



**MATERNIDAD SUBROGADA: EFICACIA EN
ESPAÑA DE LAS CERTIFICACIONES
EXTRANJERAS**

TRABAJO DE FIN DE GRADO CURSO 2014/2015

AUTOR: PABLO PAZ MARTÍN

TUTOR: LUIS FRANCISCO CARRILLO POZO

DOCTOR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN.....	4
1. La Maternidad subrogada.....	6
1.1 Concepto y modalidades.....	6
1.2 Los acuerdos de maternidad subrogada internacionales.....	8
1.3 La situación en algunos países de la Unión Europea.....	10
2. La maternidad subrogada en España.....	19
2.1 El reconocimiento en España de las decisiones extranjeras.....	19
2.2 El reconocimiento en España de la filiación derivada de los acuerdos de maternidad subrogada.....	21
2.3 La situación actual de la maternidad subrogada en España.....	23
2.4 Tratamiento jurisprudencial. Caso concreto.....	24
2.4.1 Del inicio del proceso.....	24
2.4.2 Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009.....	25
2.4.3 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, sentencia nº 193/2010 de 15 de septiembre de 2010.....	26
2.4.4 Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.....	27
2.4.5 Sentencia de la AP de Valencia, sección 10ª, de 23 de noviembre de 2012.....	29
2.4.6 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil) Sentencia núm. 835/2013 de 6 de febrero de 2014.....	30
2.4.7 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 2 de Febrero de 2015.....	34
2.4.7.1 Comparativa entre el caso español y las resoluciones del TEDH.....	37
2.5 Doctrina creada por nuestros tribunales en el caso tratado y comentario a la misma.....	39
2.5.1 Del reconocimiento.....	39
2.5.2 Del orden público.....	40

2.5.3 El interés superior del menor.....	41
2.6 Posición de la DGRN.....	44
2.7 Necesidad de una regulación.....	46
2.8 Consideraciones finales.....	47
3. La maternidad subrogada en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	49
3.1 Situación actual.....	49
3.2 Tratamiento jurisprudencial.....	49
3.2.1 Sentencia en el asunto Labassee y Mennesson contra Francia.....	49
3.2.2 Sentencia en el asunto Paradiso y Campanelli contra Italia.....	53
3.3 Doctrina establecida y consideraciones finales.....	57
4. La conferencia de la Haya y la maternidad subrogada.....	59
4.1 Actuación de la Conferencia de la Haya.....	59
4.2 Posicionamiento y expectativas.....	66
5. Problemas, casos y preguntas sin resolver.....	67
CONCLUSIONES.....	75
BIBLIOGRAFÍA.....	79
JURISPRUDENCIA.....	82
LEGISLACIÓN.....	83

INTRODUCCIÓN:

Repaso todo lo escrito y me aseguro de citar bien. El trabajo ya está finalizado y listo para ser impreso, pero antes de cerrar el documento mis ojos se paran en una noticia, la frase que inicia la misma es la siguiente: *“La empresa de vientres de alquiler retiene a mis mellizos”*.

Este es solo un caso más, de los mucho que he podido conocer. Otra situación que se genera por un acuerdo de maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero, en el que no hay, de momento, un final feliz.

Si digo esto, es para mostrar el porqué de mi trabajo. Son muchas las cuestiones, preguntas y problemas que plantea la maternidad subrogada en la actualidad. Si bien es una práctica o un tema desconocido para muchos, cada vez son más los casos que llegan ante los tribunales y cada vez son más los niños que sufren las consecuencias.

Todos estos problemas, la falta de regulación en España, las diferencias existentes entre los países que permiten esta práctica y los que no, e incluso las diferencias que existen entre los propios estados que no la permiten y aquellos que sí, es lo que ha propiciado mi interés para realizar el presente trabajo.

En las siguientes páginas voy a tratar de definir que es la maternidad subrogada y en qué situación se encuentra ahora mismo en los países de la Unión Europea. No busco comparar las legislaciones de los Estados estudiados, se trata de un análisis de la situación en la que nos encontramos, de un estudio de las sentencias más recientes y de las más relevantes en el caso que nos ocupa, así como una observación y comentario de los pronunciamientos que se han hecho al respecto.

Evidentemente en dicho análisis, me centraré en cómo se encuentra la situación española en cuanto a maternidad subrogada se refiere. Me centraré en el famoso caso del matrimonio homosexual que tuvo dos hijos en California, caso que ha llegado hasta el Tribunal Supremo y quién sabe si acabará ante el TEDH, para así poder ver las opiniones existentes en nuestro país, que sistema se utiliza para reconocer la filiación de los menores y la doctrina creada a tal efecto.

A su vez no puedo pasar por alto las recientes sentencias del Tribunal de Estrasburgo que pueden suponer un cambio en la manera en que se venía regulando esta práctica por parte de los Estados, si bien las preguntas que aún quedan sin respuesta también son dignas de analizar.

Por último haré referencia al trabajo llevado a cabo por la Conferencia de la Haya, así como a los casos que esta ha expuesto, no solo casos reales sino también situaciones hipotéticas que de cumplirse generarían un problema para los niños, las madres gestantes y en algunos casos también para los padres intencionales y los Estados.

He de concluir diciendo que si bien en cuanto a la terminología utilizada existen importantes diferencias, desde la perspectiva moral o de bioética, en el presente trabajo no haré distinción entre las diversas formas con las que se nombra a esta técnica reproductiva, así pues hablare de forma indistinta de alquiler de vientres, maternidad por sustitución, gestación por sustitución (que es la terminología legal prevalente en España) y de maternidad subrogada¹.

¹ Lamm, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, 2013, pp.24-27.

1. LA MATERNIDAD SUBROGADA:

1.1 Concepto y modalidades:

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA o TRA) o técnicas de fertilización asistidas pueden ser definidas como “todos aquellos métodos, con intervención de terceras personas (médicos, agencias intermediarias, madre sustituta o portadora), mediante los cuales se trata de aproximar de forma artificial a los gametos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo².

Todas estas técnicas buscan que aquellas personas infértiles puedan tener descendencia (o al menos esa es la idea inicial por la que surgieron dichas técnicas), todo ello en base a que la necesidad de procreación es hoy día considerada como un derecho fundamental de todo individuo, es decir, un derecho humano, todos tenemos derecho a procrear³.

La maternidad subrogada o maternidad substitutiva es una de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Aunque no es una práctica reproductiva nueva, éste es un fenómeno cada vez más frecuente. Así lo han documentado los informes recientes en los que se incluyen los acuerdos que cruzan las fronteras nacionales.⁴

Según la explicación dada por Vela Sánchez⁵, el contrato de gestación por sustitución es un negocio especial de Derecho de familia, que se formaliza en documento público notarial, que puede ser oneroso o gratuito, y a través del cual una mujer, con capacidad suficiente, consiente libremente en llevar a cabo la concepción (mediante técnicas de reproducción asistida) y gestación, aportando o no su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido (cuyo origen biológico debe constar claramente) a

² Scotti. L.B., “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf> [Fecha consulta: 15/04/2015]

³ Rodríguez. Martínez. E. *Los contratos Internacionales sobre Maternidad subrogada. Un vistazo rápido al Derecho Comparado*. P. 146 Disponible en: <http://www.fldm.edu.mx/pdf/revista/no13/Derecho13-Arti11.pdf> [Fecha consulta: 01/04/2015]

⁴ Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (2012): “A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements” Véase en: <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf>

⁵ Vela, J.A. (2012) *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares. Granada. p. 37-96

los otros intervinientes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o de hecho, plenamente capaces y de los cuales al menos uno sea el que aporte material genético, salvo en los supuestos expresamente previstos legalmente.

Muchas han sido las denominaciones que se le han dado a esta práctica: alquiler de vientre o de útero, gestación subrogada o de sustitución, maternidad subrogada o sustituta, maternidad de encargo, etc.

El instrumento a través del cual se realiza una maternidad subrogada es un contrato (llamado contrato de subrogación) por el cual, la madre gestante, renuncia (en la mayoría de casos a cambio de un precio) a su derecho a ser reconocida como madre atribuyéndose así la filiación del nacido a los padres comitentes⁶. El renunciar a cambio de un precio convierte a este acuerdo de maternidad subrogada en un acuerdo comercial (prohibido en la mayoría de países) si por el contrario únicamente se pagan los gastos y costes del embarazo hablaremos de un contrato de gestación altruista, el cual se encuentra permitido en más Estados.

Como modalidades de la gestación por sustitución podemos distinguir las siguientes⁷:

1. Aportación por la pareja comitente del semen del varón, mientras que es la madre gestante quien aporta el óvulo. Así pues los padres biológicos serán la madre gestante y el varón de la pareja comitente (o uno de ellos en caso de que la pareja sea formada por dos hombres). Recibe la denominación de maternidad subrogada tradicional, plena o total.
2. Aportación por la pareja comitente del óvulo que será fecundado con el esperma de un donante o de una tercera parte conocida por las partes que forma parte del contrato de subrogación. Aquí la madre sustituta será la madre legal, o una de ellas si se trata de una pareja homosexual.
3. Aportación por la pareja comitente de la totalidad del material genético, de este modo la madre gestante únicamente llevará a cabo la gestación, sin tener ningún vínculo biológico con el nacido. Siendo la pareja comitente los progenitores biológicos del niño.

⁶ Guzmán Zapater, M. *Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: Hacia un modelo de regulación (sobre la instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)*. Anuario Español de Derecho Internacional Privado. Tomo X, 2010, p.732

⁷ Jiménez Muñoz, F. J., *Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014,736)*. Rev. boliv. de derecho nº 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 405.

4. Aportación por parte de la pareja comitente de únicamente los gametos de uno de ellos (esperma o óvulo) que se combinarán con los gametos de una tercera persona que puede ser un donante anónimo o no. Nuevamente la mujer sustituta no aporta ningún tipo de material genético con lo que no será la madre biológica del menor.
5. En este último caso la pareja comitente no aporta ni los espermatozoides ni el óvulo, se obtienen de donantes anónimos o bien de donantes conocidos por las partes intervinientes. Al igual que sucedía anteriormente la madre gestante no tendrá ningún vínculo biológico con el menor.

Observamos pues que dentro de la maternidad subrogada muchos son los supuestos que se pueden dar en relación con quien aporta el material genético y por lo tanto quienes serán los padres biológicos del menor o menores nacidos a través de esta técnica⁸. Probablemente el caso más “difícil” a la vista de los casos existentes en la actualidad y de las dificultades de poder establecer un vínculo entre los padres intencionales y los nacidos, es cuando los estos padres no aportan ningún tipo de material genético, ni esperma ni óvulo, para fecundar a la madre gestante por lo que, biológicamente hablando, no tendrán ningún vínculo con el nacido.

1.2 Los acuerdos de maternidad subrogada internacionales:

Los acuerdos de maternidad subrogada internacionales son aquellos en los que un matrimonio, pareja o incluso hombre o mujer solteros que residen en un Estado A (estado del que suelen ser nacionales) donde se prohíben los acuerdos de subrogación, o solo se permiten en determinadas circunstancias, viajan a un Estado B para tener un hijo a través de un vientre de alquiler debido a que las leyes de ese país lo permiten. Los problemas aparecen cuando estos padres intencionales quieren regresar al Estado A donde residen, con su nuevo hijo, y que en dicho país se les reconozca la filiación respecto de los nacidos. Estos problemas se han dado incluso en aquellos países de la UE en los que se permite la maternidad por sustitución como son Grecia o el Reino Unido⁹.

En este caso, la definición que podemos dar es la misma que la dada para la maternidad subrogada, si bien aquí hemos de introducir el elemento de la internacionalidad, cosa que provoca que dos Estados apliquen su derecho sobre un mismo asunto con las complicaciones, que en muchas ocasiones, implica este hecho.

⁸ Considero aquí como padres biológicos los que tienen un vínculo biológico con el menor. No tengo en cuenta las legislaciones existentes como la española que otorga la condición de madre biológica a la madre gestante, tenga o no vínculo biológico con el menor.

⁹ Esto es debido a que estos países permiten dichos acuerdos pero con unas exigencias legales muy estrictas y garantistas, además de contener barreras a fin de evitar el llamado *turismo reproductivo*.

De todos los problemas que se pueden dar (y se dan) en estos acuerdos, me centraré en dos:

En primer lugar, surge un conflicto cuando el Estado A de donde los padres intencionales son residentes, y por lo general nacionales, se niega a conceder un visado al menor o menores para viajar a dicho país. Cuando esto sucede, tanto los padres como los niños se quedan parados en el Estado B, a la espera de poder viajar a su estado de origen.¹⁰

Es evidente que los padres no pueden permanecer en el Estado donde ha sido concebido el niño de manera indefinida (leyes de extranjería) y se puede dar el caso de que deban volver a su país sin poder llevarse al niño con ellos.

Todo esto resulta aún más problemático cuando el Estado donde ha nacido el niño considera como padres a los comitentes pero no le otorgan la nacionalidad de ese país al menor, por ser hijo de extranjeros, aunque hayan nacido en su territorio¹¹. Cuando esto pasa, el niño es apátrida y con filiación incierta.

En segundo lugar, el conflicto surge cuando una vez los padres y los menores han viajado al Estado A, han obtenido el visado o no era necesario, se quiere inscribir la filiación determinada en el Estado B. La problemática que surge aquí es que si el Estado A decide no reconocer la filiación a los menores, estos estarán en la misma situación problemática que en el caso anterior, cabe decir que “al menos” están con sus padres, pero serán apátridas y su filiación no estará determinada.

Además de estas problemáticas en cuanto a la posibilidad de entrar en el Estado A, y de que reconozca la filiación a los menores en ese Estado, hay muchas más situaciones conflictivas que se dan en estos acuerdos de subrogación internacionales. Tales conflictos, en los que ahora no me detendré, vendrían a ser la vulneración de los derechos y la dignidad de las madres gestantes, la posibilidad de que los intermediarios (agencias que facilitan el proceso) estafen a los padres, no contesten o engañen a las partes o incluso que se dé un abandono del menor o bien que este haya sido “adquirido” por los comitentes para fines maquiavélicos y poco éticos (abuso, tráfico de menores, etc.). En todo caso, quiero precisar que me pronunciaré sobre todos estos elementos en su debido momento.

La falta de regulación en la mayoría de los estados es lo que propicia todos estos problemas, al limitarse la mayoría de países a prohibir tal práctica sin pronunciarse sobre los casos concretos y sus consecuencias, se generan toda esta serie de situaciones no deseadas.

¹⁰ Esto sucedió en un caso en la India donde un padre se tuvo que quedar dos años en dicho Estado con sus hijos (nacidos de un vientre de alquiler) a la espera de la obtención de un visado para que los menores pudieran viajar con él.

¹¹ Esto sucede en India, Rusia y Ucrania

1.3 La situación en algunos países de la Unión Europea:

En la actualidad no existe una tendencia legislativa uniforme en Europa respecto de la maternidad subrogada, nos encontramos con países que la prohíben y otros que la permiten solo en determinadas circunstancias (como ocurre en Grecia y en el Reino Unido). Otros como Rusia o Ucrania son más permisivos y ponen muy pocas trabas a esta práctica.

Esta tendencia prohibitiva se justifica en que según la apreciación de los Estados, consideran que ésta práctica atenta contra los derechos humanos de la mujer, al considerarla como un mero objeto reproductivo, reduciendo al nacido mediante esta técnica a un objeto de compraventa.

Aunque la mayoría de casos con los que se enfrentan los países europeos proceden de terceros países ajenos a la UE, el hecho de que tanto Grecia como el Reino Unido permitan la gestación por sustitución (y en otros países parece que se permite de facto¹²) exige un análisis especial del tema¹³.

Todo ello es especialmente importante a la vista de que ambos sistemas, el Griego y el Inglés, son muy estrictos y garantistas y tienen barreras para impedir el llamado turismo reproductivo¹⁴. Por otro lado, no puede perderse de vista que cada vez se dan más casos que reconocen estos acuerdos, hecho que puede provocar que en un futuro se den más situaciones de subrogación internacional.

Por otro lado, el hecho de que ni siquiera los Estados que prohíben esta práctica resuelvan del mismo modo los casos que se les presentan, pese a que en muchas ocasiones estos casos son prácticamente idénticos, hace que aun sea más importante analizar, aunque sea de manera breve, como regulan estos estados la maternidad subrogada, como han resuelto sus tribunales los casos existentes y en qué situación se encuentran.

¹² Aquí podríamos poner como ejemplo al Estado español, en el que pese a prohibirse esta práctica, sí que se le reconocen determinados efectos una vez realizada.

