de la maternidad subrogada.

En relación a los posibles **ARGUMENTOS A FAVOR** de esta práctica, podemos encontrar los siguientes:

I. Se trata de una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, por lo que no puede señalarse ni objetarse a las personas que deciden ejercerla ni a la práctica en sí misma⁵³.

II. Todas las personas participantes se suelen beneficiar de la misma: el niño o la niña nacido existe gracias a la práctica de dicho fenómeno y se encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente; los padres y madres logran acceder

⁵³ Dr. Javier Martín Camacho, “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009. Páginas 15 y 16.

a la paternidad y maternidad deseada ofreciendo los cuidados a un hijo/a muy querido y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio extra, normalmente económico a cambio de esa ayuda.⁵⁴

III. Se trata de un acuerdo libre y voluntario, por lo que no se puede hablar de explotación. El hecho de hablar de explotación se considera menospreciar la capacidad de consentir de la mujer. Además las mujeres gestantes pueden hacer con su cuerpo lo que crean conveniente porque les pertenece y prima la libertad de las mismas para decidir ser madres de la manera que ellas consideren, pero siempre responsabilizándose de sus actos y decisiones.⁵⁵ Por tanto, los motivos para llevar a cabo esta práctica son muchos y complejos y no tienen que estar siempre ligados a los beneficios económicos derivados de situaciones de explotación y pobreza.

IV. La gestación por sustitución no daña la salud física y psíquica de la portadora como lo respaldan estudios realizados y es muy difícil construir una teoría de peso que hable del intercambio e influencia prenatal, ya que depende de cada mujer. La diversidad es muy grande: algunas mujeres sólo sienten apego durante el embarazo, otras rechazan el feto durante los nueve meses de gestación y sólo se sienten cercanas al bebé una vez que nace, otras no presentan ningún tipo de apego durante todo el embarazo⁵⁶.

V. Es importante tener presente, que el valor monetario del intercambio viene relacionado con todos los riesgos que pueden surgir durante el proceso, tiempos, dedicación, controles, cuidados e implicaciones efectivas del proceso,. Por tanto, podría entenderse que no hay mercantilización de seres humanos, sino simplemente costos en todos los sentidos que los interesados deben retribuir de alguna manera a la madre gestante.

VI. La gestación por sustitución representa la única opción que tiene una pareja

⁵⁴ Arteta Acosta Cindy. “Maternidad subrogada”. Revista ciencias biomédicas (artículo de revisión). 2/28/2011. Pág. 98

⁵⁵ Dr. Javier Martín Camacho, “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009. Páginas 15 y 16.

⁵⁶ Eleonora Lamm. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Indret. Revisa para el análisis del derecho. Barcelona, Julio 2012. Pág. 9

homosexual compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (aunque sólo de uno de ellos), por lo que, conforme al principio de libertad, igualdad y no discriminación, éste se convierte en un argumento a favor de la legalización y regulación.⁵⁷

VII. Por último, me parece importante destacar que esta forma de procreación no viola el interés superior del niño/a, ya que el niño/a nace en una familia que lo desea y no hubiera existido si no se hubiera recurrido a esta práctica. Por ello, es necesario crear una legislación básica que regule los supuestos de gestación por sustitución y el acceso a los menores al Registro Civil, siempre y cuando se respeten los principios y valores del ordenamiento jurídico español y no se creen situaciones que puedan desproteger a las mujeres y a los niños que nacen mediante esta técnica de reproducción asistida.

A continuación, entraremos a valorar los posibles **ARGUMENTOS EN CONTRA** que puede presentar esta práctica.

- I. La maternidad es un proceso natural y añadir nuevas modalidades en torno a ella puede ser considerado inaceptable. La madre gestante acepta “la fabricación” de un bebé, pero no su educación y crianza, que en la mayoría de ocasiones es la base de la maternidad. Los lazos entre madre e hijo se transforma y se pierden con la subrogación.⁵⁸

- II. En algunas ocasiones, se podría entender que las mujeres gestantes son manipuladas, siendo esta una forma más de control y explotación de la mujer, ya que es posible que exista un abuso de las situaciones económicas.⁵⁹ Todo ello puede conllevar a la utilización de las mujeres pobres por las ricas o, como consecuencia del turismo reproductivo, que se verá luego, a la utilización de las mujeres de los países del tercer mundo, por las mujeres del

⁵⁷ Dr. Javier Martín Camacho, “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009. Páginas 15 y 16.

⁵⁸ Dr. Javier Martín Camacho, “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009. Páginas 6 y 7.

⁵⁹ Arteta Acosta Cindy. “Maternidad subrogada”. Revista ciencias biomédicas. Artículo de revisión. Pág. 94

primer mundo.⁶⁰

- III. Podría entenderse que el valor del intercambio dado por el dinero en la maternidad subrogada mercantiliza a los seres humanos. Por ello, podría entenderse que se tratan de contratos inmorales, y que si se celebra un contrato de este tipo sería nulo por estar las personas fuera del comercio, no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se pone su dignidad y el respeto al ser humano.⁶¹

- IV. Los hijos e hijas nacidas bajo esta práctica podrían sufrir consecuencias psicológicas y sociales. Por un lado, porque se rompe el vínculo materno-filial que se establece durante la gestación y, por otro lado por las posibles dificultades de aceptación social y por lo inconvenientes que puede generar al tener que hacer frente a varias figuras maternas.⁶²

- V. Por tanto, como resumen podríamos entender que llevar a cabo esta práctica supondría que el cuerpo de la mujer se convierta en un objeto; se mercantiliza el deseo de ser padres, y en el caso de que el feto tuviera problemas se le podría obligar a la madre gestante desprenderse del bebé. No se puede que la madre gestante no sufra consecuencias psicológicas o problemas anímicos después de nueve meses de gestación.

⁶⁰ Eleonora Lamm (Consejo Nacional de Investigación Científicas y Técnicas. Argentina). “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”. Barcelona, Julio 2012. Pág. 5

⁶¹ Eleonora Lamm (Consejo Nacional de Investigación Científicas y Técnicas. Argentina). “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”. Barcelona, Julio 2012. Pág. 5

⁶² Eleonora Lamm (Consejo Nacional de Investigación Científicas y Técnicas. Argentina). “*Gestación por sustitución*. Realidad y Derecho”. Barcelona, Julio 2012. Páginas 6 y 9.

6. PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN

6.1 Fundamento de admisibilidad del convenio

Cuando se plantea la posibilidad de legalizar la maternidad por sustitución debe contemplarse, por un lado desde el orden público, y especialmente pensando en el interés superior del menor, que es un criterio fundamental en la Convención de los derechos del niño de 1989, de la que España es parte. Por tanto, debemos examinar los diferentes problemas éticos, socioeconómicos y jurídicos que envuelven el tema, con el objetivo de realizar una ponderación y establecer si se ajustaría a los principios que rigen en nuestro ordenamiento jurídico, tales como que la persona humana no puede ser objeto de comercio de las personas, es decir, que el niño no puede ser objeto de transacción, requiriendo el respeto a la dignidad de la persona y a su integridad (artículos 10.1 y 15 de la CE).

Entre los diferentes debates que suscita legalizar la maternidad por sustitución, debemos tener presente alguno de ellos.

Por un lado, como ya sabemos la maternidad por sustitución es rechazado en casi todos los países del mundo, por considerarse moralmente inaceptable, especialmente por el ánimo de lucro que puede motivarla y por que se podría considerar como una compra-venta oculta de recién nacidos.

También debemos tener presente el gran coste que supone recurrir a esta práctica, y que da lugar a una gran discriminación entre aquellos españoles que si se pueden permitir económicamente pagar el tratamiento fuera de nuestras fronteras y aquellos que no disponen de los suficientes recursos económicos para hacerlo.

Otra de las problemáticas surgidas es la relativa a la imposibilidad de inscribir la filiación en España de los hijos nacidos mediante esta técnica de gestación por sustitución en países permisivos, como California.

Por ello, y debido al limbo jurídico en el que se encuentran hoy muchos niños y niñas, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado está preparando un

convenio específico para regular los acuerdos internacionales de gestación por sustitución cuya premisa es que como los casos de gestación por sustitución internacional aumentan día a día, se requiere de manera urgente una regulación internacional que contemple este inevitable problema socio-legal.⁶³

Esta propuesta regulatoria tuvo lugar el 10 de marzo de 2010, donde la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya elaboro a partir de los problemas que presentan los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional. Dicho documento resulta de especial interés porque en él se recoge el diferente tratamiento que este tipo de maternidad recibe en los diferentes Estados miembros de la Conferencia. Pero especialmente interesa su propuesta de adopción de un instrumento internacional que permita sobre todo el establecimiento de un marco de cooperación entre autoridades que favorezca el reconocimiento de la filiaciones válidamente determinadas en un Estado que admita la gestación por sustitución y en otros Estados cuyo ordenamiento jurídico prohíba esta práctica, tal y como sucede en nuestro país (artículo 10.1 de la LTRHA 14/2006, de 26 de mayo).