¹³ En este sentido se pronuncia Álvarez González, en *Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución*, p.87

¹⁴ Podemos definir el “turismo reproductivo” como el desplazamiento de una pareja o individuo desde su país de residencia, del que suele ser nacional, a otro país para acceder a Técnicas de Reproducción Asistida (en nuestro caso entendemos que acceden a contratos de maternidad subrogada).

Países de la UE que permiten la gestación por sustitución:

GRECIA:

En Grecia, la gestación por sustitución se encuentra regulada en la Ley 3089/2002, que reformó el Código Civil, y la Ley 3305/2005, sobre Reproducción Médica Asistida.¹⁵

Si bien se permite la maternidad subrogada, ésta ha de cumplir con una serie de requisitos para que se pueda considerar válida¹⁶. Tales requisitos son que primeramente se ha de dictar una resolución judicial que permita el acuerdo de subrogación. Si bien existe este requisito general, cabe destacar toda una serie de circunstancias que se han de cumplir, y que se han de demostrar para que se autorice el acuerdo a través de la correspondiente resolución judicial. Si no se cumplen los requisitos, no se autorizará judicialmente la gestación. Tales requisitos son:

- a) La comitente debe probar que ella es incapaz de llevar a cabo el embarazo.
- b) La gestante debe probar ante el tribunal que está sana tanto mental como físicamente.
- c) La comitente no debe exceder de la edad de 50 años.
- d) Las partes deben presentar su acuerdo ante el tribunal por escrito.
- e) Si la gestante está casada, su esposo también debe dar su consentimiento.
- f) En el acuerdo se puede permitir la compensación de los gastos (en ningún caso más dinero, recordemos que en Grecia solo se admiten los acuerdos de subrogación gratuitos).
- g) La gestante no puede aportar su material genético (no puede aportar sus óvulos)
- h) La gestante y los comitentes han de ser ciudadanos griegos o residentes permanentes. Esto evidentemente es para evitar el “turismo reproductivo”.

De todo lo expuesto se podría considerar que un hombre solo no podría iniciar un proceso para obtener una autorización judicial de gestación por sustitución. Sin embargo ha habido varios casos en los que se catalogó a esta disposición (que solo las mujeres podían iniciar el proceso) como

¹⁵ Estas leyes surgieron a raíz de un caso de la Corte de primera instancia de Heracleion nº 31/1999, en este asunto se decidió otorgar la adopción de unos mellizos nacidos como consecuencia de la gestación por sustitución a los comitentes, que eran los padre genéticos al haber aportado su material genético. Después de esto los jueces pusieron de manifiesto la existencia del vacío legal y recomendaron que se legislara sobre la materia. Disponibles en: <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/eur/lxwegri.htm>

¹⁶ Estos requisitos los encontramos en el artículo 1458 de la Ley 3089/2002.

inconstitucional y discriminatoria para los hombres solteros¹⁷. Por ello, en dos casos ocurridos en 2008 y 2009¹⁸ los jueces autorizaron los acuerdos de gestación por sustitución sobre el derecho a procrear (art. 5 párrafo 1 de la Constitución Griega) y del derecho a la igualdad por razones de género (artículo 4 párrafo 1 de la Constitución griega¹⁹).

Es importante tener presente que en Grecia cuando el acuerdo ya ha sido autorizado por el tribunal competente y ya se ha realizado la implantación, no se permite cambiar de decisión a ninguno de los intervinientes en la gestación. La madre gestante está obligada a tener al niño, si bien siempre conserva su derecho a abortar en los términos y condiciones previstos en las leyes penales griegas, y los padres futuros o intencionales se han de hacer cargo del menor cuando nazca según lo dispuesto en los artículos 1510 y siguientes del Código Civil Griego.²⁰

REINO UNIDO:

El reino Unido es otro país europeo, que junto con Grecia, permite los acuerdos de gestación subrogada, si bien nuevamente se han de cumplir con una serie de requisitos y exigencias para que estos acuerdos sean considerados válidos. Asimismo, las leyes de este país prohíben los acuerdos comerciales.

La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran en la Ley de Embriología y Fertilización Humana de 2008 (*Human Fertilisation and Embryology Act*)²¹.

Esta ley prohíbe los acuerdos de subrogación que no sean gratuitos, así como las organizaciones comerciales, si bien cabe destacar que en el Reino Unido hay una gran cantidad de organizaciones sin ánimo de lucro que ayudan a los padres intencionales a ponerse en contacto con posibles madres de alquiler.

¹⁷ Se habla de hombres solteros debido a que en Grecia no se permite el acceso a las parejas homosexuales ya sean formadas por dos hombres o por dos mujeres.

¹⁸ Véase One Member Court of First Instance of Athens n.º. 287/2008 y One Member Court of First Instance of Thessaloniki n.º 13707/2009.

¹⁹ Constitución griega de fecha 1975, modificada el 27 de Mayo de 2008. Disponible en: <http://www.hri.org/MFA/syntaxma/>

²⁰ Sobre la situación en Grecia se pronuncia Lamm. E., “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”, Barcelona, 2013. p. 150-153

²¹ Ley disponible en: <https://www.gov.uk>

De conformidad con el sistema actual, no se transmite la filiación a los comitentes con el nacimiento, sino que se hace a posteriori (a diferencia de lo que ocurría en Grecia). Una vez que ha nacido el menor y pasadas 6 semanas que se dan a la madre gestante para que “reflexione”, los comitentes pueden solicitar ante el juez una *parental order*²² que es el mecanismo a través del cual el juez transfiere la filiación inicialmente establecida con respecto a la gestante a los comitentes, siendo aplicables en todo caso las normas relativas a la adopción. Es por ello que los padres intencionales, para que se les reconozca la paternidad, deben pasar por el citado proceso judicial.

Vemos que en estos casos se dan dos actas, un acta inicial de nacimiento donde el niño consta como hijo de la madre gestante y del marido de ésta, y una segunda acta que otorga la filiación a los comitentes que se realizará si la gestante da su consentimiento.

Este sistema pues no otorga (al menos inicialmente) ningún derecho legal a los padres intencionales pues la maternidad y los derechos sobre el niño recaen sobre la madre gestante y sobre su marido o pareja. Asimismo, no se reconoce ningún derecho a la baja por maternidad a los padres futuros y cabe mencionar que a diferencia de lo que ocurría en Grecia, si que se permite el acceso a esta práctica a las parejas homosexuales.

- De un caso en 2012:

Podemos destacar un caso, en el cual una pareja británica se inscribió en un programa de maternidad por sustitución en Ucrania. Fruto del acuerdo de subrogación nacieron gemelos que eran hijos biológicos del hombre de la pareja, nacieron en Ucrania y se desconocía la identidad de la mujer que donó el óvulo.

El problema surgió como consecuencia de que las leyes ucranianas consideraban a la pareja inglesa como los padres legales de los gemelos, pero las leyes inglesas consideraban como padres de los gemelos a la madre subrogada y a su esposo. Los niños nacieron, por lo tanto, sin padres y por extensión, apátridas.

Finalmente se pudo demostrar, a través de una prueba de ADN, que el padre intencional era el padre biológico de los menores y gracias a ello se les dio permiso a los niños para entrar en el Reino Unido.

Algunos países de la UE que prohíben la gestación por sustitución:

ESPAÑA:

En España los acuerdos de maternidad subrogada se encuentran prohibidos a través de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en

²² Art. 30 de la Human Fertilisation and Embryology Act

adelante LTRHA). No encontramos ninguna regulación más en este tema con lo que son nuestros tribunales los que a través de sus sentencias han creado doctrina respecto de este tema.

Si bien se encuentran prohibidos, no toda consecuencia derivada de dichos contratos ha sido negada por nuestros tribunales, como veremos a continuación, en España se está configurando como sistema híbrido a través del cual, si bien la maternidad subrogada se encuentra prohibida, nuestros tribunales disponen diferentes mecanismos para que se puedan reconocer en España los efectos de dichos acuerdos (especialmente respecto de la filiación del nacido), evidentemente, ajustando este reconocimiento a las leyes españolas.

No me voy a extender en este análisis pues en el siguiente apartado realizaré un desglose concreto de la situación española respecto de la maternidad subrogada, así como el sistema de reconocimiento existente y la doctrina creada por nuestros tribunales.

FRANCIA:

Este sea probablemente el Estado de la Unión que más trabas a puesto al reconocimiento de la filiación derivada de un acuerdo de subrogación realizado en el extranjero y el que más taxativo se ha mostrado a la hora de reconocer cualquier tipo de efecto derivado de una gestación por sustitución.

La ley que regula y prohíbe los contratos de gestación subrogada es la ley nº 94-653, de 29 de Julio de 1994²³ relativa al respecto del cuerpo humano, que se ve completada por la ley nº 2004-800, de 6 de agosto, relativa a la Bioética²⁴.

Una prueba de lo taxativos que han sido los tribunales franceses en cuanto al reconocimiento de la filiación derivada de un acuerdo de maternidad subrogada, son los recientes casos resueltos por el TEDH en los asuntos Labassee y Mennesson contra Francia. En estos casos, Francia se negó a reconocer la filiación derivada de un contrato de maternidad subrogada y no permitió establecer la filiación de los menores a través de ningún mecanismo.

Los tribunales franceses han apoyado sus decisiones en base a que las actas de nacimiento que se pretendían inscribir, eran contrarias al orden público francés, que establece la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas (arts. 16-7²⁵ y 16-9 del Código Civil francés²⁶).

²³ Loi nº 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain. Disponible en : http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=127243

²⁴ Loi nº 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique. Disponible en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=179239

²⁵ Fue la ley 94-653 la que introdujo este artículo en el Código Civil.

²⁶ Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

En concreto, el artículo 16-7 dispone que: “*Es nulo todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro*”. Mientras que el artículo 16-9 precisa lo siguiente: “*Las disposiciones del presente capítulo son de orden público.*”

La apreciación que realizan los tribunales es simple: siendo ilegales los acuerdos de maternidad subrogada y al ser, como consecuencia de esto, contrarios al orden público, no se permite inscribir la filiación de los menores nacidos a través de ningún mecanismo.²⁷

Pese a todo, cabe recordar que el Ministerio de Justicia de Francia, a través de la circular del 25 de enero de 2013, (*Circulaire du 25 janvier 2013 erlarive à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – État civil étranger*),²⁸ (ha ordenado a los tribunales facilitar la nacionalidad francesa a los niños nacidos en el extranjero, de padre genético francés, por el método de gestación por sustitución.²⁹ Todo ello motivo por las grandes críticas y problemáticas que se estaban generando como consecuencia de las resoluciones de los Tribunales. Esta circular fue confirmada por el Consejo de Estado el 12 de diciembre de 2014, probablemente como consecuencia de la reciente sentencia del TEDH en el asunto seguido contra su estado.

ITALIA:

En Italia al igual que en el caso español, no existe ninguna ley específica que rijan y defina la práctica de la maternidad subrogada. La prohibición de esta práctica reproductiva la podemos encontrar analizando lo dispuesto Ley nº 40, de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en materia de procreación médica asistida³⁰.

Esta ley es bastante incompleta debido a que no da ninguna solución a cuestiones tales como: la identificación de los padres legales que han tenido acceso a la TRHA, el estatus de filiaciones y la custodia del nacido.

En el caso de este país que en un principio no parecía darse una apreciación tan restrictiva de los efectos de los acuerdos de subrogación como sucedía en Francia, se han dado casos en los que no solo no se reconoce la filiación de los menores, sino que se han decidido adoptar medidas muy

²⁷ Esto es lo que generó las demandas ante el TEDH. Francia no solo no reconoce la filiación de los menores, sino que no permite que ésta se inscriba de ninguna manera posible en el RC.

²⁸ Disponible en: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1301528C.pdf

²⁹ Lamm. E., “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”, Barcelona, 2013. p. 208-209

³⁰ Disponible en: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/040401.htm>

fuerzas y restrictivas, como ya se pronunció el TEDH, injustas e innecesarias en una sociedad democrática y de derecho.³¹

ALEMANIA:

Al hablar de la situación en este Estado, hemos de observar la ley de protección del embrión 745/90 del 13 de diciembre de 1990³². Esta ley en su artículo 1, referido a la utilización abusiva de técnicas de reproducción, que establece que:

“Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien:

- 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;*
- 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; [...];*
- 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros después de su nacimiento”.*

Además de la citada ley, hay que destacar los artículos 1591 y 1592 del Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch o BGB, que fue modificado el 21 de abril de 2015³³), que disponen que se considerará como la madre legal de un niño a la madre que haya dado a luz al mismo, y se considerará como padre del menor, al hombre que esté casado con la madre del niño en el momento del nacimiento de éste.

Si bien, como hemos podido observar, la maternidad subrogada se encuentra prohibida, recientemente el Tribunal Federal alemán se ha pronunciado sobre la compatibilidad de los efectos de la gestación por sustitución con el orden público alemán. En la citada sentencia que fecha de 10 diciembre de 2014³⁴, el tribunal alemán resuelve la solicitud de reconocimiento de una sentencia californiana por la que se declaraba la filiación de un niño nacido a través de una gestación por sustitución respecto de una pareja registrada, de dos varones alemanes, residentes en Alemania.

³¹ Así resuelve el TEDH en el asunto Paradiso y Campanelli contra Italia.

³² Disponible en: <http://www.bioeticaweb.com/alemania-ley-de-protecciasn-del-embriasn-n-74590-del-131290/>

³³ Disponible en: <http://dejure.org/gesetze/BGB>

³⁴ Sentencia disponible en: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&anz=193&pos=1&nr=69759&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf>

Este no era el primer pronunciamiento de los tribunales alemanes respecto de esta práctica reproductiva. Por ejemplo, tenemos el caso *AG Nürnberg de 14 de Diciembre de 2009*³⁵, que resolvía de una gestación por sustitución llevada a cabo en Rusia por un comitente alemán. En este caso, los tribunales alemanes determinaron que el reconocimiento que se había efectuado por el comitente en Rusia debía ser reconocido en Alemania.

Otro caso a tratar, en el cual no hubo reconocimiento, es el caso *Oberlandesgericht (OLG) Stuttgart, del 7 de febrero de 2012*.³⁶ Este caso trata de una pareja alemana que tuvo gemelos en California a través de un vientre de alquiler. A diferencia del caso tratado anteriormente no se reconoció a los comitentes como los padres de los gemelos pues se consideró que los menores no eran alemanes ya que la madre legal de los menores era quien había dado a luz, y el padre, el marido de ésta. Todo esto lo precisó el tribunal en aplicación del artículo 36 de la Ley del estatuto personal que establece que sólo es posible la transcripción de certificados de nacimiento de ciudadanos alemanes que nacen en el extranjero.³⁷

Cabe tener presente que en Alemania las situaciones resueltas contienen unos matices y diferenciaciones de las situaciones, que distan mucho de las que encontramos en el resto de países europeos, si bien como sucede en los demás países ya vistos, la prohibición de la maternidad subrogada en su Derecho sustantivo tendía a considerar que existía una violación del orden público alemán.³⁸

En el caso al que hacía referencia al inicio de este apartado, el Tribunal Supremo Alemán (Bundesgerichtshof o BGH) optó por reconocer en Alemania una resolución judicial de California relativa al establecimiento de filiación por maternidad subrogada. Todo esto realizando un concreto análisis del caso tratado e indudablemente influenciado por las recientes sentencias del TEDH a las que más tarde haré referencia.

La sentencia realiza un escrutinio *in concreto* del orden público en relación con las concretas circunstancias del caso: madre soltera y uno de los comitentes, padre biológico, que se encuentra unido con otro varón formando pareja registrada. En este caso conforme a la ley alemana el

³⁵ AG Nürnberg del 14 de Diciembre de 2009-UR III 0264/09, UR III 264/09. Disponible en: <http://openjur.de/u/481189.html>

³⁶ Oberlandesgericht (OLG) Stuttgart, 7 de febrero de 2012 – Az 8 W 46/12. Disponible en: <http://openjur.de/u/357908.html>

³⁷ Lamm, E., “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”, Barcelona, 2013. p.209

³⁸ Álvarez González, S., *Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil*. p.7

reconocimiento voluntario de paternidad sería posible respecto del padre biológico, mientras que, mediando, como así fue, consentimiento posterior al parto de la madre gestante, el resultado de reconocer la relación paterno filial respecto del conviviente, no podría vulnerar el orden público alemán más aun cuando en dicho país la adopción del hijo del conviviente registrado es perfectamente posible (hablamos de adopciones sucesivas por uno y otro conviviente como regla consagrada por el TC Alemán)³⁹.

Cabe destacar que el BGH puso expresamente de relieve que la conclusión a la que había llegado se vinculaba con las concretas circunstancias del caso tratado, reservándose de manera expresa la posibilidad de alcanzar un resultado distinto en situaciones diferentes, concretamente en casos donde ninguno de los comitentes fuera el padre biológico del niño o en el que la madre gestante fuera la madre genética.⁴⁰

La situación en EEUU⁴¹:

Aunque sea de manera breve, quiero hacer referencia a la situación de Estados Unidos, básicamente porque gran parte de los casos que llegan ante nuestros tribunales se han originado a través de acuerdos de maternidad subrogada celebrados en ese país.

Su situación, no podría ser más complicada pues mientras que muchos de los Estados no se pronuncian sobre este aspecto, aproximadamente unos treinta, en otros se encuentran prohibidos (Nebraska, Kentucky, Indiana y Luisiana), en otros no sólo se prohíben tales acuerdos sino que además se castiga penalmente su realización, tal es el caso de Nueva York, Michigan o Washington, y en algunos sí que permiten la maternidad subrogada como California o Minnesota.

³⁹ Álvarez González, S., *Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil*. p.7

⁴⁰ Apartado 53 de la sentencia.

⁴¹ Sobre la situación de la maternidad subrogada en EEUU, Véase el artículo de Sonia Bychkov Green., “INTERSTATE INTERCOURSE: HOW MODERN ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES CHALLENGE THE TRADITIONAL REALM OF CONFLICTS OF LAW”.

2. SITUACIÓN Y REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA:

2.1 El reconocimiento en España de las resoluciones extranjeras:

Los mecanismos que los distintos sistemas de Derecho Internacional Privado conocen para garantizar la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales extranjeras son el reconocimiento y el exequátur. Esto se realiza para evitar dobles procesos o dobles pronunciamientos en un mismo asunto, así mismo esto permite que una resolución o acto dictado en un estado pueda ser aplicado o reconocido en otro distinto de aquel que lo dictó y producir efectos como en el país de origen. Cabe recordar que cada estado será el que fije las normas y reglas que debe cumplir una resolución, título o certificado extranjero para que pueda ser reconocido y/o inscrito y producir así efectos en ese país.

En España es la nueva LRC de 2011 la que en sus artículo 96 a 98 dispone cuando y bajo que condiciones se podrán inscribir válidamente en España las resoluciones judiciales extranjeras, los documentos extranjeros extrajudiciales y la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros (lo será así a partir de Julio de este año que es cuando entrara en vigor⁴²).

De la ley aplicada a los casos conocidos hasta la fecha LRC de 1957:

Cabe tener presente que estando aún vigente la antigua LRC de 1957 y habiendo sido aplicada ésta al caso que trataremos en las siguientes páginas así como a los casos conocidos hasta la fecha, es imprescindible tener en cuenta el artículo 23 de dicha ley (art. 13 de la nueva ley).

Según este artículo 23 los encargados del RC comprobaran de oficio la realidad y legalidad de los hechos y actos que cuya inscripción se pretende en el RC español, examinando en todo caso la legalidad y exactitud de dichos documentos.⁴³

De lo expuesto se desprende que los documentos que se pretendan inscribir, deberán ser acordes con la ley española así como no contravenir el orden público español, si esto no se cumpliera se podría denegar la inscripción.

Por otro lado, y teniendo en cuenta la legislación aplicada hasta la fecha, en los casos en los que lo aportado sea una resolución judicial extranjera y no una mera certificación, será de aplicación lo que

⁴² La citada ley entrará en vigor el 15 de Julio de este año (2015), pese a que debería haber estado vigente desde el 22 de Julio del pasado año (2014).

⁴³ Ley disponible en:

[http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338903496?blobheader=application%2Fpdf&blobheaderna me1=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DArticulo_20_de_la_ley_de_Registr o_Civil_de_8_de_Junio_de_1957_\(BOE_de_10_07_57\).PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338903496?blobheader=application%2Fpdf&blobheaderna me1=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DArticulo_20_de_la_ley_de_Registr o_Civil_de_8_de_Junio_de_1957_(BOE_de_10_07_57).PDF)

dispone el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881⁴⁴. Según este artículo, para que una sentencia extranjera pueda obtener el exequátur y ser inscrita en el RC, debe cumplir con los siguientes requisitos:

- 1.ª Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal.*
- 2.ª Que no haya sido dictada en rebeldía.*
- 3.ª Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España.*
- 4.ª Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España.*

De la nueva ley del RC de 2011:

Visto esto veo preciso detenerme a analizar, de forma más detallada, el articulado de la nueva LRC, ésta en su artículo 96⁴⁵ dispone que para que puedan ser inscritas en el Registro Civil español las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras éstas deberán haber adquirido firmeza y si fueran resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas.

La inscripción se podrá instar previa superación del exequátur contemplado en la LEC de 1881 (artículo 954), o ante el Encargado del Registro Civil quien realizará la inscripción siempre que verifique los siguientes extremos:

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

El Encargado del Registro Civil deberá notificar su resolución a todos los interesados y afectados por la misma. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y los afectados podrán

⁴⁴ Cabe señalar, que con la entrada en vigor de la nueva ley del RC este artículo no se verá modificado y seguirá estableciendo los requisitos para que una sentencia extranjera obtenga el exequátur en España.

⁴⁵ http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-12628

solicitar exequátur de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

En cuanto a la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, según el artículo 98⁴⁶ de la LRC, es título válido para la inscripción en el RC siempre que se verifique lo siguiente:

- a) *Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.*
- b) *Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española.*
- c) *Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.*
- d) *Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.*

En el apartado 2 del citado artículo se dispone que *“En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley”*.

2.2 Del reconocimiento de la filiación en los acuerdos de maternidad subrogada:

Visto el sistema de reconocimiento que se prevé en las leyes españolas para las resoluciones y certificaciones extranjeras, creo que es conveniente analizar, en concreto, el reconocimiento de la filiación derivada de los acuerdos de maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero debido a que este reconocimiento es el que nos interesa y afecta en el presente trabajo.

Puede que uno de los problemas al que nos enfrentamos, tal y como dispone Santiago Álvarez, sea que el Registro Civil ha sido concebido sobre la base de sociedades menos internacionales que las actuales.⁴⁷ Ahora queda ver si con la nueva LRC se solucionan los problemas existentes, si bien creo que los conflictos que se derivan del reconocimiento o no reconocimiento de la filiación establecida en un acuerdo de subrogación llevado a cabo en el extranjero no serán resueltos.

Lo primero que hemos de tener claro, es que en España los acuerdos de gestación por sustitución se encuentran prohibidos. La cuestión de si se ha de reconocer la filiación derivada de una gestación por

⁴⁶ http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-12628

⁴⁷ Álvarez González, S., *“Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”* p.80

sustitución surge, por lo general, cuando se solicita la inscripción de los nacidos mediante esta técnica en el Registro Civil español.⁴⁸

Si bien los acuerdos de subrogación están prohibidos, siendo tal acuerdo nulo, no se puede dejar de lado la relevancia que tiene la cuestión de la determinación de la filiación de los menores nacidos a través de un vientre de alquiler. En España, más allá del famoso caso que ha llegado hasta el Tribunal Supremo (y que analizare al detalle en las próximas páginas) la problemática sobre si se debe inscribir la filiación o no en estos casos no es un tema nuevo.

Si bien en un principio se negaba todo efecto que se derivara de un contrato de gestación por sustitución, actualmente ya se están comenzando a homologar sentencias y documentos por los tribunales españoles relativas a la filiación de menores nacidos a través de una gestación por sustitución.

Esto se ha conseguido gracias a la apreciación que han realizado los tribunales de el *favor filii* o interés superior del menor⁴⁹, que es un principio informador de la legislación en materia de Derecho de Familia y que se ha convertido en un principio universal del Derecho, que se recoge en nuestra legislación en multitud de preceptos y además en la CDN en las Naciones Unidas, que en su artículo 3 dice: “*Todas las medidas que se adopten por todo tipo de instituciones y organismos públicos y privados concernientes a menores deberán atender al interés superior de estos*”.

A modo de ejemplo cabe destacar el caso resuelto por Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Pozuelo de Alarcón en su Auto del 25 de Junio de 2012. En este auto el Tribunal otorgo exequátur a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de California en fecha 28-01-2010.

A través de esta sentencia, el tribunal reconoció la filiación a favor de los padres futuros (en el presente caso era solo a favor de una mujer, pues había ausencia de paternidad) determinada en la citada sentencia californiana fruto de un proceso de gestación por sustitución.

El tribunal apoya su sentencia en base a que junto con la solicitud inicial de exequátur se adjuntó copia autenticada y legalizada de la sentencia extranjera, además se probó la firmeza de la sentencia extranjera y cumpliéndose los requisitos que enumera el artículo 954 de la LEC de 1881 (que la acción de filiación tenga carácter personal, ausencia de rebeldía y autenticidad de la resolución mediante la apostilla del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961⁵⁰), por todo ello debía

⁴⁸ Álvarez González, S. *Reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución*. p. 79-82

⁴⁹ Consideran los tribunales que este interés prima por encima cualquier otro (ej. Orden público)

⁵⁰ Es un método simplificado de legalización de documentos a efectos de verificar su autenticidad en el ámbito internacional. Físicamente consiste en una hoja que se agrega (adherida al reverso o en una página adicional) a los documentos que la autoridad competente estampa sobre una copia del documento público. Fue

estimarse la solicitud presentada de reconocimiento de maternidad en ausencia de paternidad, y otorgarse el exequátur. Asimismo, y en relación con el interés superior del menor, el tribunal lo pondera por encima del orden público, precisando que no se puede privar a los menores del acceso al RC en atención al respeto del orden público, por ello es preciso obtener el exequátur para poder realizar dicha inscripción.⁵¹

Pese a lo expuesto, y para mayor complicación en el tema tratado, cabe analizar la sentencia nº 1341/2012 de 3 diciembre de la Audiencia Provincial de Madrid que negó la inscripción de la filiación biológica en el RC español de unos menores nacidos a través de una gestación por sustitución.

El tribunal resuelve lo dicho en base a que no concurre el requisito establecido en el nº3 del artículo 954 de la LEC de 1881⁵². Precisa asimismo la prohibición impuesta por el artículo 10 LTRHA según el cual serán nulos de pleno derecho los acuerdos de gestación por subrogación.⁵³ Por todo lo expuesto el tribunal no reconoce la Sentencia dictada por el Tribunal del Distrito del Condado de Boulder en el Estado de Colorado (EEUU) de fecha 5 de noviembre de 2009.

En conclusión, vemos que nuestros tribunales no se ponen de acuerdo en si se ha de reconocer o no la filiación determinada en una resolución extranjera dictada como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución. No hemos de olvidar que en los casos citados anteriormente hay una sentencia extranjera firme que determina la filiación que se quiere inscribir, en el caso que en breves analizaremos no existía tal sentencia, esto nos permitirá ver un pronunciamiento de nuestros tribunales en cuanto a que sucede cuando se pretende inscribir la filiación en los casos de subrogación teniendo únicamente una certificación registral extranjera y no una resolución judicial.

2.3 La situación actual de la maternidad subrogada en España:

En la actualidad en España la única regulación normativa que se hace sobre la maternidad subrogada se encuentra en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que dispone lo siguiente:

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

introducido como método alternativo a la legalización por un Convenio de La Haya de fecha 5 de octubre de 1961.

⁵¹ Fundamento jurídico tercero de la sentencia.

⁵² “Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España”.

⁵³ Fundamento jurídico segundo de la sentencia.

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

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

Observamos que según el citado artículo esta práctica queda totalmente prohibida en España sea onerosa o no, determinándose que la madre gestante será siempre la que tenga la filiación del menor, otorgándose así la filiación según el parto, pero pudiéndose otorgar la filiación al padre biológico, que puede ser uno de los comitentes en la maternidad subrogada.

Si bien se encuentra prohibida en España, se estima que en la actualidad unos 1.000 niños españoles han nacido a través de un vientre de alquiler⁵⁴.

Por otro lado, este artículo se ve apoyado por varios preceptos legales existentes en nuestro ordenamiento jurídico como los artículos 10.1 y 15 CE que prohíbe que la persona humana sea objeto del comercio de los hombres, negando así la posibilidad de que los niños sean objetos de transacción, y protegiendo el debido respeto a la dignidad de la persona y a su integridad. También nuestro Código Civil en su artículo 1271 dispone que “*pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres*”, que se ve completado por el artículo 1275 el cual impide que la vida humana sea objeto de contrato.

Por otro lado, además los citados artículos, encontramos la jurisprudencia que han creado a lo largo de los años nuestros tribunales, respecto de esta práctica tan problemática.

2.4 Tratamiento jurisprudencial. Caso concreto:

Al hablar de la jurisprudencia existente y que nos pueda servir en el presente trabajo, destacaré las sentencias de un famoso caso conocido en nuestro país que ha llegado hasta el Tribunal Supremo y que si hacemos caso de las notas de prensa, parece ser que se presentará ante el TEDH.

El caso, así como su evolución, es el siguiente:

2.4.1 Del inicio del proceso:

Este caso se originó el 7 de Noviembre de 2008 cuando dos hombres españoles unidos en matrimonio, acudieron al Registro Consular de España en Los Ángeles para inscribir el nacimiento de dos recién nacidos, pidiendo se les considerase como los padres de los mismos. El 10 de noviembre de 2008 el canciller encargado del registro consular dictó auto denegando la inscripción alegando que al haber

⁵⁴ Ésta es la estimación realizada por la asociación de familias “Son nuestros hijos”. Véase en: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es>

nacido los niños a través de una gestación por sustitución, se debía considerar a la madre gestante como la madre legal del niño recordando asimismo que esta práctica se encuentra prohibida por la legislación española, tal y como dispone el artículo 10 de la LTRHA.

2.4.2 Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009:

El matrimonio español (o también en adelante padres intencionales, recurrentes o comitentes) presentó recurso contra el citado auto ante la DGRN que resolvió el día 18 de febrero de 2009, estimando el recurso y revocando el auto del canciller español encargado del registro, mandando que se inscribieran a los menores en el registro civil consular como hijos de los recurrentes.

Esta resolución de la DGRN es muy interesante pues revoca el auto dictado por el canciller español, encargado del registro consular de España en los Ángeles, en base a que el caso tratado no busca determinar la filiación de los nacidos sino de precisar si una filiación que ya ha sido determinada en virtud de una certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil Español.

Argumenta en su Resolución que no se ha actuado en fraude ley, por parte del matrimonio español y no se ha utilizado una norma de conflicto, ni otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española. Asimismo, la DGRN precisa que la norma de conflicto debe aplicarse, exclusivamente cuando es necesario determinar la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales que se plantean, por vez primera, ante las autoridades españolas. No debe aplicarse cuando ya existe una “decisión” pronunciada por autoridad registral extranjera⁵⁵.

En cuanto al mecanismo de reconocimiento, la DGRN se apoya en el proceso de reconocimiento que encontramos en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. La aplicación de este procedimiento implica, según la DGRN, que no puedan aplicarse las normas españolas de conflicto de leyes y concretamente el artículo 9.4 del CC «*El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo.*» Y en su consecuencia tampoco resulta de aplicación la ley 14/ 2006 de técnicas de reproducción humana asistida y en concreto su artículo 10 relativo a la gestación por sustitución.

⁵⁵ Así se pronuncia la DGRN en su Fundamento de Derecho Segundo, por cuanto dispone: “*Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas 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 de conflicto sustantivas españolas que determinan la filiación*”.

La DGRN entiende que la resolución dictada en California (la certificación registral extranjera presentada) no vulneraba el orden público español y que la inscripción evitaba así una discriminación por razón de sexo y se protegía el interés superior del menor. Se apoya en su argumentación en lo dispuesto en el artículo 14 de la CE que permite que se produzca una filiación de un niño a favor de dos personas del mismo sexo y dispone que todos somos iguales ante la ley.

La DGRN dispone que los menores deben obtener la nacionalidad española según lo que dispone el artículo 17.1.a) del CC, ya que según el citado artículo son españoles de origen los nacidos de español o española y al ser en el citado caso uno de los comitentes el padre genético de los menores, era de aplicación el citado artículo.

Entiende asimismo la DGRN que si niega la inscripción se estaría vulnerando el artículo 3 CDN, que exige que los menores queden sujetos al cuidado de aquellos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que lo que prima el interés y protección del menor.