Por lo tanto, se podría decir que una buena regulación puede ser un instrumento eficaz para impedir la formación de un verdadero “mercado negro de vientres” en el que la mujer es un objeto usado por personas que desean tener un hijo a cualquier precio. Por ello, para evitar la explotación de mujeres es necesaria una regulación que controle y limite esta práctica.⁶⁴

⁶⁵El 20 de octubre de 2015 el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia presento una proposición no de ley ante el Congreso de los Diputados sobre la creación de un marco regulatorio para gestación por sustitución.

⁶³ Eleonora Lamm. “*Gestación por sustitución*”. Indret 3/2012. Barcelona 2012. Pág.28

⁶⁴ Eleonora Lamm. “*Gestación por sustitución*”. Indret 3/2012. Barcelona 2012. Pág. 31

⁶⁵ Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2015, X Legislatura. Sesión núm. 55 celebrado el martes 20 de octubre de 2015. Paginas 10 a 16.

En la exposición de motivos dice que “a pesar de que la exclusión de la gestación subrogada en España, muchos ciudadanos han accedido en el pasado y siguen haciéndolo en el presente a este modo de paternidad y maternidad acudiendo a aquellos países en los que se realiza legalmente la subrogación transfronteriza. La voluntad de alcanzar la paternidad no conoce de fronteras y se da la paradoja de que en países de la propia Unión Europea encuentran esta posibilidad con un encaje jurídico que en nuestro país no existe. Las familias formadas por ciudadanos españoles a través de la gestación subrogada legal en otros países enfrentaban graves problemas de filiación a su retorno a España por no verse reconocida la filiación sobre sus hijos aquí”.

Por ello, presentaron la siguiente Proposición no de Ley:

“El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:

- ✚ La derogación del artículo 10 de la LTRHA de 4/2006, de 26 de mayo, el cual da cuenta de la existencia de la técnica de gestación por sustitución aunque parte de la nulidad de pleno derecho del contrato que tenga dicho fin y por tanto de su validez jurídica a efectos de reconocimiento de la filiación por parte de quienes contraten la subrogación, manteniendo el antiguo precepto mater semper certa est propio de un periodo anterior al descubrimiento del ADN y de los avances técnicos y científicos asociados al mismo.*
- ✚ Articular en el marco legislativo correspondiente la gestación subrogada con una serie de contenidos (carácter altruista, la gestante será mayor de dieciocho años, con buen estado de salud, lo aceptará libremente, irrenunciabilidad posterior del contrato, se establecerá un Registro Nacional de Gestación por Subrogación adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, sólo será posible celebrar el acuerdo de subrogación gestacional cuando el progenitor o progenitores hayan agotado o sean incompatibles con otras técnicas de reproducción asistida. También solicita en esta Proposición “Promover en el marco de la Unión Europea*

una regulación común de la maternidad subrogada y de los acuerdos de subrogación transfronteriza”.

Por otro lado, encontramos una Iniciativa Legislativa Popular que recoge una proposición de Ley de Gestación Subrogada⁶⁶ (**ANEXO 3**). Dicha proposición tiene como objeto regular la gestación por sustitución y para ello establece once artículos, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales que contemplan aspectos como las condiciones para la aplicación de la técnica (artículo 2), los requisitos que deben cumplir tanto la madre gestante como el o los progenitores subrogantes, la filiación de los hijos y su determinación(artículo 7), las diferentes situaciones que pueden aparecer en caso de premoriencia de alguna de dos progenitores subrogantes (artículo 9), y un Registro Nacional de gestación por sustitución (artículo 11), etc.

Dicha propuesta limita el acceso a esta técnica al progenitor o progenitores que hayan agotado o sean incompatibles con otras técnicas de reproducción humana asistida. Además, en este supuesto entrarían las parejas homosexuales varones, ya que son incompatibles con otra técnica de reproducción asistida existente actualmente en nuestro país. Sin embargo, uno de los puntos más remarcado de esta Iniciativa es el carácter altruista de los contratos de gestación por sustitución. El artículo 3.2 establece que la gestación subrogada nunca tendrá carácter lucrativa o comercial, por lo que igual que el Reino Unido, quedarían prohibidos los contratos comerciales de gestación por sustitución y solo se establecerá una compensación económica para cubrir los gastos generales que conlleve dicha técnica, pero lo difícil será controlar que detrás de esta aportación por los gastos se incluya una retribución.

Por otro lado, podemos ver que en la propuesta no se limita el número de veces que la mujer gestante puede llevar a cabo este tipo de contrato que como hemos dicho anteriormente tendrá carácter altruista, por lo que sería conveniente limitarlo. Además el artículo 4 establece las condiciones que deben cumplir el progenitor o los progenitores subrogantes (en el caso de parejas, las personas que la integren deberán estar unidos por el

⁶⁶ Asociación por la Gestación Subrogada en España. Texto de la ILP. [Consulta 14/4/2016]. La Iniciativa Legislativa todavía no la han presentado.

vínculo matrimonial, estar inscritos como pareja de hecho o mantener una relación análoga a las anteriores, deberán ser españoles o haber residido en España durante los dos años anteriores a la formalización del contrato de gestación por subrogación. En caso de parejas progenitoras subrogantes bastará que uno de sus miembros cumpla la condición.)

El artículo 6 de la presente Iniciativa Legislativa prevé las previsiones mínimas que debe contener el contrato de gestación por sustitución. Además, establece que las partes del contrato deberán otorgar ante notario, con carácter previo a cualquier aplicación de una técnica de reproducción humana asistida, así como que el contrato deberá contener el justificante de la inscripción de la mujer gestante en el Registro y presentarlo ante el Registro nacional de gestación por sustitución. Por tanto, esta Iniciativa Legislativa Popular opta por establecer un sistema de aprobación previa a los acuerdos de Gestación por sustitución, mediante el que el progenitor o los progenitores subrogantes deben presentar dicho acuerdo ante un notario para los apruebe con anterioridad a la realización del tratamiento médico con el objetivo de que se verifique el cumplimiento de las condiciones requeridas.

Por otro lado, me parece interesante destacar que esta misma propuesta de legalización de la gestación subrogada fue aprobada por el Parlamento portugués pero vetada por el presidente del país Don Marcelo Rebelo de Sousa. Entre las razones que señala éste para devolver la ley no se basa en su convicciones ni en el debate derechas e izquierdas. El principal motivo del veto del presidente de la República son las dudas legales, y en concreto la que expuso el Consejo de Ética para las Ciencias de la Vida (en adelante, CNECV). Según este organismo, “no están salvaguardados los derechos del niño ni los de la mujer gestante, ni hay un cuadro legal del contrato de gestación”.

La ley no garantiza, según la CNECV, los términos de revocación del consentimiento y sus consecuencias; las previsiones contractuales en el caso de malformaciones o de la eventual interrupción del embarazo; la no imposición de

restricciones de comportamiento a la gestante de sustitución, o la decisión sobre cualquier incidencia en la gestación a nivel fetal o maternal.⁶⁷

6.2 Contenido esencial del convenio

- Forma

Debería de estar formalizado en documento público notarial, realizado con anterioridad al embarazo de la mujer gestante. Además dicho embarazo debería llevarse a cabo mediante inseminación artificial, en ningún caso con el material genético de la madre gestante. Siendo en todo momento el notario interviniente el que deberá constatar que se cumplen todos los presupuestos y conseguir las certificaciones legalmente establecidas.

A continuación, entraremos a analizar los puntos del convenio de gestación por sustitución:

La Instrucción de 5 de octubre de 2010 no establece nada acerca de la formalidad del convenio de gestación por sustitución realizado en un país extranjero, tan solo en su Exposición de Motivos se establece “el cumplimiento de los requisito de perfección” del contrato y la Directriz 1.3 a) exige la “autenticidad formal (...) de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado”. Por tanto, la conveniencia debería exigirse de forma pública, en concreto la escritura pública notarial. Sería el notario quién con arreglo a la vigente legislación notarial, quien constatará la plena capacidad de obrar de las partes contratantes, la edad requerida y, en especial, la libertad del consentimiento prestado por la mujer gestante, con el objetivo de evitar posibles errores o engaños y poniendo en todo momento en conocimiento del Juez o Ministerio Fiscal la posible concurrencia de violencia, coacción o intimidación. Además el notario deberá obtener las certificaciones medicas oportunas que se establezcan legalmente y garantizar el cumplimiento de cualquier otra exigencia regulada.

⁶⁷ Javier Martín. EL PAÍS “El presidente de Portugal veta la ley de “vientres de alquiler””. Lisboa – 8 de junio de 2016. [Consulta: 9/06/2016].

En cuanto al consentimiento, la mujer gestante deberá otorgarlo ante notario –con carácter previo a cualquier aplicación de un técnica de reproducción humana asistida. En definitiva, para lograr un verdadero supuesto de gestación por sustitución es imprescindible que el acuerdo o contrato de gestación sea previo al embarazo, y que éste se desarrolle en base al acuerdo y tenga su causa en él.

Este consentimiento debe ser prestado por escrito de manera libre, consciente y expresa por parte de la mujer gestante, sin incurrir en error, dolo, violencia o intimidación, y para garantizar que esta aceptación se ha llevado a cabo de manera libre y consciente es necesario que sea verificado por el notario.