2.4.3 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, sentencia nº 193/2010 de 15 de septiembre de 2010:

El ministerio fiscal presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Valencia, impugnando la resolución de la DGRN respecto a la posible existencia de un fraude documental, ya que en la documentación presentada no figuraba ninguna madre, y por cuanto infringía el art. 10 LTRHA, el cual establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución y que la filiación de los hijos nacidos por gestación subrogada será determinada por el parto, siendo así la resolución contraria al orden público español con lo que no procedía la inscripción en ella acordada.

El tribunal Valenciano estimó la demanda presentada por el Ministerio Fiscal y acordó dejar sin efecto la resolución de la DGRN y consecuentemente cancelar la inscripción de nacimiento acordada.

En su análisis del recurso presentado por el Ministerio Fiscal, el Tribunal de primera instancia se refiere a los modos en que habitualmente tienen lugar al acceso al Registro Civil, los nacimientos acaecidos en el extranjero, mencionando únicamente la inscripción mediante declaración y la inscripción a través de certificación extranjera. Advierte de que para que se realice la inscripción a través de certificación registral extranjera es preciso verificar la realidad del hecho y su legalidad conforme a la ley española, y entiende que al no cumplirse aquí ninguno de los dos requisitos el recurso debe ser admitido.

Apoyó su resolución en base a que la resolución de la DGRN era equivocada debido a que ésta consideraba que conforme al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil no se tenía que realizar un análisis de la legalidad de la certificación extranjera sino únicamente un control meramente formal, pero aprecia el Tribunal que la DGRN obvió que el citado Reglamento se encuentra por debajo de la

Ley del Registro Civil que en su artículo 23 sí que dispone que las certificaciones deberán pasar un control de legalidad así como mostrar que no hay duda de la realidad del hecho inscrito.

2.4.4 Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010:

Visto el debate generado a raíz de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, antes analizada, en relación con el reconocimiento de una certificación extranjera que determinaba la filiación de los menores nacidos de un vientre de alquiler, la DGRN consciente de esta circunstancia dictó una Instrucción en este tema.

A través de esta instrucción la DGRN quiso proporcionar seguridad jurídica al régimen jurídico de la filiación en España de los nacidos mediante gestación por sustitución, cuando dicha filiación ha quedado acreditada por autoridades de otros países.

Indica la DGRN que con esta Instrucción de 5 octubre 2010, se persigue «*dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor*» y también proteger «*otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución*», especialmente, se persigue «*la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres*» y también «*controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato*» de gestación por sustitución.

Para asegurar la protección de dichos intereses, la Instrucción citada establece los siguientes puntos clave⁵⁶:

Lo primero es la exigencia de resolución judicial extranjera sobre la filiación. Tal y como dispone la DGRN debe acreditarse la filiación de un menor nacido tras una gestación por sustitución en relación con el padre biológico, a través de una resolución judicial dictada en el extranjero. Asimismo, no se admitirán como título inscribible del nacimiento y filiación del menor, ni una certificación registral extranjera ni una simple declaración que vaya acompañada de un certificado médico relativo al nacimiento del menor en el que no conste la identidad de la madre gestante.

Lo segundo es la exigencia de exequátur en España de la resolución judicial extranjera. Argumenta la DGRN que la resolución judicial extranjera que se pretenda que sea reconocida en España debe haber obtenido el exequátur en nuestro país a través de los Convenios Internacionales vigentes en España o a falta de estos, a través del proceso contemplado en el artículo 954 LEC de 1881. Junto con la

⁵⁶ Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J., *Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución* p. 248-249

solicitud de inscripción deberá adjuntarse el auto judicial definitivo expedido por la autoridad judicial española que ponga fin al proceso de exequátur.

En tercer lugar se marca la exigencia del reconocimiento incidental. Precisa la DGRN en este punto que si la resolución judicial extranjera ha sido dictada como consecuencia de un “procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria” no es preciso acudir a un reconocimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral. Si se da esto, el propio encargado del RC controlará, incidentalmente, como requisito previo a la inscripción que la resolución puede ser reconocida en España.

Seguidamente apreciamos una serie de extremos que a ojos de la DGRN el encargado del RC debe controlar en el reconocimiento incidental, éstos son:

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

Todas estas exigencias, persiguen constatar:

(a) 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;

(b) Que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores;

(c) Una correcta protección del interés del menor y la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.

Por último la DGRN se refiere a la decisión del Encargado del RC en torno a la necesidad de exequátur por homologación judicial previa o de reconocimiento incidental registral. Según esto, si el encargado del RC considera que la resolución extranjera ha sido dictada en el marco de un proceso jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de dicha resolución en el RC ya que la resolución en cuestión requerirá un previo exequátur de esta de acuerdo en lo establecido en la LEC. Por el contrario, si el encargado del RC estima que la resolución extranjera tiene su origen en un proceso análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción, tal y como se ha visto anteriormente.

2.4.5 Sentencia de la AP de Valencia, sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011:

Disconformes con la sentencia dictada en primera instancia, el matrimonio español presentó recurso de apelación contra la referida sentencia del tribunal Valenciano, que fue resuelto por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia en fecha 23 de noviembre de 2011, recurso que fue denegado por la Audiencia, confirmando la resolución dictada en primer instancia. Es preciso que nos detengamos a analizar esta sentencia y los argumentos que da la Audiencia a la hora de denegar el recurso de Apelación.

En primer lugar el Tribunal se refiere a un primer impedimento a la hora de inscribir la filiación certificada por los funcionarios estadounidenses y es la consistente en la contrariedad a la legalidad española y en concreto al artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Después de esto se planteó si una certificación registral extranjera que documentaba una filiación que es consecuencia de la gestación por sustitución, podía acceder al Registro Civil español pese a la prohibición de la legislación española. El tribunal consideró que antes de acordar la inscripción, la certificación extranjera tenía que superar un control de legalidad que deriva del artículo 23 de la Ley del Registro Civil.

En segundo lugar, los demandados pretendían utilizar el llamado método de reconocimiento de las decisiones extranjeras⁵⁷ pero esto fue rechazado por el tribunal pues entendía que la certificación registral californiana contravenía el orden público internacional español, coincidiendo con la prohibición expresa en España del contrato de gestación subrogada.

Un tercer argumento que utilizaron los demandados era que se había cometido una infracción del principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo (artículo 14 de la CE). Este argumento se rechazó, pues no se estaba discutiendo un tema sobre la sexualidad de la pareja demandante, sino sobre la legalidad de la inscripción solicitada.

Finalmente, la audiencia también rechazó el argumento de vulneración del principio del interés del menor, y más aún cuando, expone el tribunal, la propia ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados (como por ejemplo la adopción).

2.4.6 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil) Sentencia núm. 835/2013 de 6 de febrero de 2014:

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia se interpuso recurso de casación, que fue resuelto por el Tribunal Supremo en fecha 6 de febrero de 2014, que confirmó la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Valencia por un estrechísimo margen al formular voto particular 4 de los 9 magistrados que compusieron la Sala.

De las pretensiones de los recurrentes:

El recurso de casación ahora analizado se articuló en torno a un único motivo, que era la infracción del artículo 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989.

Tal y como exponían los recurrentes era discriminatorio no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California en favor del matrimonio español. Por otro lado al privar de su filiación a los menores se vulneraba el interés superior de los mismos quedando desprotegidos como consecuencia de la posición jurídica en la que quedaban.

⁵⁷ Este “método de reconocimiento” consiste en considerar que en el sistema de Derecho Internacional Privado existe una cláusula general que permite la interpretación del entero ordenamiento de tal forma que la aplicación del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto permite a la autoridad judicial hacer un razonamiento previo, de conformidad con el cual sólo procederá a constituir la relación en el foro cuando vaya a tener lugar su reconocimiento en el país de origen de la persona migrante o migrada.(CSC Abogados, “*Pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la legalidad conforme a la ley española de los asientos extendidos en los Registros extranjeros. Supuesto de la inscripción de una filiación procedente de un vientre de alquiler*”. P.2)

Asimismo, alegan los padres intencionales que los menores tienen derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de las fronteras estatales.

Fundamentación y resolución del Tribunal:

En la denegación del recurso de casación, el Tribunal Supremo argumenta en primer lugar que para que una certificación registral extranjera pueda acceder al Registro Civil español la técnica aplicada no es la del conflicto de leyes⁵⁸ sino la del simple reconocimiento de la decisión de una autoridad extranjera. Se ha de averiguar si dicha certificación puede desplegar sus efectos en el sistema jurídico español. Dispone el tribunal que el reconocimiento de la certificación del Registro extranjero no ha de limitarse a un control de los aspectos formales, sino que ha de extenderse a las cuestiones de fondo. Precisa el Tribunal que la certificación debe ser regular y auténtica, de modo que el asiento que certifica tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española. Asimismo ha de probarse que no hay duda de la realidad del hecho inscrito así como de su legalidad conforme a la ley española, siguiendo con la exigencia dispuesta por el art. 23 de la Ley del Registro Civil.

Argumenta el tribunal que si bien la DGRN dispone que la certificación registral extranjera no produce efectos de cosa juzgada y que por lo tanto cualquier parte legitimada puede impugnar ante los tribunales españolas la inscripción en el RC español de dicha certificación, esto no elimina la realización por el encargado del Registro Civil español del control de contenido del asiento objeto de dicha certificación, de modo que deniegue su acceso al Registro Civil español cuando sea contrario al orden público internacional español, o deniegue el acceso de aquellos aspectos del asiento (como el relativo a la determinación de la filiación) en los que se observe tal contrariedad.

Después de lo expuesto y de definir de manera general el orden público, el TS considera que el art. 10 LTRHA integra el orden público internacional español y consecuentemente la decisión de la autoridad registral extranjera (en este caso de california) es contraria al orden público español, resultando incompatible las normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en el presente caso la filiación, que se inspiran en los valores constitucionales de la dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.

En segundo lugar, el Tribunal no aprecia que haya habido una discriminación por razón de la sexualidad dado que el objeto del litigio es la filiación pretendida como consecuencia de una gestación por sustitución, no que ambos solicitantes sean varones. Además la solución habría de ser la misma si los contratantes hubieran constituido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho, o una sola persona.

⁵⁸ En este punto coincide con la DGRN es su resolución de 2009.

Es por ello que desde este momento, todas las certificaciones registrales que deriven de un contrato de gestación por sustitución, estipulado con la gestante por parte de una pareja, independientemente de si es heterosexual o no, serán consideradas contrarias al orden público internacional español.

Por último, el Tribunal en resolver la cuestión del interés superior del menor, entiende que éste es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial. Si bien esta cláusula general se ha de aplicar para interpretar y aplicar la ley así como para colmar sus lagunas, no ha de utilizarse para contrariar lo previsto en la propia ley. Si bien el tribunal es consciente de que el no reconocimiento de la filiación pretendida puede suponer un perjuicio para los niños, hay que realizar una ponderación de valores optando por la solución que menos perjudique a los menores.

Entiende el tribunal que al aceptar los argumentos de los recurrentes estaría vulnerando el interés superior del menor. No es permisible que personas de países desarrollados en buena situación económica obtengan un reconocimiento de la filiación hacia aquellos menores, que les han sido entregados, que proceden de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas empobrecidas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él.

Asimismo, tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio Europeo, según el cual allí donde se establezca una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de que tal vínculo se desarrolle así como otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en la familia, el TS argumenta que existen en el ordenamiento jurídico español diversas instituciones que permiten esto. No cabe por lo tanto el reconocimiento de la filiación pretendida, en aras de otorgar una protección al menor así como su integración en la familia, tal protección e integración se pueden y deben realizar a través de los mecanismos que reconoce la legislación española que no son contrarios al orden público español. Ya el propio artículo 10 LTRHA permite el reconocimiento de la paternidad al padre biológico, teniendo en cuenta también la adopción y el acogimiento familiar entre otras figuras que permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en el núcleo familiar en el cuál están viviendo.

Cabe recordar que el propio tribunal en el fallo de la sentencia que ahora tratamos, instó al ministerio fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le son atribuidas, ejercitara las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de la inscripción de la certificación registral extranjera.

Pese a que los recurrentes entienden que la inscripción de la filiación es una consecuencia periférica del contrato, alegando que no existe incompatibilidad con el orden público que apreció la sentencia de la Audiencia, el TS concluye que la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. Con lo que no puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes.

En conclusión:

El TS niega el reconocimiento de la certificación registral extranjera, por entender, como ya lo hicieron los anteriores tribunales que resolvieron en primera instancia y del recurso de apelación, que ésta es contraria al orden público español contenido en el artículo 10 de la LTRHA.

Asimismo, el tribunal precisa que los menores no pueden quedar sin filiación e insta al ministerio fiscal para que actúe. Hay que destacar aquí que este pronunciamiento es más que interesante pues pese a reconocer que los contratos de gestación por sustitución están prohibidos, se permite que se determine la filiación de los menores nacidos a través de estos contratos a favor de los padres futuros.

Hay que tener presente que ésta sentencia ha sido objeto de muchas críticas, no solo por su decisión final, sino por la manera que tiene de fundamentar sus argumentaciones, así como (a ojos de parte de la doctrina) dejar a los menores en una situación de desprotección e incertidumbre jurídica. Pero de las muchas críticas que ha recibido la sentencia ahora analizada destacaré, el pronunciamiento poco acertado que realiza el Tribunal en su Fundamento Tercero cuando argumenta que “resultaba irrelevante para resolver el supuesto si el título extranjero que debía ser inscrito era la certificación registral o la resolución judicial previamente dictada que homologó el contrato de gestación por sustitución y de la que deriva la propia certificación”⁵⁹.

Cabe recordar que una certificación constituye un mero reflejo distorsionado de la decisión judicial, más en este caso en el que el Derecho Californiano impide que en ella se recoja referencia alguna de la identidad de la madre gestante o biológica y/o información previa a la celebración de un contrato de gestación por sustitución, sin olvidar que en nuestro caso la única información que se contiene en la certificación aportada por los recurrentes es la filiación a favor de los padres comitentes.

Ignora el tribunal que es la resolución judicial la que convalida y atribuye efectos al contrato de gestación por sustitución, la que establece la relación de filiación a favor de los nacionales españoles,

⁵⁹ Sobre este pronunciamiento del TS y de la crítica que se realiza a su sentencia, véase: Heredia. I., “*El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución. Crónica de un desencuentro*”. Del 9 de abril de 2014, Revista 54, opinión, El notario del Siglo XXI

excluyendo la de la madre gestante y la que acredita que ésta emitió libremente su consentimiento y era plenamente consciente de sus actos.

En conclusión, el Tribunal vino a confirmar la sentencia dictada en grado de apelación, nuevamente usa el impedimento del orden público apoyándose en el artículo 10 LTRHA. De manera más o menos acertada aplicó las leyes vigentes para determinar que la certificación registral extranjera aportada al caso (recordemos que era una certificación bastante incompleta e insuficiente en cuanto a los datos que contenía para que el tribunal pudiera analizar las concretas circunstancias del caso) no era un título válido para inscribir la filiación que en ella se contenía a favor de los comitentes. Pese a no permitir este reconocimiento el tribunal busca proteger a los menores, y permite su filiación, pero no a través del reconocimiento de la certificación aportada al caso.

El TS al rechazar el recurso, sigue la línea del propio recurso. Para denegar la inscripción de la filiación derivada del contrato de gestación subrogada llevada a cabo en California, utiliza el obstáculo previsto en el artículo 23 LRC considerando la exigencia de “legalidad conforme a la ley española” con no contrariedad al orden público. Dado que la inscripción pretendida era claramente contraria al artículo 10 de la ley TLRHA, era claramente contraria al orden público.

2.4.7 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 2 de Febrero de 2015:

Finalmente, los comitentes promovieron un incidente de nulidad de actuaciones contra la referida sentencia del Tribunal Supremo, este incidente fue resuelto por el pleno de dicho tribunal en fecha 2 de febrero desestimando el mismo.

Si bien es interesante el análisis de esta sentencia, hay que tener presente que en su gran mayoría se remite a la sentencia dictada en grado de casación, afirmando la misma, como era de esperar en el momento que se interpuso el recurso ahora tratado.

Cabe recordar que el incidente de nulidad de actuaciones no es un nuevo recurso sino que únicamente se entra a examinar si la sentencia recurrida ha infringido derechos fundamentales, pues éste es el único objeto posible del incidente de nulidad de actuaciones.⁶⁰

Probablemente lo más interesante de esta sentencia es la comparativa que el tribunal realiza entre el caso español y la sentencia dictada por el TEDH que resolvía de los asuntos *Menneeson y Labasse* contra Francia, comparativa a la que el Tribunal dedica la mayor parte de su auto.