En el caso de que la mujer decida colaborar en la procreación de terceras personas, su ayuda no se limita únicamente a la donación de su material genético o a la cesión de su útero para implantar un embrión ajeno, sino que puede llegar a comprometer también su integridad psicofísica. Es por ello, por lo que el apartado 3 d) de la primera Directriz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 establece que no se haya “*producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante*”; y también en esta misma Exposición de motivos se habla de constatar “*la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error, violencia o coacción o a la eventual presión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal (...) y verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores*”.

Antes de prestar dicho consentimiento, las madres gestantes deberán haber sido previa y debidamente informadas de los riesgos y de las condiciones de las posibles técnicas de fecundación in vitro e implantación del embrión, los aspectos médicos y legales de sus consecuencias, los datos de todos los exámenes medico-genético a los que sea sometida, etc. Además la utilización de estas técnicas de fecundación in vitro o afines serán llevadas a cabo de acuerdo y en los centros habilitados para ello según lo dispuesto en la

Ley 14/2006, de 26 de mayo⁶⁸, sobre técnicas de reproducción humana asistida u otra normativa que resulte de aplicación.

Para poder evitar complicaciones y dolorosos juicios de filiación, sería conveniente que el cónyuge o pareja de la mujer gestante preste su consentimiento al convenio de gestación por sustitución de manera libre, consciente y formal, ya que éste podría ejercer la acción de reclamación de paternidad, demostrando que el hijo la hija es realmente suyo e impugnar la filiación contradictoria determinadas a favor de los padres o madres contratantes (artículos 131 y ss. CC). Además, en el caso de que se trate de una mujer casada, el cónyuge de la mujer gestante gozará a su favor de la presunción de paternidad derivada del artículo 116 CC *“Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”*.

Por otro lado, también debemos tener presente la irrevocabilidad del consentimiento y la previa información de sus posibles consecuencias jurídicas a la mujer gestante. En este sentido, debemos tener en cuenta que la posibilidad de renunciar a la maternidad se encuentra ya contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, pues conforme al artículo 177.1 2ª CC, *la madre puede dar el consentimiento para dar el hijo en adopción, pero dicho consentimiento “no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto”*. Por ello, si aplicamos la analogía con lo dispuesto en dicho artículo, podría establecerse en la regulación del convenio de gestación por sustitución y que el plazo máximo para revocar el consentimiento prestado por la madre gestante en el contrato fuera de treinta días siguientes al parto.

Se trataría de establecer una irrevocabilidad inicial que garantizara una seguridad a la hora de celebrar el convenio y poder evitar posibles reclamaciones por gastos ocasionales y daños morales, así como acciones de reclamación de la filiación. En nuestro Ordenamiento jurídico, también existen casos de irrevocabilidad en negocios de Derecho de

⁶⁸ Artículo 4.1 *“La práctica de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida sólo se podrá llevar a cabo en centros o servicios sanitarios debidamente autorizados para ello por la autoridad sanitaria correspondiente (...)”*.

Familia, tales como la propia adopción la cual es irrevocable una vez transcurridos dos años desde su constitución, incluso aunque el padre o la madre que, sin culpa, no hubieren intervenido en el expediente de adopción o antes de dicho plazo, si la extinción o revocación solicitada perjudique gravemente el interés superior del menor (artículos 180.1 y 2 CC).

- Presupuestos exigidos a los padres o madres intervinientes en el contrato de gestación por sustitución:

✚ Es indiferente el estado civil y orientación sexual del padre o madre interviniente en el proceso, que el requisito es que sea mayor de veinticinco años.

Respecto de las parejas matrimoniales, la admisión en nuestro Ordenamiento jurídico del matrimonio entre personas del mismo sexo, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio⁶⁹, descarta la posibilidad de que se discrimine a las parejas homosexuales, ya compuestas por hombres o mujeres.

Se ha establecido la edad de veinticinco años y no la de dieciocho, aunque basta con esta última para alcanzar la mayoría de edad y obtener la plena capacidad de obrar (artículo 322 CC), salvo que concurra causa de incapacitación. La razón de exigencia de los veinticinco años se enlaza con el criterio establecido en el régimen de adopción (artículo 175.1 CC) y la excepción que supone respecto de la capacidad de obrar plena derivada de la mayoría de edad (artículo 322 CC). Por tanto, si el legislador exige que el adoptante sea mayor de veinticinco años, por la responsabilidad y madurez que supone la paternidad y maternidad subrogada, debería seguirse el mismo criterio para realizar el convenio de gestación por sustitución.

⁶⁹ BOE núm. 157 de 02 de Julio de 2005. “La ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición”

- ✚ Deberá acreditarse la imposibilidad biológica del embarazo o de llevarlo a cabo sin peligro grave para su salud o la del niño o niña. Para poder garantizar este presupuesto contractual de infecundidad, debería solicitarse por el Notario interviniente en el proceso, al tiempo de formalizarse el convenio de gestación por sustitución, una certificación medica expedido al menos por dos especialistas independientes, donde se confirme la imposibilidad absoluta o contraindicación grave de gestación respecto de la mujer interesada.

- ✚ El padre o madre interesado, si es soltero o soltera, o al menos uno de los padres o madres intervinientes, deberá aportar su material genético, salvo en los supuestos expresamente previstos legalmente.

- ✚ El contratante o contratantes aceptarán la posible discapacidad psíquica o física que puede tener el nacido, es decir, la persona soltera o la pareja contratante deberán firmar un acta de responsabilidad por el cual se comprometen a aceptar al niño o niña tal y como nazca. La irrevocabilidad del consentimiento ab initio y el surgimiento del derecho a la filiación del nacido desde el momento que tiene lugar la celebración del convenio de gestación por sustitución, impiden al contratante o contratantes renunciar al hijo o hija así nacido.
 - Presupuestos exigidos a la mujer gestante:

- ✚ La mujer gestante debe tener más de veinticinco años, buen y justificado estado de salud psicofísico certificado por dos especialistas independientes y plena capacidad de obrar.

Remitiéndome a esto último, se aplicarían las mismas premisas establecidas por los artículos 5 y 6 de la LTRHA, los cuales establecen que se deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio que incluirá las características fenotípicas y psicológicas de aquella, así como las condiciones clínicas y analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la

técnica existentes en el momento de la realización del convenio, que no padece enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Todos ello deberá certificarse por dos especialistas independientes, certificando que deberá aportar al Notario autorizante del convenio de gestación por sustitución.

- ✚ La mujer gestante deberá tener, por lo menos un propio hijo sano. Requisito que se exige, ya que la exigencia o resultado del convenio de gestación por sustitución es tener un hijo, no resultaría del todo adecuado hacer un convenio con alguien que nunca ha tenido un hijo o hija y no sabemos si puede o no tenerlos.
- ✚ La mujer contratada sólo podrá realizar este convenio dos veces, por la única razón de proteger su salud, interés que ya hemos recogido anteriormente .
- ✚ La futura madre tendrá que ser persona extraña a los contratantes o pariente colateral o por afinidad. Así se consigue descartar el parentesco por consanguinidad (en cualquier de sus grados).
- ✚ Tendrá derecho a una indemnización razonable por los gastos de embarazo y parto que no sean cubiertos por la Seguridad Social de la Comunidad Autónoma correspondiente. Con indemnizar o contribuir, no se trata de convertir la gestación por sustitución en una profesión o en un medio para que las mujeres puedan obtener ingresos permanentes, sino que sería conveniente que la mujer gestante tuviera una total devolución de los gastos ocasionados desde la inseminación artificial hasta el post-parto.

Además en nuestro Ordenamiento jurídico, esta obligación de compensar todos los gastos producidos deberá permanecer si la gestación no culmina por causas no imputables a la mujer gestante, esto es, por aborto espontáneo o inducido por circunstancia justificada sobrevenida respecto a ella o del concebido (“grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada”, “riesgo de graves anomalías en el feto”,

“anomalías fetales incompatibles con la vida” o que “se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave o incurable” (artículo 15 LO 2/2010).

Otro caso distinto, sería si la mujer gestante ejercitara el derecho a abortar contemplado en nuestra legislación, conforme al artículo 14 sobre la “Interrupción del embarazo a petición de la mujer” de la LO 2/2010.

En el caso de que la madre gestante decidiese ejercitar su derecho a interrumpir el embarazo, los padres o madres contratantes no podrían impedirlo, pero si que deberían establecerse cláusulas en el convenio para indemnizar no ya los gastos o daños materiales producidos, sino especialmente el daño moral que la interrupción del embarazo voluntario de la madre gestante producirá a los interesados en el nacimiento del bebé.

- ✚ La mujer deberá asumir y también su marido, si estuviera casada el riesgo de las consecuencias que le pueden producir el embarazo y el parto, comprometiéndose a seguir y cumplir todas las instrucciones que le sean dadas en los controles prenatales. Además debe comprometerse a llevar una vida saludable, es decir, no fumar, no tomar bebidas alcohólicas, no consumir drogas ilegales, así de abstenerse de realizar cualquier tipo de comportamiento que pueda perjudicar al embarazo.

Una vez presentadas las propuestas de regulación del convenio de gestación por sustitución, sería conveniente resolver algunas cuestiones que podrían surgir en torno a este convenio.

En primer lugar, para evitar problemas jurídicos entre parejas casadas o de hecho, homosexuales o heterosexuales, será conveniente que constatará claramente el consentimiento de ambos cónyuges o compañeros, de manera que, aunque fuera uno solo el que aportara el material genético, se aplicaría los mismos efectos a los ya regulados en los artículos 7 y 8 LTRHA (el hijo sería matrimonial o no matrimonial de ambos sin posibilidad de impugnación alguna).

Por otro lado, estaría el caso de que una vez nacido el hijo o la hija resulta no ser hijo o hija de quienes o quien aportó el material genético. En este caso la filiación materna quedará determinada legalmente respecto de la mujer gestante y respecto de la paternidad, se determinará respecto al marido de aquélla, ya que al ser ineficaz el convenio, volvería a regir la presunción de paternidad del artículo 116 CC, aunque con derecho a impugnar dicha atribución (artículo 136 CC⁷⁰). Sin embargo, si la concepción se produjo mediante reproducción asistida y el padre genético fuera un donante anónimo, no cabe acción de reclamación de filiación, tal y como establece el artículo 5.5ª LTRHA⁷¹.

Una vez que los contratantes deciden resolver o no el convenio de gestación por sustitución, la mujer gestante deberá devolver todo el dinero recibido, e indemnizar a estos por todos daños y perjuicios ocasionado, siempre que se demuestre que contribuyó al engaño dolosamente. También podrá reclamar la indemnización correspondiente al centro medico que llevó a cabo la fecundación artificial erróneamente.

Otro de los problemas que pueden surgir, es el relacionado con la presunción de paternidad matrimonial del marido de la mujer gestante derivado del artículo 116 CC. También el artículo 10.3 LTEHA establece que *“queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”*.

Por tanto, sería conveniente que el marido de la mujer gestante también interviniese en el convenio de gestación por sustitución dando su consentimiento a lo pactado en él de manera libre y voluntaria, y de esta manera evitar futuras reclamaciones de filiación que pudiera corresponderle en el caso de que aportara el material genético.

⁷⁰ “El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento”.

⁷¹ “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituya”

- Fallecimiento o declaración de fallecimiento de una o ambas personas contratantes.

En el hipotético caso de que fallecieran ambas personas contratantes, debería incluirse en el convenio de gestación por sustitución el nombramiento de un tutor del menor antes del nacimiento. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 229 CC “*Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo guardia se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieran, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados*”; sin olvidar tampoco que el artículo 230 CC establece que “*cualquier personas podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad Judicial el hecho determinante de la tutela*”. También podrían establecerse otros mecanismos legales de acogimiento (artículo 172 CC) o de adopción del nacido (artículos 175 y ss. CC).

En este caso de fallecimiento del contratante único o de ambos contratantes, sería conveniente aplicar en analogía con este caso los artículos 959 y ss. CC relativos a “*Las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta*”, es especial el artículo 964 “*La viuda (madre gestante) que queda encinta, aun cuando sea rica, deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, habida en consideración a la parte que en ellos pueda tener el póstumo, si naciera y fuera viable*”.

Y en caso de que solo falleciera uno, o es declarado fallecido uno de los padres o madres del convenio surtirá todos sus efectos sin modificación alguna, ya que la aportación del material genético por uno sólo de los comitentes no concedería preferencia sobre el otro, para impedir cualquier tipo de discriminación entre los comitentes.

Por último, sería conveniente hacer constatar de forma clara y precisa en el convenio la posible responsabilidad civil por los daños y perjuicios materiales y morales en la que incurriría la madre gestante una vez nacido el niño/a , en caso de incumplimiento de su deber contractual de entrega del nacido. Si esta obligación no se cumple de manera

voluntaria, los padres o madres contratantes podrán acudir al Juez para que intervenga e imponga la entrega inmediata del nacido, así como las posibles responsabilidades civiles correspondientes.

En caso de que las circunstancias fueran a peor, los padres o madres contratantes podrían acudir al Juez para intentar tomar medidas respecto de la mujer gestante. En particular, y acudiendo en analogía a los artículos 103.1 y 158 CC, si existiera riesgo fundado de sustracción del menor por la mujer gestante o sus familiares, podría solicitarse al Juez la adopción de prevenciones oportunas como la *“prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa”*, *“la prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido”*.

Por ello, debería introducirse en el convenio una cláusula en la que constatará la responsabilidad en la que se incurriría por no entregar al nacido. Y si existiese riesgo fundado de sustracción del menor podrá solicitarse al Juez que adoptara las medidas oportunas.

7. CONCLUSIÓN

La gestación por sustitución, conocida también como maternidad subrogada, es un tema en el que influyen diversos factores e intereses. Por un lado, encontramos a aquellos que consideran que se trata de contratos inmorales y que si se celebrase un convenio de dicha naturaleza sería de nulidad absoluta por estar las personas fuera del comercio. Otros establecen que esta practica supone la explotación de la mujer debido a que conlleva a la utilización de mujeres pobres por la ricas. Estos son algunos de los argumentos de aquellos que se muestran contrarios a esta practica. En cambio, otros consideran que no tiene por qué suponer ningún atentado a la dignidad del bebé y de la madre gestante el hecho de que un ser humano sea concebido mediante esta técnica.

En este sentido, no debemos negarle a estas personas el derecho de tener un hijo o una hija en estas circunstancias, a pesar de que existe la adopción y se puede considerar como una opción más.

En relación a este último punto, me gustaría decir que es verdad que el mundo hay millones de niños que esperan ser adoptados por familias, pero también hay muchas personas o parejas que desean tener un hijo biológico, y precisamente la gestación por sustitución te da esta posibilidad, siempre dentro de unos límites y garantías.

Entiendo que muchas personas no consideren la gestación por sustitución como una técnica de reproducción asistida más, por entender que se violan los derechos de la mujer gestante o del bebé nacido mediante esta practica, pero después de haber leído e investigado sobre el tema he llegado a la conclusión de que si se realizara un correcto convenio de dicha practica, tal y como he expuesto en el trabajo se podría legalizar sin vulnerar dichos derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- Carlos Martínez de Aguirre Aldaz. *Curso de Derecho Civil (IV) – Derecho de Familia* 4ª edición 2013, COLEX.
- Silvia Vilar González. “Situación actual de la gestación por sustitución”. Premio de artículos jurídicos “GARCÍA GOYENA” (2013-2014). Premio: segundo accésit. UNED. Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014.
- Aurelia Álvarez Rodríguez – David Carrizo Aguado. “*Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el derecho internacional privado español*”. Vlex España.
- Antonio J. Vela Sánchez (Profesor titular de Derecho Civil. Universidad de Sevilla. “El Derecho a recurrir a las madres de alquiler”. Diario La Ley. Nª 7608, Sección Doctrina, 11 Abril de 2011. Editorial la La Ley.
- Dr. Javier Martín Camacho, “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009, disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf> [fecha de consulta: 14 de junio de 2016]
- José López guzmán y Ángela Aparisi Miralles, "*Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*", Universidad de Navarra. Cuaderno de bioética, ISSN, Vol. 23, Nª 78, 2012.
- Mujeres en Red. Periódico Feminista. Artículo “No somos vasijas. Campaña contra los vientres de alquiler”, <http://www.mujeresenred.net> [fecha de consulta: 10/2/2016]

- Jiménez, M.E y Riesenberr, G. “La maternidad subrogada. Una realidad, Conflictos y Prácticas”. Revista de derecho de familia y de las personas, núm. 1, 2013.
- Santiago Roura Gómez. El País, “Gestación subrogada y derechos del menor. Denegar la inscripción en el registro de estos nacimientos es discriminatorio, <http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/>, 14 de julio de 2014.
- Eleonora Lamm. “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho”. Revista para el Análisis del Derecho. Núm. 3, 2012.
- Marta Serra Alcega. “*Reconocimiento de la maternidad subrogada en el derecho internacional privado español*”. Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 32, 2015-II.
- Profesionales por la Ética. “Informe: Vientre de alquiler. Una nueva forma de explotación de la mujer y de tráfico de personas”. Disponible <http://www.profesionalesetica.org> [Escrito el 5/05/2015]
- Carlos Lasarte Álvarez. “*La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria*”. Diario La Ley, ISSN, N^o 7777, 2012.
- Roncesvalles Barber Cárcamo (profesor titular de Derecho Civil. Universidad de la Rioja). “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España” (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirlo). Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 739, 2013.
- Daniela Jarufe Contreras. “*Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de*

reproducción asistida”. DYKINSON, SL-, 2013. Colección Monografías de Derecho Civil I Persona y Familia, Madrid 2013.