⁶⁰ Así lo hace constar la propia Sentencia en su Fundamento de derecho Segundo.

De las alegaciones de los recurrentes:

En sus alegaciones ante el Tribunal, los recurrentes alegaron en primer lugar, que el Tribunal de Casación había vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) pues según ellos la Sala habría infringido las normas sobre prueba y carga de la prueba, pues se habían tomado en consideración hechos y circunstancias de las que se había probado su existencia y se habría desviado así el debate desde una cuestión registral civil a otra distinta que tendría que ver sobre las consecuencias de la ilicitud en España de la gestación por sustitución.

Recordemos que esta alegación, que lo que se tenía que tratar era si había o no reconocimiento de la certificación registral extranjera y no las consecuencias de una gestación por sustitución en el extranjero, es un argumento que el matrimonio español alegó en todo momento.

Por otro lado, se argumentó que se había dado una vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación, tanto hacia los menores como hacia los padres. Hacia los menores existía vulneración en cuanto a la no discriminación por razón del nacimiento mientras que hacia los padres existía una vulneración por razón de su orientación sexual.

En último lugar, los recurrentes argumentaron una vulneración del derecho a la intimidad familiar, en cuanto tenían derecho, como pareja, a la procreación médicamente asistida.

Vistas las alegaciones realizadas por los recurrentes, el Tribunal resolvió como sigue:

En primer lugar, el Tribunal manifestó que en el presente caso, el matrimonio español no solo no había aportado el contrato gestación por sustitución por el cual nacieron los menores sino que tampoco aportaron la sentencia judicial Californiana que tenía que dar lugar al reconocimiento e inscripción de la misma en España. Esto ya se había puesto de manifiesto por otros tribunales al resolver en sus respectivas instancias, al no constar el título judicial, lo que había que tener en cuenta a la hora de reconocer o no la filiación de los menores era la contenida en las certificaciones registrales dictadas en California.

El tribunal concluye que al ser los recurrentes los promotores del incidente tenían la disponibilidad sobre la prueba y asimismo los documentos acreditativos de las circunstancias que rodeaba al caso del nacimiento de los menores estaban en su poder, por lo que ellos son los responsables de la falta de acreditación de determinados extremos.

Así pues concluyendo que no existió una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal tampoco aceptó la alegación de los recurrentes de que se tenía que reconocer la decisión del estado extranjero en función de la vinculación de la situación jurídica de los estados y hechos, pues declara que la vinculación que ahora se solicita con el estado Californiano no fue alegada, ni mucho

menos probada con anterioridad pese a que se trataba de una cuestión claramente relevante a la vista del objeto del litigio.

En cuanto a la alteración del debate procesal, que alegan los recurrentes ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, por desviar el Tribunal el objeto del litigio, pues según éstos lo que se tenía que tratar era el reconocimiento de la inscripción registral extranjera y no las consecuencias de la ilicitud en España de la gestación por sustitución, el tribunal concluye que no ha existido vulneración alguna pues el tribunal puede resolver una cuestión que se le plantea de un modo diferente a como la parte que la planteó pretendió que fuera resuelta.

La sentencia del Tribunal de Casación razonó que era preciso valorar la “legalidad conforme a la Ley española” de los asientos extendidos en Registros Extranjeros, pues así lo exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, es decir, que para que pueda ser reconocida la certificación extranjera ésta ha de pasar un control de legalidad que no se supera en el caso que nos ocupa. Esta valoración de legalidad se apoyaba en ver si la decisión de la autoridad extranjera era conforme con las normas del orden público internacional español en materia de filiación y reproducción asistida. El pleno del TS confirma todo esto en su sentencia, entiendo que era necesario tal control de legalidad, y como mencionaba el TS en su auto de febrero, tal comprobación no es superada.

En el análisis de la discriminación por razón de la filiación el tribunal resuelve que el ordenamiento jurídico español no exige que se deba reconocer como filiación la derivada de un contrato de gestación por sustitución.

El tribunal concluye aquí que el legislador español goza de un cierto margen de libertad para atribuir el carácter de relación paterno-filial a determinadas relaciones distintas de la paternidad o la maternidad biológicas, lo que si deja claro es que en caso de atribuirse a una determinada relación el carácter de filiación, entra en juego la exigencia de no discriminación por razón de la filiación de esa relación filial respecto de las demás relaciones filiales. Es por ello que no hay obligación de otorgar la filiación a determinadas relaciones por el mero hecho de que sí que se reconozca la filiación a estas relaciones en ordenamientos extranjeros, como sucede en el presente caso.

Por otro lado, y en relación con la discriminación por razón de la orientación sexual alegada por los recurrentes, el tribunal resuelve como ya resolvieron los otros tribunales en instancias anteriores, que el caso presente no trataba sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo sino sobre una cuestión diferente, como es las circunstancias de la gestación de los menores con base en un contrato de gestación por sustitución.

Esto lo apoya en base a que en todo momento se adoptaron medidas dirigidas tanto a la protección del núcleo familiar que pueda existir, como a dar cobertura y amparo legal a las relaciones

establecidas “de facto” entre sus integrantes. Entiende el tribunal que esta decisión no podría entenderse si hubiera existido una discriminación, como se insinúa, por razón de la orientación sexual de los recurrentes.

Por último en cuanto a la alegación que realizan los recurrentes de que se había vulnerado su derecho a la intimidad familiar, en cuanto el derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida, el tribunal sostiene que el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico, siempre que esta falta de reconocimiento no sea contraria a las exigencias constitucionales ni, en general, al orden público internacional español, y respete las exigencias del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

El tribunal manifiesta expresamente que es posible determinar la filiación paterna del menor, a través de la filiación biológica paterna, pues aunque esto no se había planteado, era muy probable que uno de los esposos fuese uno de los padres biológicos. Asimismo, se acordaron la adopción de las medidas pertinentes para otorgar la protección jurídica que hiciera posible la integración de los menores en su familia. Todo esto lleva al tribunal a denegar tal alegación.

2.4.7.1 De la comparativa realizada en la sentencia con las sentencias del TEDH:

Por último, como ya hemos mencionado anteriormente, el Pleno del Tribunal en su sentencia compara la decisión del Tribunal Europeo de derechos Humanos en relación con los casos Labassee y Mennesson contra Francia con el caso español, dedicándole una gran parte del auto a esta comparativa, ya que los propios recurrentes alegan que se tratan de casos muy parecidos sino idénticos y la doctrina creada por el TEDH era aplicable al caso español.⁶¹

Según la doctrina que fijó el TEDH a través de la sentencia que resolvía los casos Mennesson y Labassee contra Francia, los estados podían entrometerse en la vida privada y familiar de las familias por cuanto en aplicación de su legislación los contratos de gestación por subrogación estaban prohibidos. Esto es debido a que el Tribunal de Estrasburgo otorga un margen de actuación a los Estados en aplicación de su legislación vigente. Aun así, el tribunal dispone que esta injerencia debe ser justa y proporcional en relación con los intereses del Estado y los de las partes.

Llegados a este punto vemos que en el caso español no ha habido ninguna injerencia injusta y desproporcionada por parte del Estado español en la vida privada y familiar de los comitentes,

⁶¹ Así lo podemos apreciar en la propia sentencia en su Antecedente de hecho Sexto, donde precisa que se acordó dar traslado a las partes para que alegaran lo que considerasen oportuno en relación con las sentencias dictadas por el TEDH en fecha 26 de Junio de 2014.

únicamente se niega la filiación que se deriva del contrato de gestación por sustitución, y atendiendo a lo que dispone el tribunal de Estrasburgo esta injerencia estaba justificada, tomando como base la aplicación de la ley española.

Asimismo el TEDH marca una clara tendencia en cuanto a los menores, y ésta es que no se les puede dejar en una situación de incertidumbre jurídica o indefensión, cosa que realizaba Francia al prohibir la filiación de los menores por cualquier mecanismo. El tribunal concluye que en caso de “conflicto” entre los intereses del estado y la vida privada de los menores siempre prevalecerá ésta última.

Visto esto, vemos que los Tribunales españoles no van mal encaminados, pues la injerencia que realizan en la vida privada del matrimonio español es la justa y necesaria para garantizar la aplicación de la legislación española y evitar que los recurrentes eludan una norma legal que les es aplicable y además, no se deja en una situación de incertidumbre en cuanto a los menores se refiere pues el ordenamiento jurídico español permite la filiación de los menores si bien no a través del reconocimiento de la certificación registral Californiana.

Por otro lado, los tribunales españoles de acuerdo con lo que dispone el TEDH permiten la filiación por parte de los padres hacia los niños nacidos a través de una gestación por subrogación, siempre que uno de los padres sea el padre biológico, y precisa que el otro “progenitor” podrá obtener la filiación a través de la adopción. Aquí hay una clara diferencia entre el caso resuelto por el TS y el TEDH por cuanto el caso español debatía sobre la inscripción de una certificación registral extranjera, permitiéndose, en todo caso, la filiación de los menores pero no a través de esa certificación, mientras que en el caso resuelto por el Tribunal de Estrasburgo no se permitía la filiación de los menores de ninguna de las maneras o formas existentes.

Este último argumento es probablemente el de más peso y el más utilizado por el TS al diferenciar el caso español del caso resuelto por el TEDH. Mientras que la situación que provenía de Francia provocaba una total imposibilidad para los padres de inscribir la filiación de sus hijos, en España esto no es así. Los matrimonios franceses acuden ante el TEDH porque no pueden inscribir la filiación de los menores, mientras que en España si que se permite la inscripción, pese a que no es a través del mecanismo que pretenden los padres intencionales. Cabe recordar asimismo que el TEDH resuelve que SI que se ha de determinar la filiación de los menores en Francia, pero no dispone que mecanismo se ha de seguir o utilizar para determinar dicha filiación, si se hubiera fijado que tendrían que inscribirse las certificaciones registrales emitidas en el extranjero sí que estaríamos ante un caso en el que España podría verse obligada a cambiar sus pronunciamientos sino su posición, pero no es así, el pronunciamiento del TEDH es muy similar sino idéntico al realizado por el TS, visto esto, no creo que el debate debe extenderse más allá de lo que ya se ha extendido.

En conclusión:

Finalizaré, diciendo lo que ya sabemos, el Pleno del TS desestimó el incidente de nulidad de actuaciones, confirmando la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Supremo en grado de casación.

En definitiva, el Tribunal Supremo en esta última sentencia sigue la línea que ya iniciaron Juzgados de rango inferior al resolver las cuestiones en las primeras instancias, usa como referente el artículo 10 de la Ley 14/2006 para determinar la nulidad del contrato de gestación por sustitución, acordando que la madre gestante es la que obtiene en todo caso la filiación sobre el recién nacido, pero sin perjuicio de que el padre biológico también pueda obtener dicha filiación si se prueba su paternidad (apartado 3 del citado artículo).

Esta ilegalidad en cuanto a la práctica reproductiva citada, entrar a operar de manera automática al analizar si se ha de reconocer o no una certificación extranjera, dispone el tribunal que en aplicación del artículo 23 de la Ley del Registro Civil, para que una certificación extranjera pueda ser reconocida en España e inscrita como tal debe pasar un control de legalidad previo, control que en el caso analizado no supera.

No obstante, se acuerda que pese a que no puede establecerse una filiación por nacimiento, pues es imposible que dos hombres engendren conjuntamente a dos bebés, sí que se podrá establecer la filiación por otros medios previstos en las leyes españolas, como por ejemplo la adopción, no dejando así a los niños en una situación de indefensión e incertidumbre como ocurría en Francia (casos Labassee y Mennesson).

2.5 Doctrina creada por nuestros tribunales en el caso tratado y comentario a la misma:

2.5.1 Del reconocimiento en el caso tratado:

Una cosa esta clara, el caso que nos ocupa se centra sobre un único tema, y éste es un tema registral, la cuestión tratada es si la certificación registral californiana, que dispone que los padres de los menores es el matrimonio español, se puede inscribir válidamente en España (inscripción de la filiación).

Pese a eso, muchas cuestiones se derivan del reconocimiento o no de la inscripción practicada en el extranjero, consecuencia más que lógica si tenemos en cuenta la prohibición del artículo 10 LTRHA, el orden público español, o la gran cantidad de derechos que entran en juego en el reconocimiento de la certificación registral extranjera que en el caso que hemos visto se pretende.

Cabe decir que el TS realiza un pronunciamiento nada desacertado a mi entender cuando precisa que “la denegación de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en

ella determinada, pero no al resto de su contenido”, aquí se puede ver la tendencia clara de nuestro tribunal por cuanto únicamente se deniega la filiación de los menores.

El argumento utilizado a lo largo del proceso por los Tribunales españoles fue la prohibición de inscribir la certificación registral extranjera californiana en base a que ésta era contraria al orden público español en aplicación de los artículos 23 LRC (artículo 98 de la nueva ley del RC de 2011) y 10 LTRHA. Tal vez un argumento que utiliza constantemente y no solo el TS al resolver el recurso de casación sino que es utilizado por todos los tribunales en las diferentes instancias del caso. Probablemente, el Tribunal cae en una especie de “causa general”⁶² por cuanto considera que la exigencia de “legalidad conforme a la ley española” prevista en el artículo 23 LRC se entiende como no contrariedad al orden público español y utiliza este argumento contra todo tipo de filiación derivada de gestación por sustitución.

2.5.2 Del orden público:

El orden público se ha constituido como la mayor objeción al reconocimiento en aquellos países que no conocen o prohíben la gestación por sustitución.⁶³

Esto se da en España, y lo apreciamos en las sentencias arriba analizadas por cuanto nuestros tribunales, en base a que al ser la certificación extranjera Californiana contraria al artículo 10 de la LTRHA, contradice el orden público. Argumentan pues, nuestros tribunales, que al ser los contratos de gestación por sustitución prohibidos por el artículo 10 LTRHA su reconocimiento en España vulneraría el orden público.

Es curioso si más no, que el Tribunal haga este pronunciamiento tan generalizado del orden público, sin mostrar de forma clara y concreta porque este reconocimiento (en nuestro caso de la filiación de los menores) iría en contra del orden público español y más cuando el propio TS proclamó en su Auto de 21 de Abril de 1998, que el control del orden público no se realiza respecto de una determinada institución (en este caso, la maternidad subrogada), sino respecto de los efectos que supondría la inscripción del concreto documento extranjero en España. Es por ello, que considero que hubiera sido preciso que el TS hubiera analizado que consecuencias concretas tendría para orden público español reconocer la filiación contenida en la certificación registral californiana. Si bien hay que tener presente que en este caso que nos ocupa, únicamente se aportó una mera certificación registral cuyo único contenido es la afirmación de que los menores son hijos de los padres intencionales, sin

⁶² Álvarez, S. “*Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil)*”. p.6

⁶³ Álvarez, S. “*Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil)*”.

aportarse resolución judicial alguna, circunstancia que provocó que el TS no pudiera valorar las circunstancias concretas del supuesto debido a que no disponía de elementos suficientes, creo que el TS debería haber analizado si las exigencias contenidas en los artículos 10.1 (derecho a contraer matrimonio), 18.1 (protección de la familia, y de los hijos), 32 (derecho a la intimidad familiar) y 39 CE (igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil)⁶⁴, que la sentencia considera cruciales en este tema, se veían o no comprometidos como consecuencia de la inscripción solicitada⁶⁵.

Cabe tener presente el gran debate que generó la compatibilidad o incompatibilidad con el orden público español de la maternidad subrogada, que dejó en un segundo plano los aspectos de mera legalidad ordinaria (típicamente registrales) desviándose el tema central de discusión, que como bien señalaron los recurrentes no era otro que el reconocimiento en España de una certificación registral extranjera.

Tal como dispuso el TS en su sentencia nº 835/2013, de 6 de febrero de 2014, los niños que habían nacido (en el caso concreto) de una gestación por sustitución, tienen acceso al Registro Civil, pero lo que no se inscribe es la filiación, debido a que ésta no puede determinarse por el hecho de la maternidad subrogada.⁶⁶

En definitiva, y tal y como dispone Santiago Álvarez,⁶⁷ distinguir entre los supuestos aceptables y los no aceptables, los que vulneran el orden público y los que no lo hacen, es mucho más justo (además de más eficiente para la tutela de los derechos implicados) que abstraerse del caso concreto y defender un orden público apriorístico y voluntarista.

2.5.3 El interés superior del niño:

Hemos podido apreciar como el interés superior del menor es una cuestión de suma importancia que se encuentra en el tema tratado. Así lo han apreciado nuestros tribunales al resolver las cuestiones de

⁶⁴ Constitución Española de 1978

⁶⁵ Este extremo es también analizado por Santiago Álvarez en, “*Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil)*”.