- María Victoria Jiménez Martínez. “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”. Anuario Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá), ISSN, N^o. 5, 2012.
- Alejandra Selma Penalva. “Vientres de alquiler y prestación de maternidad”. Revista doctrinal Aranzadi Social, núm. 9, 2013.
- Arteta Acosta Cindy. “Maternidad subrogada”. Revista ciencias biomédicas (artículo de revisión). Aceptada para publicación: febrero – 28- 2011.
- Javier Martín. EL PAÍS “El presidente de Portugal veta la ley de “vientres de alquiler””. Lisboa – 8 de junio de 2016. [Consulta: 9/06/2016].

ANEXOS

ANEXO I. RESOLUCIÓN D.G.R.N. DE 18 DE FEBRERO DE 2009.

RESUMEN:

Nacimiento: Solicitud de dos ciudadanos españoles de la inscripción de nacimiento de sus hijos acaecido en California mediante «gestación de sustitución». Valoración del interés superior de los menores. Estando la filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera y siendo españoles los «nacidos» de español o española, procede estimar el recurso y ordenar la inscripción en el Registro Consular.

HECHOS

Primero.-Mediante escrito presentado en el Registro Civil Consular de L. (Estados Unidos), Don I. y Don J., ambos ciudadanos españoles, solicitan la inscripción de nacimiento de sus hijos C. y M., nacidos en S. (Estados Unidos) el 24 de octubre de 2008 mediante "gestación de sustitución". Adjuntan como documentación: Certificados de nacimiento de los menores, certificados de nacimiento de los promotores, libro de familia de los interesados, que contrajeron matrimonio en V. el 30 de octubre de 2005.

Segundo.-El Encargado del Registro Civil Consular, mediante auto de fecha 10 de noviembre de 2008, deniega lo solicitado por los interesados, con invocación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, cuyo artículo 10.1 establece una categórica prohibición de la denominada "gestación de sustitución" con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, y cuyo artículo 10.2 establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, por tanto la mujer que da a luz, que en virtud de un contrato de gestación por sustitución que nuestro Derecho no reconoce como válido, será considerada como madre legal del niño.

Tercero.-Notificados los interesados, éstos interponen recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español.

Cuarto.-Notificado el recurso al Ministerio Fiscal, que no presenta alegación alguna al respecto, el Encargado del Registro Civil Consular remite el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.-Vistos los artículos 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre de 1989; 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Consejo de Europa) hecho en Roma el 4 noviembre 1950; 14 y 39 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978; 7.3 y 10 de la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida; 9.4, 12.4, 12.6 y 17.1 del Código Civil; 323.2º de la Ley de enjuiciamiento civil; 2 de la Ley del Registro Civil; 81, 85, 86 y 88 del Reglamento del Registro Civil y las Resoluciones de 23 noviembre 2006 y de 25 septiembre 2006.

Segundo.-La inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de sujeto español acaecido en el extranjero puede tener lugar a través de la correspondiente declaración del sujeto (art. 168 del Reglamento del Registro Civil) o a través de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido.

En el caso de inscripción del nacimiento por declaración, el Encargado del Registro deberá proceder a un control de legalidad de los hechos referidos en la declaración y de ésta misma. Para ello, el Encargado deberá aplicar las normas jurídicas pertinentes y si el supuesto presenta elementos extranjeros, deberá, en primer término, concretar la Legislación, española o extranjera, reguladora de dichos hechos y declaraciones. A tal efecto, el Encargado deberá aplicar inexcusablemente, las normas de conflicto españolas, que son aplicables de oficio (art. 12.6 del Código Civil). Es decir, en estos supuestos surge una cuestión de "Derecho aplicable" a ciertos hechos y declaraciones y ello exige la precisión de la Ley reguladora de los mismos a través de las normas de conflicto españolas.

Por el contrario, en el caso de inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido, la solución legal es completamente distinta. Una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Perspectiva metodológica que ha asumido nuestro legislador. En efecto, para estos supuestos, el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el art. 81 del Reglamento del Registro Civil. La certificación registral extranjera constituye una "decisión" adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una "decisión extranjera" en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de "Derecho aplicable", sino una cuestión de "validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España", en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro.

La aplicación del art. 81 del Reglamento del Registro Civil excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del art. 9.4 del Código Civil. Por tanto, también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son sólo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una "decisión" por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación.

Tercero.-Con arreglo al art. 81 del Reglamento del Registro Civil, el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. En efecto, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil acoge otra perspectiva diametralmente opuesta: las certificaciones registrales extranjeras deben superar, naturalmente, un "control de legalidad", pero dicho control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española. Esta solución es lógica y se explica por varias razones, que a continuación se exponen separada y sucesivamente, aunque todas tengan importancia similar o pareja.

En primer lugar, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría desconocer que cada Estado dispone de su propio Derecho y de su propio sistema de Derecho internacional privado, y que, como regla general, y en virtud del principio de exclusividad del Derecho internacional privado, las autoridades públicas de un Estado sólo aplican a la resolución de los casos internacionales que se les plantean, sus propias normas de Derecho internacional privado.

En segundo lugar, pero no en menor importancia, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría también un perjuicio muy notable para la seguridad jurídica, valor superior de un ordenamiento jurídico consagrado en el artículo 9 de la Constitución Española, en el contexto internacional. En efecto, un mismo caso podría ser resuelto de una manera distinta en Estados distintos, de modo que la situación jurídica válidamente creada y legalmente existente en un Estado resultaría inexistente y/o inválida en España. Ello no es deseable, pues las posiciones jurídicas de los particulares cambiarían de Estado a Estado, y se quebraría la coherencia de reglamentación de las situaciones privadas internacionales y su continuidad en el espacio, como ha subrayado recientemente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJUE de 2 de octubre de 2003, García Avello, y STJUE de 14 de octubre de 2008, Grunkin-Paul). Por otra parte, en el contexto internacional, la

realización efectiva de la "tutela judicial" exige que la solución jurídica alcanzada en un Estado sea segura, estable y continua. Así, con carácter general, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el derecho a un proceso equitativo (art. 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 noviembre 1950) comprende el derecho de "acceso a un tribunal" y el derecho a una "ejecución efectiva de la decisión obtenida" (STEDH de 19 de marzo de 1997, caso Hornsby vs. Grecia). La tutela judicial efectiva exige evitar, hasta donde sea posible, las "decisiones claudicantes", inefectivas e inejecutables en el extranjero. Ello conduce a una clara conclusión: el Derecho internacional privado español se orienta, como regla general, hacia la admisión de los efectos jurídicos en España de las decisiones extranjeras para así ajustarse, como no puede ser de otro modo, a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución española) y al derecho a un "proceso equitativo" (art. 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 noviembre 1950).

En tercer lugar, a mayor abundamiento, exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría igualmente para los particulares un elevado coste, pues les obligaría a volver a plantear la cuestión jurídica ante las autoridades españolas, de modo que la certificación registral extranjera no superaría el "cruce de frontera" y carecería de todo efecto jurídico en España. Con ello, además, la economía procesal sufriría un fuerte daño y se fomentarían los "dobles procedimientos", lo que perjudicaría no sólo a los particulares, sino a los Estados implicados. Es por ello que el art. 81 del Reglamento del Registro Civil permite que las certificaciones registrales extranjeras puedan acceder al Registro Civil español, ya que de ese modo, se evitan dobles procedimientos y se respeta la economía procesal.

Cuarto.-El art. 81 del Reglamento del Registro Civil dispone que: "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". A tenor de dicho precepto, el documento extranjero debe satisfacer diversas exigencias legales para acceder al Registro

Civil español. Tales exigencias legales conforman el control de legalidad requerido a las certificaciones registrales extranjeras. Dicho control de legalidad se compone de diversos requisitos.

En primer lugar, se exige que la certificación registral extranjera sea un documento "público", esto es, un documento autorizado por una autoridad extranjera. Con arreglo al art. 323.2º de la Ley de enjuiciamiento civil, 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" (art. 323.2º de la Ley de enjuiciamiento civil) y siempre que se acompañe de la correspondiente legalización (art. 88 del Reglamento del Registro Civil) o apostilla. Debe recordarse que quedan eximidos de legalización los documentos cuya autenticidad le consta directamente al Encargado del Registro, o los que le han llegado por vía oficial o por diligencia bastante. En el presente caso, no cabe dudar, ni se ha dudado, de la autenticidad de la certificación registral extranjera, que se ha presentado con las exigencias formales exigidas por la legislación española. Por otro lado, se exige igualmente que el documento se presente con la correspondiente traducción (art. 86 del Reglamento del Registro Civil), como también ha sucedido en el caso.

En segundo lugar, se requiere también que la certificación registral extranjera haya 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 del Reglamento del Registro Civil, 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 noviembre de 2006, RDGRN de 25 septiembre de 2006). Nada hay que dudar en el presente supuesto, en el que la autoridad registral californiana no se ha limitado a "dar fe" de unas manifestaciones de voluntad de los interesados, sino que ha intervenido en la constatación

registral del nacimiento y de la filiación, con un grado de implicación sustancial y constitutivo, es decir, mediante un control del ajuste de los hechos y de los actos a la Ley aplicable. 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.