⁶⁶ Laura Carballo Piñeiro, *España: doctrina e interacción entre el Tribunal Supremo español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito de la gestación por sustitución*. Del 11 de marzo de 2015. Disponible en: <https://cartasblogatorias.com/2015/03/11/espana-doctrina-e-interaccion-entre-el-tribunal-supremo-espanol-y-el-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-a-proposito-de-la-gestacion-por-subrogacion/> [Consultado: 25/04/2015]

⁶⁷ Álvarez, S. *Reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución*. p. 84

maternidad subrogada y así lo han realizado también tanto los tribunales estatales de los demás Estados miembros como el Tribunal Europeo de Derechos humanos en sus sentencias.

Cabe preguntarnos, hasta qué punto se ve afectado el interés superior del menor y hasta qué punto han utilizado los tribunales este argumento para razonar sus resoluciones y pronunciamientos, abusar de la noción del “interés superior del menor” nos conduce a una construcción del reconocimiento de la filiación derivada de una gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero, en la que la decisión ya puede estar tomada de antemano sin conocer las concretas circunstancias del caso⁶⁸.

En primer lugar cabe recordar que este problema no es exclusivo de la gestación por sustitución, pues en España, cabe destacar el caso resuelto por el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de Enero de 2010, en materia de reconocimiento de una adopción extranjera⁶⁹.

En el caso tratado nos encontramos con dos puntos de vista, por un lado el de nuestros Tribunales por cuanto entienden que reconocer la filiación derivada del contrato de gestación por sustitución llevado a cabo en el extranjero (al menos en el caso tratado) vulneraría el interés superior del menor con lo que el no reconocimiento de tal filiación es justamente para proteger dicho interés, y por otro lado, tenemos la posición de la DGRN por cuanto entienden que en beneficio y protección del interés superior del menor hay que reconocer la filiación del mismo, el cual quedaría desprotegido y sin identidad, con las consecuencias negativas que ello provoca.

Más allá de la posición de la DGRN a la que me referiré más adelante, ahora me interesa destacar el pronunciamiento de nuestros tribunales con el tema tratado.

Ya en la Sentencia del TS que resuelve del recurso de casación, el tribunal pondera este interés superior del menor en el mismo plano que el resto de valores o derechos que concurren en el supuesto, y se pone de manifiesto que el no reconocer la filiación a los niños les deja en una situación complicada y difícil por cuanto se pueden ver vulnerados sus derechos al quedarse sin identidad (no tienen nacionalidad) pero antepone dicho reconocimiento a su dignidad argumentando que si se reconoce dicha filiación, su dignidad se vería vulnerada.

El tribunal niega pues la filiación justamente en aras de proteger el interés superior del menor, cosa que a priori puede parecer más que contradictoria, pero se escuda en el hecho de que permite la filiación de los mismos a través de los diferentes sistema previstos en España. Precisa el tribunal que

⁶⁸ Sobre este extremo se pronuncia Álvarez, S. en: *Reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución*. P.86

⁶⁹ Álvarez, S. en: *Reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución*. P.86

reconocer la filiación pretendida iría en contra de los menores (de sus derechos y dignidad) con lo que la filiación sí que se podrá determinar, pero no a través de la forma que pretenden los recurrentes.

Todo esto viene a confirmarse por la sentencia que resuelve del incidente de nulidad de actuaciones, entendiendo nuevamente que la manera de proteger al menor es justamente no reconociendo la filiación decretada en el Estado de California.

No vengo en este análisis a contradecir lo dispuesto por el Tribunal, pues entiendo que reconocer la filiación sería dar carta blanca a que otras personas pudieran tener hijos a través de este sistema reproductivo prohibido en la actualidad, pudiendo quedar así los menores nacidos a través de esta práctica en una situación de indefensión, pero sí que considero que habría que analizar cada caso concreto en relación con la protección del interés superior del menor, pues utilizar este argumento para negar toda filiación derivada de esta práctica reproductiva nos haría caer en un error al considerar que todo reconocimiento de esta filiación iría en contra del citado interés.

En sus sentencias, el Tribunal se pronuncia en cuanto se permite la filiación paterna de los menores, si se demuestra el vínculo biológico con el padre intencional⁷⁰ y asimismo la adopción u otro sistema para obtenerla si se muestra la vida familiar “de facto”, e insta al Ministerio Fiscal para que actúe. ¿Pero cuando se ha de dar este reconocimiento?

Queda muy bonito este pronunciamiento, y permite al tribunal desquitarse de cualquier crítica que se le pueda realizar por no reconocer la filiación, pues sí que lo hace pero de manera “legal”, pero ¿y los menores? ¿Es consciente el tribunal del tiempo que llevan sin filiación?

Me planteo todas estas cuestiones teniendo en cuenta que este proceso se inició en 2008 y la resolución del Pleno del TS ha sido en febrero de este año, en 2015. Todo este tiempo los menores han estado en una situación que justamente el Tribunal expone que es problemática, difícil para los menores y que hay que evitar.

Creo que establecer un sistema urgente para reconocer dicha filiación (ni que sea de manera provisional) solucionaría muchos posibles futuros problemas y haría que tanto los menores como los padres estuvieran no solo más tranquilos, sino más protegidos y seguros.

Entiendo que los recurrentes actuaron en fraude de ley, entiendo que la filiación reconocida en California no es inscribible, y acepto y celebro que se permita la filiación a través de un sistema “legal” previsto en España, pero un menor no puede estar siete años sin que se determine su filiación.

⁷⁰ Muy probablemente este pronunciamiento de nuestros tribunales les venga “exigido” a través de lo que dispone el artículo 10.3 LTRHA.

No me quiero imaginar que hubiera pasado si los padres hubieran fallecido, o si algún problema de especial gravedad hubiera ocurrido, ¿qué pasaría entonces con los menores? ¿De dónde serían nacionales y quien los cuidaría?

2.6 La posición de la DGRN:

En el caso español tratado hemos podido ver que en todas las instancias los tribunales coinciden en algo, y es que la filiación derivada de una gestación por sustitución ocurrida en el extranjero que se determina en una certificación registral extranjera no puede ser inscrita en el Registro Civil español (y más en el caso tratado por cuanto la certificación aportada únicamente contenía información relativa al nacimiento de los menores y que los comitentes eran los padres de éstos). Pero que todos nuestros tribunales coincidan en esto no quiere decir que lo haga todo el mundo.

Esto es debido a que durante todo el proceso la DGRN ha tenido una opinión opuesta a la de nuestros tribunales por cuanto determina y concluye que la filiación sí que debe ser inscrita (por lo menos la referida al caso que nos ocupa)⁷¹.

Ya realiza este pronunciamiento en su resolución del 18 de febrero de 2009 cuando el matrimonio español le presenta un recurso por cuanto el canciller encargado del registro consular denegó la inscripción pretendida.

El posicionamiento (como ya he mencionado anteriormente) de la DGRN es claro, el caso únicamente busca determinar si una filiación que ya ha sido determinada en virtud de una certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil Español. Es decir, estamos ante una cuestión puramente registral, no ante el análisis de si la maternidad subrogada es válida o no en España.

Posiblemente el mayor error de la DGRN fue el no aplicar el artículo 23 de la Ley del Registro Civil. El RRC posee un valor normativo menor que la LRC con lo cual el aplicar únicamente el artículo 81 del Reglamento por ser más beneficioso para el caso concreto no sería correcto. Pasa por alto la

⁷¹ Salvo error u omisión, después de la primera sentencia y hasta la fecha la DGRN se ha pronunciado sobre reconocimiento de certificaciones extranjeras en resoluciones de 3 de mayo de 2011, 6 de mayo de 2011 (tres de la misma fecha), 9 de junio de 2011 (tres) y 23 de septiembre de 2011 (dos de esta fecha). El análisis es el diseñado por la instrucción de 2010, cuya vigencia no ofrece dudas a la Dirección General, y por eso rechaza la inscripción de las expedidas por autoridades indias, que no vienen respaldadas por resolución judicial, y acepta las procedentes de EEUU (que son todas las demás). Se supone que si son tan pocas es porque los encargados del registro han interiorizado la doctrina del Órgano directivo y no ponen problemas a la inscripción (o la base de datos es muy mala).

DGRN el control de legalidad que deben llevar a cabo los tribunales, de manera previa a la inscripción así como la constatación real de los hechos alegados.

A parte de esta resolución, en la que se vio obligada a pronunciarse, la DGRN realizó la instrucción de 5 de octubre de 2010⁷², por voluntad propia, visto el debate que se estaba generando, a raíz del caso ahora tratado, en cuanto si se debía inscribir o no en el Registro civil español el nacimiento de los menores considerando al matrimonio español como padres de los mismos.

Esta instrucción, analizada en el apartado correspondiente, trata de fijar los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos mediante la gestación por sustitución realizada en el extranjero.

Sorprende que la DGRN establezca unos requisitos que debe cumplir el contrato para no ser considerado nulo, para poderse reconocer así sus efectos en la filiación del nacido cuando este tipo de contrato se encuentra prohibido por la legislación española. Esta Instrucción pretende aplicar los requisitos de la ley a un supuesto prohibido por la propia Ley.

Si bien la DGRN tiene una serie de competencias que le son propias (ordenación y dirección, arts. 9 LRC y 41 RRC) no creo que utilizar estas competencias para inaplicar la ley española (artículo 10 de la LTRHA) sea lo correcto. Considero que este hecho provoca que la DGRN regule cuestiones de carácter sustantivo con una grave quiebra del principio de legalidad en el que se asienta el sistema jurídico del RC español.

La Instrucción de 5 de octubre de 2010 se olvida, nada menos, que de la exigencia del control de la legalidad de las resoluciones judiciales extranjeras en procedimientos análogos al de jurisdicción voluntaria. Control de legalidad que debe ser encomendado por ley a la autoridad competente y, siempre conlleva la conformidad del hecho o acto inscribible con la ley española.

En conclusión, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN vuelve a inaplicar el art. 23 LRC (actual 98), que establece que las inscripciones registrales se podrán practicar, por certificación de asientos extendidos en asientos extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho

⁷² Véase el comentario de Francisco Javier Jiménez Muñoz a esta Instrucción, en: *Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014,736)*. Rev. boliv. de derecho nº 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157. Pp. 409-412

inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Parece ser que esta Instrucción viene a respaldar el fraude de ley derivado del “turismo reproductivo”.⁷³

2.7 Necesidad de una regulación:

Llegados a este punto, cabe preguntarnos cuán necesario es regular esta práctica reproductiva. Hemos observado como los contratos de gestación por subrogación han generado multitud de problemas que nuestros tribunales tratan de resolver, con mayor o menor acierto, pero lo que sí que está claro es que lo realizan sin una regulación en la que apoyarse en la toma de decisiones, que no son nada intrascendentes.

Se acude a la LRC para resolver la cuestión de si una certificación registral extranjera que determina una filiación en favor de dos españoles que constan en la misma como padres de unos niños nacidos a través de un contrato de gestación por sustitución es válida e inscribible en España, y a raíz de esta ley se determina si se ha de controlar o no esta inscripción, de si es contraria al orden público, etc. pero personalmente considero que no ha de ser la LRC la que dé solución a estos casos, no es esta ley la que ha de regular los efectos en España de este tipo de contratos, es por ello necesario que se establezca una regulación sobre el tema, cuanto antes mejor, y si mas no que sea el Código Civil o las leyes internacionales las que se ocupen del asunto.

Fruto de esta falta de regulación en nuestro país, se ha creado por iniciativa legislativa popular una propuesta de regulación de la gestación por subrogación en España. Si bien esta iniciativa no proviene de ninguna instancia oficial, creo que es interesante analizar alguno de sus 11 artículos por cuanto puede servir como borrador o guía para el legislador a la hora de regular legalmente la maternidad por sustitución, si tal día llega⁷⁴.

Ya en su artículo 1.2 la iniciativa popular da una definición amplia y precisa de lo que es la gestación subrogada, hecho más que útil y necesario, que no encontramos actualmente en ningún precepto legal español.

El artículo 2 expone una serie de condiciones como son, informar a la madre gestante, con anterioridad a la gestación, de los riesgos y condiciones de la técnica, la madre gestante ha de aceptar

⁷³ Tal y como menciona Jiménez Muñoz, F. J: “bastaría con obtener una resolución judicial extranjera determinando la filiación a favor de un español para que, en base al interés superior del menor, se inscribiera automáticamente dicha filiación, pese a la prohibición de la gestación por sustitución por la LTRHA.” *Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014,736)*. p.412

⁷⁴ Algunos autores como Antonio J. Vela Sánchez ya han analizado esta iniciativa legislativa popular. Véase *Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España*. Diario la Ley nº 8457, Sección Doctrina, 13 de enero de 2015, Año XXXVI, Editorial La Ley p.1-19

libre y conscientemente y siempre de manera previa, así como que la gestación únicamente se realizará cuando haya posibilidades razonables de éxito y no haya ningún riesgo para la salud, tanto física como psíquica, de la mujer gestante.

Otra cuestión relevante y muy acertada a mi parecer, es lo que dispone el artículo 3 del citado proyecto, por cuanto dispone que la madre gestante ha de ser mayor de edad, mínimo que creo no puede ser negociable en ningún caso, además de tener un buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. En este mismo artículo se dispone que la gestación subrogada nunca tendrá carácter comercial o lucrativo, más allá de la compensación económica que se pueda fijar en base a los gastos que pueda tener la madre gestante así como las molestias físicas que pueda sufrir. Esto creo que es básico para poder considerar la gestación subrogada como un método para las personas o parejas infértiles de tener un hijo y que deje de ser un negocio para ciertas personas, la madre gestante ha de querer ayudar a esa pareja o persona infértil, no sacar un beneficio económico de ella.

En cuanto a los artículos 7 y 8 del citado proyecto de ley, cabe destacar el hecho de que la filiación de los nacidos mediante gestación por subrogación se regulará por las leyes civiles. Así mismo se dispone que en ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación. Otro dato a destacar es que se prohíbe a las partes impugnar la filiación del hijo nacido como consecuencia de la gestación siempre que las personas subrogantes hayan finalizado el contrato de gestación por subrogación y se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación.

En definitiva, una breve lectura de esta iniciativa popular nos muestra que muchos problemas pueden ser evitados si se regula la maternidad subrogada. Tal regulación no tiene que tener como objetivo permitirla, pero si dar una definición de esta práctica, proteger a los sujetos que intervienen (sobre todo a los sujetos vulnerables como son el nacido y la madre gestante) e intentar dar soluciones a aquellos casos que deben ser controlados por los Tribunales a posteriori, cuando el niño ya ha nacido.

2.8 Consideraciones finales:

Vista la situación actual que generan los acuerdos de gestación por sustitución realizados en el extranjero en España, podemos concluir diciendo que hay una urgente necesidad de regulación en este tema, que tendría que ser tratado por el legislador con la mayor urgencia posible.

Sí que es cierto que en julio de este año entrará en vigor la nueva ley del RC que es más completa que la ley de 1957 a la que deroga y que probablemente establezca un sistema de reconocimiento más internacionalizado y actual que el hemos tenido hasta ahora, no creo que esta nueva ley vaya a resolver los problemas que hemos visto a lo largo del apartado ahora expuesto, por otro lado, no es la LRC la que debe resolver estas cuestiones.

Pese a los posicionamientos que encontramos, lo que ha quedado claro es que en el caso que hemos analizado el matrimonio español actuó en fraude de ley. Ir a California a tener un hijo a través de un vientre de alquiler muestra el afán de estas personas de acudir a una legislación extranjera con la intención de que se les aplicara la ley de dicho país evitando así que se les aplicara la ley española, que no les era para nada favorable.

Más allá de los pronunciamientos de nuestros tribunales y de la sorprendente posición de la DGRN (con sus increíbles pronunciamientos y argumentaciones) queda claro que está prohibido en España esta práctica reproductiva, no creo que intentar buscar los recovecos interpretativos que permiten nuestras leyes pueda ayudar en nada a estos casos.

Queda demostrado que la intención del matrimonio español fue la de eludir la norma española que les era aplicable y pasar a debatir una cuestión puramente registral, se critica sobre todo al TS por sus pronunciamientos, pero no se critica la actuación de los padres intencionales, que fueron los primeros en generar la controversia ahora analizada con sus actos fraudulentos, todo esto sumado a su conocimiento de que la ley española prohíbe los vientres de alquiler.

Por otro lado, y a la vista de la gran cantidad de pronunciamientos realizados, no cabe duda de la gran cantidad de problemas que genera esta práctica en España y la enorme cantidad de derechos y preceptos legales que entran en juego.

3. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:

3.1 Situación actual:

En relación con el asunto que nos ocupa, esto es, la maternidad subrogada, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante TEDH o Tribunal de Estrasburgo, son de gran importancia no solo por los casos que ha resuelto, sino porque sus resoluciones pueden provocar que los Estados deban cambiar sus ordenamientos, políticas y pronunciamientos en relación con la gestación por sustitución.

En sus sentencias, el TEDH hace un análisis exhaustivo de todos los datos relevantes, esencialmente a efectos de valorar si habría habido una vulneración del art. 8 del CEDH (derecho a la vida privada y familiar). Esta exhaustividad es especialmente visible en la enumeración de aspectos de la vida diaria que se ven afectados por la ausencia de inscripción en el registro, así como las consecuencias potenciales en materia de nacionalidad o de posibles derechos hereditarios de los nacidos.

El TEDH distingue, en este sentido, los aspectos ligados al derecho del respeto a la vida familiar (de todos los recurrentes) y los ligados al derecho a la vida privada (sólo en relación con los hijos).

El siguiente análisis será respecto de dos de las sentencias más importantes y recientes del TEDH en relación con la gestación por sustitución.

3.2 Tratamiento jurisprudencial:

3.2.1 Sentencia de 26 de Junio de 2014 que resuelve el asunto Labassee y Mennesson contra Francia:

Este caso ha sido uno de los más recientes resueltos por el Tribunal de Estrasburgo y que ha generado un gran revuelo pues a raíz de la resolución del Tribunal se planteó si los Estados debían adaptar o no sus ordenamientos a lo dispuesto por el TEDH.

De los hechos:

Aquí, dos matrimonios apellidados Labassee y Mennesson contrataron en los Estados Unidos dos gestaciones por sustitución, por implantación de embriones en los úteros de otras mujeres. De las citadas gestaciones nacieron, en un caso, una niña y en el otro dos niñas gemelas.

En este caso, existían dos sentencias dictadas en los Estados de Minnesota y California, respectivamente, según las cuales cada una de las parejas eran los padres de las respectivas niñas.

La problemática surgida aquí, es que las autoridades francesas se negaron a inscribir en el Registro Civil francés las actas de nacimiento de las niñas por considerar que tal medida era contraria al orden público francés, que establece la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas (arts. 16-7 y 16-9 del Código Civil Francés). Según los tribunales franceses el contrato de gestación por subrogación tenía carácter fraudulento y era contrario al orden público hecho que lo convertía en un acto nulo.

Interpuesto recurso de casación por ambos matrimonios, el Tribunal de Casación francés consideró que la gestación por sustitución impide absolutamente el establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes, sea mediante la inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sea mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación fundada en que los solicitantes han criado y educado al niño desde su nacimiento, sea mediante la constatación de la filiación biológica paterna o bien mediante la adopción.

El Tribunal de Casación manifestó que *“en presencia de este fraude, ni el interés superior del niño garantizado por el artículo 3 § 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ni el respeto a la vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 de la Convención (...) podían ser invocados útilmente”*

Aquí vemos la verdadera problemática en este caso, que reside en que los tribunales franceses prohíben que se inscriba la filiación de cualquier manera, dejando a los menores en una situación de indefensión y de incertidumbre, por lo que comporta no tener una filiación.

Fruto de esta imposibilidad de obtener la filiación de los menores a través de cualquier mecanismo, los matrimonios Labasse y Menneson acudieron ante el Tribunal de Estrasburgo invocando el artículo 8 del Convenio Europeo (respeto a la vida privada y familiar), por el perjuicio que para el interés superior del menor se derivaba el hecho de no poder obtener en el Estado Francés el reconocimiento de una filiación legalmente reconocida en el extranjero.

El fallo del Tribunal fue el siguiente:

En primer lugar, el TEDH señaló que el artículo 8 era aplicable tanto en los que se refiere a “vida familiar” como a la “vida privada”, por otro lado, el tribunal recuerda que hay una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación.

Visto esto, el tribunal de Estrasburgo, consideró que en el sentido del artículo 8, la injerencia de los tribunales franceses en la vida privada y familiar de los demandantes, que se refería a la negativa de las autoridades francesas a reconocer la relación de filiación, estaba justificada y respondía a fines legítimos, como son en este caso, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades

de los demás. Llegados a este punto el Tribunal se planteó si esta injerencia era necesaria en una sociedad democrática.

En el estudio sobre si era necesaria o no tal injerencia, el Tribunal de Estrasburgo se centró en analizar si se había alcanzado un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados, sin olvidar que hay que incluir en este análisis el principio esencial según el cual cada vez que está en cuestión la situación de un niño, debe primar ante todo el interés superior de éste.

Resolviendo sobre la cuestión descrita, el TEDH concluyó que la vida familiar de los recurrentes se tenía que ver necesariamente afectada debido a la falta de reconocimiento por parte del derecho francés de la relación de filiación entre los hijos y los esposos que contrataron la gestación en un país extranjero. Por otro lado el Tribunal aprecia que se alcanzó un justo equilibrio entre los intereses de los recurrentes y los del Estado en lo que se refiere a su derecho al respeto a la vida familiar, pues como expone el Tribunal, los padres e hijos se pudieron establecer juntos en Francia y no se ha observado riesgo de que sean separados, únicamente se les ha limitado en relación con la ilegalidad que supone en Francia la maternidad subrogada, sin excederse de sus funciones ni aplicar medidas drásticas que pudieran ser desproporcionadas o injustas.

Sin embargo, por lo que se refiere al respeto de la vida privada de los niños así nacidos, el Tribunal de Estrasburgo apreció en su sentencia que estos se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica. Teniendo en cuenta que los niños han sido identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes, Francia les niega esta consideración en su ordenamiento jurídico, porque la gestación por sustitución impide absolutamente el establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes, sea mediante la inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sea mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación por constar que los solicitantes crían y educan al niño desde su nacimiento, sea mediante la constatación de la filiación biológica paterna, sea mediante la adopción.

Al estar en esta situación de incertidumbre en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa, a pesar de que su padre biológico sea francés, se genera una indeterminación que puede afectar a la definición de la propia identidad de los menores, asimismo, esta situación generaría una situación de desfavorecimiento en cuanto a los derechos sucesorios se refiere, entre otras privaciones y limitaciones que generaría el hecho de privarles de una identidad filial.

Así pues, y considerando la filiación como un aspecto esencial de la identidad del individuo, y visto que en los casos tratados los tribunales franceses se niegan a otorgar cualquier posibilidad de que se establezcan lazos paternos filiales entre los comitentes y los niños, existe un desequilibrio

injustificado entre los fines legítimos buscados por el Estado y el respeto a la identidad de los menores.

Al obstaculizarse tanto el reconocimiento como el establecimiento de su vínculo de filiación respecto de su padre biológico, se concluye que el Estado francés fue más allá de lo que permitía su margen de discrecionalidad, por lo que en ambos casos se había ignorado el derecho de los niños al respeto a su vida privada, violando el artículo 8 del Tratado.

Después de estas sentencias el gobierno francés mencionó que no iba a recurrir y por lo tanto las acataría. Ahora queda ver si esto se cumple y si tendrá alguna consecuencia legislativa.

En conclusión:

Como podemos observar el TEDH en primer lugar, otorga un amplio margen de discrecionalidad a los Estados a la hora de decidir y establecer que consecuencias jurídicas tienen en sus países las gestaciones subrogadas realizadas en el extranjero, por alguno o algunos de sus nacionales que regresan con el menor nacido a través de esta práctica.

Si bien se otorga un margen de discrecionalidad a los estados, que incluso permite aceptar la injerencia de estos en la vida familiar de las personas que han acudido a estas técnicas reproductivas, es importante analizar, como realiza el tribunal, si esta injerencia no solo es necesaria sino que es justa y proporcional.

En el caso que nos ocupa, se pudo demostrar que las familias convivían en una auténtica unidad familiar, titular de los derechos del artículo 8, sin olvidar que uno de los comitentes era el padre biológico de los menores, esto se daba en ambos supuestos.

Cabe tener presente, que el tribunal también recuerda que estos elementos descritos anteriormente, la unidad familiar, el padre biológico, etc. Son los que provocan que se pueda hablar de una vulneración del derecho a la vida familiar, pero que esto no es trasladable a todos los casos, habrá que analizar cada caso que se presente por separado y decidir entonces.

Como conclusión cabe decir, que esta sentencia deja muchas preguntas sin resolver, preguntas tales como:

- ¿Qué pasaría con la madre intencional si se hubiera determinado la filiación respecto del padre biológico en Francia?
- ¿Existe violación del derecho a la igualdad de los niños nacidos en gestación subrogada en relación con el artículo 8 de la Carta?
- ¿Qué sucedería si el padre intencional no fuera el padre biológico?

- ¿Se permite cualquier medio para inscribir y determinar la filiación de los menores?

Las respuestas a estas preguntas puede que lleguen en casos posteriores o bien que nunca las sepamos.

3.2.2 Sentencia del 27 de enero de 2015 que resuelve el asunto Paradiso et Campanelli contra Italia:

Esta sentencia fue dictada por el TEDH en fecha de 27 de Enero de 2015, y vuelve a resolver sobre el tema de la filiación ocurrida en el extranjero mediante un contrato de gestación por sustitución.

De los hechos:

Este caso se origina a través de un contrato de gestación por sustitución que firman un matrimonio italiano apellidados Paradiso y Campanelli con la empresa Rosjurconsulting de la Federación Rusa, la cual se ocupó de encontrar una madre gestante y agilizar el procedimiento. Para engendrar al hijo se usaron técnicas de fecundación *in vitro*.

El bebé nace en febrero de 2011 y de acuerdo con la legislación rusa fue inscrito como hijo del matrimonio italiano, si bien no se indicó que había nacido a través de un acuerdo de maternidad subrogada.

En abril de 2011 el Consulado de Italia en Moscú entregó los documentos que permitieron al niño viajar a Italia. A los pocos días de llegar a Italia, el Sr. Campanelli solicitó a la autoridad municipal de Colletorto la inscripción del nacimiento del niño, pero esta inscripción fue denegada. Por su parte, el Consulado de Italia en Moscú informó al Tribunal de menores de Campobasso, al Ministerio de Asuntos Exteriores y a las autoridades de Colletorto que el expediente sobre el nacimiento del niño contenía información falsa.

Ya en mayo 2011, se acusó a la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli de alteración del estado civil y de incumplir la legislación italiana e internacional sobre adopción. La Fiscalía del Tribunal de menores de Campobasso solicitó la apertura de un procedimiento para dar al niño en adopción puesto que, de acuerdo con lo que disponía la legislación italiana, había sido abandonado.

En agosto de 2011, se reveló a través de una prueba de ADN que el Sr. Campanelli no era el padre biológico del niño, este hecho, unido al comportamiento contrario a la ley, condujo al Tribunal de menores a quitar al niño de manos de los comitentes y someterlo a tutela. El niño fue colocado en un hogar de acogida sin informar a la Sra. Paradiso y al Sr. Campanelli de su localización ni permitirles ningún contacto con él. En enero de 2013 el bebé fue entregado a unos padres adoptivos, quedándose además sin identidad formal.

En abril de 2013 el matrimonio italiano intento nuevamente inscribir el acta de nacimiento de Rusia, pero esto fue nuevamente denegado debido a su contrariedad con el orden público y a la inexactitud de la certificación, puesto que no existía ninguna relación biológica entre el niño y los solicitantes. Estos últimos alegaron, sin éxito, que habían actuado de buena fe y que no tenían conocimiento del material genético que había sido utilizado en la clínica rusa. En el mismo mes de abril de 2013, el niño recibió una nueva identidad, indicándose en el nuevo certificado de nacimiento que había nacido de padres desconocidos. En junio de 2013, el Tribunal de menores declaró que los solicitantes carecían de capacidad de actuar en el procedimiento de adopción iniciado por ellos, puesto que no eran ni los padres ni familiares del niño.

Llegados a este punto, el matrimonio italiano acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en fecha 27 de Abril de 2012, y basándose en el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) se quejaron sobre la negativa de los Tribunales italianos de reconocer la relación padre-hijo establecida en el extranjero y al hecho de que el hijo les había sido sustraído y dado en adopción sin informarles ni de su paradero ni de su nueva identidad.

El tribunal resolvió de la siguiente manera:

De todas las reclamaciones que realizaron los demandantes, el Tribunal de Derechos Humanos únicamente aceptó la relativa a la sustracción del niño y la colocación bajo tutela, aquí la corte, teniendo en cuenta que existía una vida de facto de la familia entre la pareja y el niño, sostuvo que el Artículo 8 era aplicable al caso y por lo tanto admitió dicha queja (como curiosidad, cabe destacar que el Tribunal de Estrasburgo no admitió la demanda de los requirentes en nombre del niño, únicamente se limitó a verificar si se había vulnerado el derecho a la vida privada y familiar de los padres intencionales⁷⁵). Si bien el matrimonio italiano solo había pasado seis meses con el bebé, a ojos del Tribunal este periodo había cubierto importantes etapas de su vida joven y por otro lado, éstos se habían comportado como padres hacia el bebé durante ese período de tiempo.

Entrando al fondo del caso, el TEDH consideró que la injerencia en la vida privada de los demandantes por parte del Estado Italiano había sido de conformidad con la ley, la injerencia, recordemos, se basaba en las medidas de alejar al niño y ponerlo bajo custodia. El tribunal, basándose en la legislación italiana, dispuso que la medida no había sido arbitraria pues se basaba en disposiciones de derecho interno. Por otro lado, las medidas habían sido adoptadas como resultado de

⁷⁵ Álvarez, S. “Gestión por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil)”. p.16

la conducta de los demandantes, que había sido contraria a la ley, y el Estado italiano con las medidas adoptadas buscaba defender el orden público, como objetivo legítimo de cualquier Estado⁷⁶.

Llegados a este punto, nos hemos de preguntar si pese a ser legal las medidas adoptadas por el estado italiano, estas eran necesarias y esto es lo mismo que se plantea el TEDH. Hemos de tener presente que, en la actualidad, nos hallamos en una sociedad democrática, con lo cual, cualquier injerencia que los Estados puedan hacer respecto de las vidas o derechos de sus nacionales o ciudadanos, deben estar no solo justificadas sino también ser proporcionales.

Esto lo tiene muy en cuenta el tribunal al disponer que era preciso examinar si la aplicación de la ley italiana había logrado un equilibrio justo entre el interés público perseguido por el estado, y los intereses privados de los demandantes, intereses que son el respeto a su vida privada y familiar. Asimismo no se podía dejar de lado la cuestión fundamental relativa al interés superior del niño, cuestión que de forma muy acertada es apreciada por el Tribunal de Estrasburgo.

En su decisión, el Tribunal señala que la protección de los niños y las madres sustitutas ha de ponderarse en el caso concreto de acuerdo con el tamiz del interés superior del menor.⁷⁷

El TEDH manifiesta que la referencia al orden público no puede ser usado como una carta blanca por los Estados, no sería adecuado ni justo utilizar el orden público para prohibir o limitar a las personas y sus derechos, sino que se ha de tener en cuenta todos los elementos del caso concreto y lograr un equilibrio entre los interés del estado (orden público) y de las otras partes involucradas (en el caso que nos ocupa el matrimonio italiano es en relación al respeto de su vida privada y familiar).

En base a lo expuesto anteriormente el Tribunal de Estrasburgo concluye que los tribunales italianos no actuaron correctamente pues no tuvieron en cuenta el interés superior del menor, cuestión que debía ser independiente de la relación que tuviera con sus padres (la relación biológica). Señala asimismo el tribunal de forma expresa que “...es preciso que un niño no sea discriminado por el hecho de haber nacido de una madre subrogada”⁷⁸.

Si bien es cierto que el Tribunal justificó la actuación de las autoridades italianas, respecto de la injerencia en la vida de los demandantes, pues no debemos olvidar que los demandantes tuvieron un hijo a través de un contrato de gestación por sustitución, encontrándose esto prohibido por la legislación italiana, existiendo por lo tanto una clara intención por parte de la Sra. Paradiso y el Sr.

⁷⁶ Así lo dispone la propia sentencia en su punto 77, en la que nos dice que en la aplicación estricta de la Ley nacional para determinar la filiación”...los jueces no han adoptado una decisión irrazonable).

⁷⁷ Laura Carballo Piñeiro, *España: doctrina e interacción entre el Tribunal Supremo español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito de la gestación por sustitución*. Del 11 de marzo de 2015.