En tercer lugar, se deduce del art. 81 del Reglamento del Registro Civil la necesidad de un control de legalidad del acto contenido en la certificación registral extranjera. Al Registro Civil español sólo acceden documentos en los que constan actos presumiblemente "válidos", lo que se acredita con la función de la calificación de la certificación extranjera presentada, que debe realizar el Encargado. No obstante, a tal efecto, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil no exige que se lleve a término una aplicación de las normas de conflicto españolas y de la Ley española o extranjera a la que conducen tales normas de conflicto españolas, como antes se ha adelantado. El art. 81 del Reglamento del Registro Civil no exige que la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera sea "idéntica" a la solución jurídica que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de las normas legales españolas, como tampoco se exige que la Ley extranjera designada por nuestras normas de conflicto presente un contenido "idéntico" al de las Leyes españolas (vid. art. 9.4 del Código Civil). Lo que exige el art. 81 del Reglamento del Registro Civil es que la certificación registral extranjera cumpla con determinadas exigencias imperativas ineludibles para que pueda tener "fuerza en España" y acceder, de ese modo, al Registro Civil español. Aparte la exigencia de la competencia de la autoridad registral extranjera y del respeto, en su caso, de los derechos de defensa de los interesados, extremos de los que no cabe dudar en el presente caso, se exige, como no puede ser de otro modo, que la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español.

Quinto.-En relación con el ajuste al orden público internacional español de la certificación registral californiana presentada, debe subrayarse que dicha certificación registral extranjera no vulnera dicho orden público internacional. En efecto, dicha certificación no lesiona los principios jurídicos básicos del Derecho español que garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española. Es decir, la incorporación de esta certificación registral extranjera al orden jurídico español no daña los intereses generales, esto es, no perjudica la estructura jurídica básica del Derecho español y, por ello, tampoco lesiona la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad española. En consecuencia, la introducción en la esfera jurídica española de la certificación extranjera presentada no altera el correcto y pacífico funcionamiento de la sociedad española, como estructura supraindividual, establecido por el legislador. En concreto, **el ajuste de la certificación registral extranjera presentada al orden público internacional español se explica por los siguientes motivos.**

En primer término, la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español ya que también en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 de la Constitución española). Si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales.

En segundo término, la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español, ya que en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo (art. 7.3 de la Ley 14/2006). Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el art. 14 de la Constitución Española de 27 diciembre 1978.

En tercer lugar, el interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero y en la certificación registral extranjera a favor de dos mujeres o dos varones. En efecto, en el caso de rechazar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, podría resultar que los hijos, de nacionalidad española, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil. Ello vulnera el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (BOE núm.313 de 31 diciembre 1990), en vigor para España desde el 5 enero 1991, cuyo texto indica que: "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas." Denegar la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral extranjera vulnera también el citado precepto por cuanto el interés superior de los menores, recogido en el art. 3 de la citada Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño "la protección y el cuidado que [son] necesarios para su bienestar".

En cuarto lugar, debe recordarse que el "interés superior del menor" al que alude el antes citado art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 se traduce en el derecho de dicho menor a una "identidad única", como ha destacado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE 2 octubre 2003, caso G. A., STJUE 14 octubre 2008, caso G. -P.). Este derecho de los menores a una identidad única se traduce en el derecho de tales menores a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera. La inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil español es el modo más efectivo para dar cumplimiento a este derecho de los menores a su identidad única por

encima de las fronteras estatales. Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea presenta un valor supracomunitario, ya que no se trata, meramente, de subrayar el derecho a la identidad única de los ciudadanos comunitarios, sino que se trata de una jurisprudencia que destaca el derecho a una identidad única referido a los menores. Ello encaja con el interés superior del menor recogido en el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989.

En quinto lugar, es preciso recordar que en el Derecho español, la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la "vinculación genética" entre los sujetos implicados, como se deduce el antes citado art. 7.3 de la Ley 14/2006, precepto que permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo. Por ello, no existen obstáculos jurídicos a la inscripción en el Registro Civil español de una certificación registral extranjera que establezca la filiación en favor de dos varones españoles.

En sexto lugar no cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley, fenómeno al que aluden el art. 12.4 del Código Civil para los casos internacionales y, en general, el art. 6.4 del Código Civil. Los interesados no han utilizado una "norma de conflicto" ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California. Y tampoco se puede estimar que los interesados hayan incurrido en el conocido como "Forum Shopping fraudulento" al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española. En efecto, la certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa estado de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible erga omnes. Dicho aspecto debe ser vinculado con el interés del menor, que es un interés "superior" (vid. de nuevo el citado art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989), de forma, modo y manera que dicho interés se impone sobre cualquiera

otra consideración en juego, tal y como podría ser la represión de movimientos presuntamente fraudulentos a los que, por cierto, el auto recurrido denegatorio de la inscripción ni siquiera se ha referido. Y el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones.

En séptimo lugar, es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas (vid. art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Es indudable también que "la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto" (art. 10.2 de la Ley 14/2006). Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el "Derecho aplicable" a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español. Tampoco se pretende, de ningún modo, con la inscripción en el Registro Civil de la certificación registral californiana de nacimiento de los nacidos, la ejecución o el cumplimiento de un presunto contrato de gestación por sustitución. Es claro que la certificación registral californiana se expide a los solos efectos de acreditar la identidad de los nacidos, y establece una presunción de paternidad que puede ser destruida por sentencia judicial (California Family Code section 7611). Ahora bien, debe recordarse que la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana surte los efectos jurídicos señalados por las Leyes registrales españolas (vid. art. 2 Ley del Registro Civil). Por ello, cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de "cosa juzgada". Y debe también subrayarse que en la certificación registral expedida por las autoridades californianas no consta en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución. En la disyuntiva de dejara unos menores que son

indudablemente hijos de ciudadano español (art. 17.1 del Código Civil) sin filiación inscrita en el Registro Civil y admitir una situación de no certeza en la filiación de los menores en la que dichos menores cambiarían de filiación cada vez que cruzan la frontera de los Estados Unidos con destino a España y viceversa, lo que vulneraría el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, o de permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación determinada en virtud de la certificación californiana, siempre es preferible proceder a dicha inscripción en nombre del "interés superior del menor".

Sexto.-Debe por último recordarse que los menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española con arreglo al art. 17.1.a) del Código Civil, ya que son españoles de origen los nacidos de español o española. El precepto citado se refiere a los "nacidos" de padre o madre españoles y no a los "hijos" de padre o madre españoles. Se trata ésta de una precisión legal extraordinariamente importante incorporada por la Ley 18/1990 de 17 diciembre 1990 sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad. En efecto, según el criterio *yus sanguinis* acogido en el art. 17.1.a) del Código Civil son españoles los hijos de españoles. Pero ello plantea un "problema circular". En efecto, cuando no está acreditada la filiación del hijo se podría producir un "círculo vicioso" o situación de "doble espejo", pues es necesario saber qué "filiación" ostenta el sujeto para determinar si ostenta o no ostenta "nacionalidad española", mientras que es necesario también saber qué "nacionalidad" ostenta el sujeto para saber cuál es su "filiación" (art. 9.4 del Código Civil), es decir, quiénes son sus padres. Pues bien, el art. 17.1 a) del Código Civil utiliza la expresión "nacidos" de padre o madre españoles, porque con dicha expresión deshace el *circulus nextricabilis* y rompe el "doble espejo". El art. 17 Ce. indica que son españoles los "nacidos" de padre o madre españoles. Por tanto, el precepto no exige que haya quedado "determinada legalmente" la filiación. Es suficiente que quede acreditado el "hecho físico de la generación". Por ello, para considerar "nacido" de español a un individuo, basta que consten "indicios racionales de su generación física por progenitor español". Por ejemplo, por posesión de estado o inscripción en el Registro Civil (RDGRN de 7 de mayo de 1965, RDGRN de 4 febrero de 1966, RDGRN de 29 de diciembre de 1971, RDGRN de 19 de diciembre de 1973, RDGRN de 11 de agosto de 1975, RDGRN de 19 de enero de 1976,

RDGRN de 11 de abril de 1978, RDGRN de 7 de mayo de 1980, RDGRN de 5 de marzo de 1986, RDGRN de 28 de octubre de 1986 y Circular DGRN de 6 junio de 1981). En este caso, pues, no es precisa la determinación legal de la filiación de los "nacidos", con lo que no es necesario recurrir al art. 9.4 del Código Civil y a la Ley nacional del "nacido" para acreditar de quién es "hijo". En consecuencia, al tratarse en el presente caso de la inscripción del nacimiento y filiación de sujetos españoles al ser nacidos de progenitor español, procede su acceso al Registro Civil español (art. 15 de la Ley del Registro Civil).

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, que procede:

1.º Estimar el recurso y revocar el auto apelado.

2.º Ordenar que se proceda a la inscripción, en el Registro Civil Consular, del nacimiento de los menores C. y M., que consta en la certificación registral extranjera presentada, con las menciones de filiación constantes en la certificación registral aportada, de la que resulta que son hijos de Don I. y de Don J.

ANEXO II. LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010

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 a las reglas generales.

Esta previsión legal contempla la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica, por los medios ordinarios regulados en nuestra legislación, permitiendo la inscripción del menor en el Registro Civil. En efecto, el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, 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 Judicial.