⁷⁸ Punto 85 de la Sentencia.

Campanelli de eludir la prohibición italiana e incurriendo en una ilegalidad (fraude de ley), esto no justifica la actuación de las autoridades italianas consistente en alejar a un niño de su familia, medida que el TEDH considera extrema, muy acertadamente a mi juicio, que solo tendría sentido si el menor estuviera o hubiera estado en una situación de peligro inmediato.

El tribunal de Estrasburgo no encuentra motivos que justifiquen esta medida tan extrema, pues sí que es cierto que el matrimonio italiano incurre en un ilegal, al realizar en el extranjero una práctica reproductiva prohibida en su país pero esto no significa que el menor se encuentre en peligro, ni que los demandantes deban necesariamente ser unos “malos” padres o unas personas sin capacidad para criar a un niño.

Ya en 2006, los Tribunales Italianos, concedieron al matrimonio la aptitud para adoptar, no es razonable que por el hecho de que hayan decidido tener un hijo mediante un sistema de maternidad subrogada dejen de ser aptos no solo para adoptar sino para criar y amar al niño.

En definitiva, concluye el Tribunal que las autoridades italianas no habían logrado un equilibrio justo entre los intereses del estado y los intereses de los demandantes, incurriendo el estado italiano en una violación del artículo 8 CEDH.

Pese a la existencia de esta violación, el Tribunal declara que esta no se ha de entender como la obligación del Estado Italiano a devolver el menor a los solicitantes, pues sin duda, éste ya ha desarrollado vínculos afectivos con la familia de acogida, recordemos que ésta sentencia fecha de Enero de 2015 y el niño lleva viviendo con la familia de acogida desde Junio de 2013.

El tribunal concluyó que Italia debería pagar a los solicitantes 20.000 euros en concepto de daños inmateriales y 10.000 euros en concepto de costas y gastos.

En conclusión:

Como podemos apreciar, el caso descrito es muy diferente del analizado anteriormente, si bien el centro del asunto vuelve a ser una gestación por sustitución transfronteriza, el objeto de este caso es la actuación del Estado Italiano de sustraer un menor de su familia para darlo en adopción, negando a la familia inicial cualquier contacto o información con el menor en cuestión. Sí que se alega nuevamente la imposibilidad de inscribir la filiación del menor, pero este asunto no es el relevante del caso, aquí se va a mí entender mucho más allá, pues las autoridades italianas realizan una injerencia en la vida del matrimonio italiano desproporcionada, injusta e innecesaria.

Pero no solo el caso es diferente y relevante, sino también la apreciación que realiza el Tribunal en el caso concreto. Aquí el tribunal lo que pone de relieve es que la excepción del orden público cuando vaya vinculada a la prohibición de la gestación por subrogación no puede prevalecer sobre el interés

superior del niño, esto creo que va a provocar un cambio muy importante en los futuros casos de maternidad subrogada que se puedan dar en los Estados firmantes del Convenio así como los casos que lleguen al Tribunal de Estrasburgo.

Si se parte de la idea de que el orden público que cualquier estado tiene la potestad de proteger está por debajo de los intereses de los menores en los casos de maternidad subrogada, no habrá nada que los estados puedan hacer ante los casos que se les presenten, si bien en el caso analizado se da una medida extrema que el TEDH considera como injustificada, hecho que provoca el fallo a favor de los demandantes, se está dando más peso y fuerza a las personas que contraten en el extranjero vientres de alquiler que al Estado y la regulación legal que pueda hacer al respecto.

Si bien el Tribunal de Estrasburgo en su sentencia condena a Italia por la violación del derecho a la vida privada y familiar en una situación derivada de una gestación subrogada realizada en el extranjero que no es reconocida en Italia, lo hace al hilo de una actuación de las autoridades italianas alejada del supuesto del que deriva el Auto del TS así como la sentencia que resuelve de los casos Labassee y Mennesson contra Francia.

3.3 Doctrina establecida y consideraciones finales:

Vistas las sentencias anteriores lo primero que nos preguntamos es si éstas tendrán alguna relevancia o efecto pues como sabemos, estas sentencias del TEDH gozan de *autorictas*, pero no de *potestas*, salvo que el Estado firmante del Convenio Europeo de Derechos Humanos ponga los medios necesarios para ello⁷⁹.

Por otro lado, es relevante ver la doctrina que ha establecido el TEDH, en relación con la gestación por sustitución, que ha supuesto un cambio importante en cuanto a la manera en que los estados estaban regulando esta práctica.

En ambas sentencias, se justifica la injerencia de los Estados en la vida privada y familiar de las personas que acudieron a la gestación por sustitución si bien se analiza si esta injerencia fue necesaria, justa y proporcional. Mientras que en el caso francés, el Tribunal concluye que la injerencia que ahora tratamos, fue no solo necesaria y justa, además de proporcional, sino que estaba legalmente prevista. En el caso italiano, se concluyó que la injerencia estaba prevista por la ley pero que no fue justa ni proporcional.

La justificación de la injerencia por parte del Estado se debe a que al estar previsto, tanto en el ordenamiento francés como en el italiano, que resulta ilegal la maternidad subrogada, el Estado en

⁷⁹ Laura Carballo Piñeiro, *España: doctrina e interacción entre el Tribunal Supremo español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito de la gestación por sustitución*. Del 11 de marzo de 2015.

aplicación de su legislación y buscando el objetivo legítimo de mantener el orden público, puede intervenir en base a que las partes eludieron una norma que les era aplicable, incurriendo en fraude de ley.

Pese a este margen que otorga el Tribunal de Estrasburgo y de pronunciarse a favor de la injerencia de los Estados, en relación con el interés superior del menor no sucede lo mismo, pues pese a ser diferentes los supuestos tratados por el TEDH la solución en ambos casos es idéntica, el interés del menor está por encima de los intereses estatales aunque dichos intereses se orienten a proteger el orden público de dicho país.

En el caso italiano se consideran como extremadas e innecesarias las medidas adoptadas y en el caso francés se entiende que el no reconocer la filiación a un menor a través de cualquier mecanismo atenta no solo contra su dignidad sino que vulnera su derecho a tener una identidad, dejándolo además en una situación de incertidumbre jurídica con todas las consecuencias que se derivan de este hecho.

Otro pronunciamiento que considero relevante destacar es el que realiza el TEDH en cuanto dispone que el derecho a formar una familia no es ilimitado y asimismo, el negar la inscripción a un menor es una situación que no se puede dar ni permitir, pues todo el mundo tiene derecho a una identidad.

Por último decir (como ya expuse al analizar la sentencia relativa al estado francés) que estas resoluciones dejan muchas dudas pues únicamente se resuelve sobre el caso concreto sin dejar claro el Tribunal de Estrasburgo qué tendencia seguir a partir de ahora. No sabemos qué pasará cuando se niegue la filiación a un matrimonio que ninguna relación biológica guarda con el menor, en el caso italiano esto no se resuelve sino que únicamente se penalizan las medidas adoptadas por las autoridades de dicho país, ni sabemos que mecanismos de reconocimiento de la filiación de los menores no vulneran el artículo del CEDH. Éstas y otras muchas cuestiones quedan en el aire, a la espera de que lleguen más casos ante el TEDH y sus resoluciones nos ayuden a encontrar respuesta a estas preguntas.

Pese a que queden preguntas sin resolver, no podemos obviar que estas sentencias han supuesto una verdadera revolución en lo que se refiere a maternidad subrogada, ya que a partir de estas sentencias se ha dado un verdadero cambio en todo lo relativo a esta práctica reproductiva. Ahora queda ver si los estados involucrados cambian sus ordenamientos o si permanecen en una posición de ignorancia, que es lo que venían haciendo en relación con la gestación por sustitución desde hace muchos años.

4. LA CONFERENCIA DE LA HAYA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA:

4.1 Actuación de la Conferencia respecto de la maternidad subrogada:

Al ser la Conferencia de la Haya una organización interestatal de carácter permanente que tiene por objeto el trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho Internacional privado de los Estados Miembros, esta elabora instrumentos jurídicos multilaterales que responden a necesidades mundiales, al tiempo que garantiza su seguimiento. Dando así respuesta o una regulación normativa a aquellas situaciones familiares, comerciales o personales en las que se halla implicado más de un país. Las diferencias existentes suelen existir como consecuencia de los diferentes sistemas jurídicos existentes en los diversos países que agrupan grandes diferencias entre sí.

La maternidad subrogada como bien hemos podido apreciar en las páginas anteriores, es un fenómeno o practica reproductiva que cada vez se da con más frecuencia. Al no estar la misma regulada en la mayoría de los países miembros, la Conferencia de la Haya mostró su interés así como la necesidad de encontrar la manera de hacer una regulación global de este asunto sin contar con la necesaria regulación estatal que los estados deberían hacer, si bien esto último queda fuera de sus competencias y posibilidades.

Ya en 2001 se realizaron una serie de consultas informales con relación al futuro trabajo de la Conferencia de la Haya. Durante este proceso de consultas, se sugirió entre otros temas el relativo a las “*cuestiones de derecho internacional privado relativas al estatus de los niños y en particular el reconocimiento de la filiación*”⁸⁰

Sin embargo en ese año y durante un largo periodo de tiempo, no hubo Miembros interesados en incorporar este tema como un área de trabajo. Pero en 2009-2010, varios Estados expresaron su preocupación por el creciente número de acuerdos de maternidad subrogada que eran presentados ante las autoridades de sus Estados y la complejidad jurídica de esos casos.

A raíz de estas preocupaciones mostradas por los Estados así como el documento elaborado por Israel⁸¹, destacando que era necesario tomar una acción multilateral con relación a los acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional, varios estados se pronunciaron a favor de que la Oficina Permanente investigara en el futuro la temática más amplia de las cuestiones de derecho internacional privado relativas al estatus del niño.

⁸⁰ “*Observaciones relativas a la Estrategia de la Conferencia de La Haya – Observaciones realizadas por otras organizaciones internacionales y observaciones realizadas a nivel personal en respuesta a la carta del Secretario General del 30/31 de julio de 2001*”, Doc. Prel. No 20 a la atención de la Décimo Novena Sesión.

⁸¹ (**Work. Doc. No 3 a la atención del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya, (7-9 de abril de 2010).*

A partir de ese momento, la Conferencia de la Haya se puso a trabajar en este ámbito que tantos problemas están dando a los Estados y a las partes involucradas. Seguidamente mostraré como año a año la Conferencia ha ido recopilando datos, opiniones e información en general a la vez que ha mostrado su preocupación por las consecuencias que se generan por la falta de regulación en prácticamente todos los Estados. Estas reuniones que se han dado anualmente (a excepción de 2013) han conseguido reunir muchísima información respecto de la práctica reproductiva objeto del presente trabajo.

Año 2011:

Una vez se mostraron las preocupaciones de los Estados respecto de la maternidad subrogada, la Oficina Permanente fue invitada a ocuparse del tema sugerido informalmente nueve años atrás y a *“brindar una breve nota preliminar al Consejo de 2011 sobre cuestiones de derecho internacional privado relativas al estatus de los niños (excepto la adopción) y en particular sobre el reconocimiento de la filiación”*.

Por todo lo expuesto, en Marzo de 2011, la Oficina Permanente elaboró un documento Preliminar que venía a tratar *“las cuestiones de derecho internacional privado en torno a la situación de los niños, incluidos los problemas derivados de los acuerdos de subrogación internacionales”*⁸². Este documento se entregó a los miembros de la conferencia de la Haya en cumplimiento con el mandato realizado por el Consejo en 2010.

Este documento recibió un fuerte apoyo por parte de los Miembros y en Abril de 2011, se instó a la Oficina Permanente a que intensificara el trabajo en el área haciendo especial énfasis en las cuestiones que se derivaban de los acuerdos de subrogación internacional.

En este documento preliminar, se analizó el tema de los acuerdos de subrogación internacional, los posibles problemas generados con la consecución de tales acuerdos, las personas vulnerables como consecuencia de este sistema reproductivo, así como casos conocidos o posibles casos que se podrían dar y a los que se tenía que dar una solución, a fin de que los menores u otras partes pudieran ser dañados. Se determinó que debía realizarse una investigación a fin de determinar la conveniencia y la factibilidad de trabajar en los cambios planteados por la maternidad subrogada en el ámbito internacional en un contexto más amplio.

Por todo ello se le pidió a la Oficina Permanente que continuara recopilando información sobre las necesidades prácticas de la zona, como evolucionaba el derecho internacional privado y el de los

⁸² Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (2011): “Preliminary Note on the private international law issues surrounding the status of children”.

estados, así como cuáles eran las perspectivas de lograr un consenso sobre un enfoque global, también se le pidió que consultara a los profesionales del derecho, de la salud y otros profesionales pertinentes sobre la naturaleza y la incidencia de los problemas que ocurren en relación con los vientres de alquiler.

Se determinó que algunas cuestiones centrales de esta investigación serían:

1. Hasta qué punto los Estados están experimentando dificultades prácticas con relación a la filiación en casos internacionales fuera del contexto de la maternidad subrogada (en el Doc. Prel. No 11 se dieron dos ejemplos de posibles casos, pero se necesita profundizar la investigación para determinar en qué medida están ocurriendo los casos en la práctica);
2. Hasta qué punto es factible una aproximación amplia, teniendo en cuenta la posible diversidad de normas de derecho internacional privado relativas al establecimiento y la impugnación de la filiación;
3. Hasta qué punto las dificultades experimentadas en los casos de maternidad subrogada en el ámbito internacional requieren de un instrumento exclusivo.

Cabe concluir que se solicitó un informe preliminar sobre los progresos para el Consejo de 2012.

Año 2012:

En marzo de 2012 se publicó un nuevo informe preliminar sobre las cuestiones que se plantean en relación con los acuerdos de subrogación internacionales, a la consideración de los miembros de la Conferencia, en este informe se trataron los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada internacionales⁸³. En el documento se recoge el diverso tratamiento que esta forma de maternidad recibe en los diferentes Estados miembros de la Conferencia.

Es interesante la propuesta realizada por la Conferencia de establecer un marco de cooperación entre autoridades (semejante al que establece el Convenio de la Haya de 29 de Mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional⁸⁴) que favorecería el reconocimiento de las filiaciones válidamente determinadas en un Estado, que admita esta forma de gestación, en otro Estado donde esta práctica esté prohibida (tal y como sucede en España).

⁸³ Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (2012): “A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements”.

⁸⁴ Este Convenio se creó para adoptar medidas que garantizaran que las adopciones internacionales se realizaran en consideración al interés superior del menor y al respecto de sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños.

El documento propone asumir la doctrina del orden público atenuado⁸⁵ para las situaciones legalmente creadas en el extranjero, permitiéndose así reconocer los efectos jurídicos que se derivan de las gestación por sustitución realizada al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero, aun cuando esta práctica este prohibida en el Estado en el cual se pretende dicho reconocimiento.

Ya en Abril de ese mismo año, tras haber examinado el documento preliminar antes citado, el Consejo solicitó a la Oficina Permanente que continuara con el trabajo actual y que preparara y distribuyera un cuestionario para obtener información más detallada sobre el alcance y la naturaleza de las cuestiones encontradas entre el derecho internacional privado y los acuerdos de subrogación internacionales, así como en relación con la filiación legal o el concepto filiación en general. Este cuestionario tenía como objetivo recoger las opiniones sobre las necesidades que debían tratarse y los enfoques que se debían tomar en la citada cuestión.

Finalmente se invitó a la Oficina Permanente a que presentara su informe final al Consejo en 2014.

Año 2013:

En abril de 2013, se proporcionó al Consejo un informe oral sobre los avances realizados por la Oficina permanente, el cuál fue acogido con satisfacción. Según lo decidido por el Consejo en 2012, se invitó a la Oficina Permanente para presentar su informe final al Consejo en 2014.

En ese año se distribuyeron cuestionarios en línea a los Estados, tanto miembros como no miembros, a los profesionales de derecho especializados, agencias de alquiler de vientres y clínicas de salud. Todo para conseguir (como ya se dijo en 2012) las opiniones sobre las necesidades que debían tratarse así como los diferentes enfoques existentes sobre el tema y que soluciones se podían tomar en relación con la citada cuestión.

Los diferentes cuestionarios distribuidos fueron los siguientes⁸⁶:

⁸⁵ Tal y como disponen A. Rodríguez, B. Campuzano, M^a.a. Rodríguez y A. Ybarra, “hablamos del efecto del orden público atenuado cuando determinadas instituciones pese a que en principio son contrarias al orden público español, pueden producir ciertos efectos. Un claro ejemplo