Pese a que, como se ha indicado, la legislación española regula otras vías legales que permiten la atribución de paternidad del nacido, ante esta Dirección General ciudadanos españoles han interpuesto recurso contra resoluciones de distintos encargados de Registros civiles consulares, que deniegan la inscripción del nacimiento de niños nacidos en el extranjero de madres gestantes que, en virtud de un contrato de gestación de sustitución, han renunciado a su filiación materna.

Esta Dirección General ya dictó una Resolución fechada el 8 de febrero de 2009 en la que se ordenaba la inscripción en el Registro Civil de un nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución. La inscripción registral practicada en ejecución de la referida Resolución ha sido recurrida en sede judicial.

Atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida. Dicha protección constituye el objetivo esencial de la presente Instrucción, contemplado desde una perspectiva global, lo que comporta, al menos, abordar tres aspectos igualmente importantes: en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los

Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

Junto a los del menor, deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres.

Dentro de las competencias de ordenación y dirección que ostenta la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los Registros civiles en virtud de las atribuciones que le confiere el artículo 9 de la Ley del Registro Civil y 41 del Reglamento del Registro Civil, mediante la presente Instrucción se fijan las directrices para la calificación de los Encargados del Registro Civil en relación con las solicitudes de inscripción de nacimiento formuladas por ciudadanos españoles, de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución. A estas directrices deberá ajustarse la práctica registral en esta materia en beneficio de su conveniente uniformidad y de la deseable seguridad jurídica.

Para garantizar la protección de dichos intereses, la presente Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente. La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.

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 presente Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.

En relación con el reconocimiento de la resolución que determina la filiación del menor, dictada por Tribunal extranjero, la presente Instrucción incorpora la doctrina plenamente consolidada por el Tribunal Supremo. De acuerdo a esta doctrina, serán de aplicación los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881, preceptos que mantuvieron su vigencia tras la entrada en vigor de la LEC 2000, en virtud de los cuales, será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el artículo 955 de la LEC 1881 tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas, fiscales, administrativas y del orden social. No obstante, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones, que su inscripción no queda sometida al requisito del exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.

En definitiva, si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el exequátur de ésta de acuerdo a lo establecido en la LEC. Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción.

En los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por exequátur, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana y artículos 764 y siguientes de la LEC.

En consecuencia, esta Dirección General, en ejercicio de las competencias que le vienen atribuidas por el artículo 9 de la Ley del Registro Civil, 41 de su Reglamento y 7 del Real Decreto 1125/2008, de 4 de junio, ha acordado establecer y hacer públicas las siguientes **directrices**:

Primera.-

1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.

3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:

a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

d) 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.

e) 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.

Segunda.- En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

ANEXO III. INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR PARA LA APROBACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Texto de la ILP

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

La evolución del modelo de familia ha ido pareja con el avance científico aplicado a la planificación familiar y a las técnicas de reproducción asistida que, especialmente a partir de las últimas décadas del siglo pasado, dieron solución a los problemas de esterilidad en la pareja para, posteriormente y gracias a la evolución de las técnicas de reproducción asistida, extender su ámbito de actuación a la prevención de la aparición de enfermedades a través de la selección de pre embriones y el diagnóstico genético preimplantacional; lejos quedan ya los tiempos en los que los denominados “bebés probeta” eran noticia. La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA) supuso la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas y, en consecuencia, la seguridad jurídica para los profesionales que intervienen en dichas técnicas pero, de forma muy especial, para quienes las utilizan como medio de acceso a la paternidad o maternidad y las personas cuya vida es fruto de la aplicación de dichas técnicas.

II

La LTRHA -en su artículo 10- reconoce como un hecho la gestación subrogada pero la excluye de su ámbito de regulación, al considerar nulo cualquier contrato que suponga la renuncia por parte de una mujer a la filiación materna. La Ley se acoge así al principio del derecho romano mater semper certa est y dispone que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

Este precepto de la LTRHA no ha sido óbice para que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General del Registro y el Notariado (DGRN) haya supuesto la posibilidad de inscribir en el Registro Civil español una relación de filiación declarada por un Tribunal extranjero y haciendo así factible, en palabras de la propia Instrucción, la continuidad transfronteriza de una relación de filiación que, obviamente, implica responsabilidades parentales. Y ello aunque esta relación de filiación sea fruto de una

gestación subrogada, con lo que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN dejó sin contenido efectivo la nulidad del contrato de gestación subrogada contenida en la LTRHA, al hacer posible la inscripción en el Registro Civil español del deseado fruto de este contrato, con la única condición de que no se haya formalizado en España.

La citada Instrucción vela también por el interés superior del menor, contenido normativamente en la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, adoptada por Naciones Unidas y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. Y entre otros derechos, esta Convención incluye los del menor a tener los mismos padres en todos los países y a tener una nacionalidad, cuestiones a las que la Instrucción referenciada da respuesta, como no podía ser de otra manera, permitiendo a la vez que dando garantías a la inscripción en el Registro Civil español de menores nacidos mediante gestación subrogada en otros estados.

El ejercicio de pragmatismo de la citada Instrucción constituye la legalización de facto de la gestación por subrogación en España. Esa legalización fáctica no tiene hoy un alcance residual, ya que son numerosas las familias españolas que tienen hijos fruto de la gestación subrogada aunque, eso sí, el acceso a esta técnica de reproducción asistida está limitada a las personas con suficientes recursos económicos y socioculturales para emprender esa vía de acceso al hecho parental fuera de nuestras fronteras. Con ello se conculca el principio constitucional de la igualdad.

III

Hoy la gestación por subrogación constituye una realidad tanto en España como en los países de nuestro entorno, y se ve con la misma naturalidad que otras expresiones de los cambios de percepciones sociales ante instituciones ligadas a nuevos modelos familiares que tienen como denominador común el fijar el marco jurídico en el cual las personas quieren expresar su propia concepción de las relaciones familiares y asumir la condición de progenitores. Piénsese en normas específicas al respecto como la del matrimonio entre personas del mismo sexo (Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio) o la de adopción internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional).

Son normas que regulan y garantizan derechos, no desnaturalizan las instituciones y son fruto de la interpretación evolutiva de la Constitución y su acomodo a la realidad de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, en conceptos empleados en la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 6 de noviembre de 2012, que avala el matrimonio entre personas del mismo sexo. En esta sentencia también se destaca que la nueva configuración de esa institución familiar no la convierte en irreconocible en la sociedad española actual, algo completamente aplicable a la gestación por subrogación.

IV

Ya desde Roma, en los tiempos de las XII Tablas, se produce una preocupación jurídica por la familia como manifestación social, y especialmente de su función como garante social del hecho reproductor. Pese a los sucesivos e intensos intentos de imposición de una determinada moral, siempre el Derecho de Familia ha tenido un trasfondo pragmático, traducido en garantizar la procreación, sin la cual no sólo la propia familia sino la especie humana se extinguiría. En nuestra historia más reciente, declaraciones y convenciones internacionales protegen a la familia y garantizan los derechos de cada uno de sus miembros, todo ello plasmado en el artículo 39 de la Constitución.

El Derecho de Familia se ha enfrentado en las últimas décadas a los sucesivos retos planteados por los avances en Medicina y Biotecnología. Esos avances científicos aplicados a la técnicas de reproducción asistida han cuestionado antiguos paradigmas, poniéndose en entredicho cuestiones como la maternidad, la paternidad y la filiación, como destacó el legislador en la exposición de motivos de la antigua Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Todo ello ha supuesto para el legislador español pasar de la fase de prevalencia de las presunciones respecto a la filiación, contenida en el artículo 116 del Código Civil, a la de prevalencia del consentimiento en la reproducción humana asistida, sin olvidar la posibilidad de la investigación biológica de la paternidad posibilitada por el descubrimiento del ADN y positivada en el artículo 39.2 de la Constitución de 1978.

V

La presente Ley tiene el objetivo de regular la gestación subrogada y garantizar los derechos de todas las personas que intervienen en el proceso, y de forma muy especial, de los menores fruto de esta técnica de reproducción asistida. La finalidad de la iniciativa es también extender la posibilidad de acceder a la gestación subrogada -acceso ahora reservado a los más pudientes- y facilitar con ello la debida tutela de los diferentes derechos.

El Capítulo I de la Ley fija el objeto y el ámbito de la misma, define a los actores del proceso y la propia técnica y las condiciones personales de su aplicación.

En el Capítulo II de la Ley se aborda la forma cómo debe llevarse a cabo el proceso y se concretan las garantías para todos los intervinientes en el mismo, además de fijar el contenido mínimo del contrato de gestación por subrogación y formular las previsiones legislativas oportunas para la inscripción registral de la filiación y las previsiones en caso de premoriencia de los progenitores subrogantes.

Por último, en el Capítulo III se determina la creación del Registro nacional de gestación por subrogación.

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES.

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley.

1. Esta Ley tiene por objeto regular la gestación por subrogación.

2. A los efectos de esta Ley se entiende por:

a) **Gestación por subrogación.** La técnica de reproducción humana asistida por la que una mujer acepta ser la gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida contempladas por la ley y dar a luz al hijo de otras personas o persona (progenitores subrogantes).

b) **Progenitor o progenitores subrogantes.** La persona o personas que acceden a la paternidad mediante la gestación por subrogación, aportando o no su propio material genético.

c) **Mujer gestante por subrogación.** Es la persona que, sin aportar material genético propio y mediante un contrato de gestación por subrogación, consiente y acepta someterse a técnicas de reproducción asistida humana con el objetivo de dar a luz al hijo del progenitor o progenitores subrogantes, sin que en ningún momento se establezca vínculo de filiación alguno entre la mujer gestante por subrogación y el niño o niños que pudieran nacer como fruto de esta técnica.

d) **Contrato de gestación por subrogación.** Documento público por el que una pareja - formada por personas de igual o diferente sexo- o una persona, acuerdan o acuerda con una mujer que ésta será la gestante por subrogación.

Artículo 2. Condiciones personales de la aplicación de la técnica.

1. La gestación por subrogación se realizará solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no suponga riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer gestante por subrogación o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer gestante, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de los riesgos y de las condiciones de la técnica.
2. El progenitor o progenitores subrogantes deberán haber agotado o ser incompatibles con otras técnicas de reproducción humana asistida.
3. La utilización auxiliar de las técnicas de fecundación in vitro o afines que sean necesarias para la gestación por subrogación será llevada a cabo de acuerdo y en los centros habilitados para ello según lo dispuesto al respecto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida u otra normativa que resulte de aplicación.

CAPÍTULO II. PARTICIPANTES Y CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN.

Artículo 3. Mujer gestante por subrogación.

1. La mujer gestante por subrogación deberá tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias fijadas para los donantes en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Deberá haber gestado al menos un hijo sano con anterioridad, que éste esté vivo, disponer de una situación socio-económica estable y haber residido en España durante los dos años inmediatamente anteriores a la formalización del contrato de gestación por subrogación.
2. La gestación subrogada nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar las molestias físicas, los gastos de desplazamiento y laborales y el lucro cesante inherentes al procedimiento, y proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pre-gestacional, la gestación y el post-parto. La compensación económica será con cargo a los progenitores subrogantes y a beneficio de la mujer gestante. Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la gestación subrogada deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentarse mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos.
El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la gestación.
3. La percepción de las compensaciones por gestación subrogada estarán exentas de tributación en el IRPF.

4. La mujer gestante por subrogación podrá tener o no cualquier clase de vínculo con los progenitores por subrogación.

5. La mujer gestante por subrogación será beneficiaria de un seguro -que deberán tomar a su cargo los progenitores o el progenitor subrogante- que cubra, con hasta 1 millón de euros, las contingencias que puedan derivarse como consecuencia de la aplicación de la técnica de reproducción asistida y posterior gestación, y en especial, en caso de fallecimiento, invalidez o secuelas físicas.

Artículo 4. Progenitores o progenitor subrogantes.

Podrán ser progenitores o progenitor subrogantes todas las personas que, cumpliendo las condiciones fijadas en el artículo 2 de la presente Ley, formalicen el contrato de gestación por subrogación de acuerdo con la misma.

En el caso de parejas, las personas que la integren deberán estar unidas por el vínculo matrimonial, estar inscritas como pareja de hecho o mantener una relación análoga a las anteriores.

El progenitor o progenitores subrogantes deberán ser españoles o haber residido en España durante los dos años anteriores a la formalización del contrato de gestación por subrogación. En caso de parejas progenitoras subrogantes bastará que uno de sus miembros cumpla la condición.

Artículo 5. La transferencia embrionaria y el parto de la mujer gestante por subrogación.

1.- La transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación se hará de acuerdo con lo previsto, en lo que respecta a técnicas y eventuales donantes de material genético, en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, teniendo las terceras personas que eventualmente intervengan en el proceso los derechos y obligaciones contenidos en dicha Ley. Estas técnicas sólo podrán aplicarse en la mujer gestante por subrogación una vez cumplidos los requisitos fijados por la presente Ley.

2.- Los progenitores subrogantes se harán cargo, a todos los efectos, del niño o niños nacidos inmediatamente después del parto.

3.- Si durante la gestación subrogada se produjesen algunas de las circunstancias previstas para la interrupción del embarazo en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la mujer gestante por subrogación podrá libremente adoptar la decisión que estime oportuna en el marco de la Ley.

4.- Si la mujer gestante por subrogación se acoge a la interrupción del embarazo por las causas previstas en el artículo 14 de la referida Ley Orgánica 2/2010, deberá devolver cualquier cantidad que hubiese recibido de los progenitores subrogantes e indemnizarles por los daños y perjuicios causados; esta decisión de la mujer gestante por subrogación

supondrá su exclusión del Registro nacional de gestación por subrogación.

Artículo 6. El contrato de gestación por subrogación.

1. La mujer gestante por subrogación y el progenitor o progenitores subrogantes deberán otorgar ante notario -con carácter previo a cualquier aplicación de una técnica de reproducción humana asistida- el contrato de gestación por subrogación, redactado con sujeción a la presente Ley, y al que necesariamente se anexará el justificante de la inscripción de la mujer gestante por subrogación en el Registro. También antes de cualquier aplicación de una técnica de reproducción humana asistida, el contrato deberá ser presentado ante el Registro nacional de gestación por subrogación.

El contrato de gestación por subrogación contendrá, como mínimo, las siguientes previsiones:

- a) Compensación económica que percibirá la mujer gestante por subrogación y forma y modo de percepción.
- b) Técnicas de reproducción humana asistida que se emplearán.
- c) Forma, modo y responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación y previsión del lugar del parto.
- d) Designación de tutor, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 223 del Código Civil.
- e) Detalles del seguro al que hace referencia el artículo 3.5 de la presente Ley.

Artículo 7. Filiación de los hijos nacidos mediante gestación por subrogación.

1. La filiación de los nacidos mediante gestación por subrogación se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en el artículo siguiente.

2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

Artículo 8. Determinación legal de la filiación.

1. La persona o personas progenitores subrogantes, cuando hayan formalizado el contrato de gestación por subrogación y se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación, no podrán impugnar la filiación del hijo nacido como consecuencia de tal gestación.

2. A los efectos previstos en el artículo 43 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, serán los progenitores o progenitor subrogantes los obligados a promover la inscripción correspondiente, debiendo aportar copia autenticada del contrato de gestación por subrogación debidamente registrado.

3. La revelación de la identidad de la mujer gestante por subrogación o del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5. de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida no implica en ningún caso determinación legal de

la filiación.

Artículo 9. Premoriencia de uno de los dos progenitores subrogantes.

1. En el supuesto de que el progenitor subrogante supérstite decida continuar con el proceso, no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y la persona fallecida cuando no se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación ni el material reproductor del progenitor subrogante fallecido -en el caso de que debiera aportarlo- no se halle en el útero de la mujer gestante por subrogación en momento de la muerte del progenitor subrogante que aporte material genético.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el progenitor subrogante podrá prestar su consentimiento, en el contrato de gestación subrogada, para que su material reproductor -si deba aportarlo- pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para la fecundación y posterior transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación.

El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

Artículo 10. Premoriencia de los dos progenitores subrogantes o del progenitor subrogante único.

En el supuesto de fallecimiento durante la gestación de los dos progenitores subrogantes o de quién fuera progenitor subrogante único, el contrato de gestación por subrogación mantendrá su validez a efectos de determinar la filiación, estando obligados a promover la inscripción por la declaración correspondiente las personas determinadas en el artículo 43 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil.

CAPÍTULO III. REGISTRO DE GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN.

Artículo 11. Registro nacional de gestación por subrogación.

1. El Registro nacional de gestación por subrogación, adscrito al ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, es aquel registro administrativo en el que se inscribirán las mujeres que deseen ser gestantes por subrogación y conozcan el marco jurídico de dicha gestación. El Registro, en una sección específica, registrará también los contratos de

gestación por subrogación que se otorguen.

En cualquier caso, para suscribir en calidad de mujer gestante por subrogación un contrato de gestación subrogada será condición estar inscrita en el Registro.

2. Las personas que quieran ser progenitores subrogantes y no conozcan directamente una mujer inscrita en el Registro con la que suscribir el contrato de gestación subrogada, podrán dirigirse al Registro para que éste les facilite la identidad de una persona idónea que desee ser mujer gestante por subrogación, previa autorización expresa de ésta.

3. El Gobierno, previo informes del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y mediante real decreto, regulará la organización y funcionamiento del registro nacional.

Disposición derogatoria única. A la entrada en vigor de esta Ley quedan derogadas todas las disposiciones normativas que se le opongan y, en particular, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Disposición final primera. Título competencial. Esta Ley, que tiene carácter básico, se dicta al amparo del artículos 149.1.8, 149.1.15 y 149.1.16 de la Constitución.

Disposición final segunda. Desarrollo normativo. Se faculta al Gobierno para dictar cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de esta Ley.

Disposición final tercera. Entrada en vigor. La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación.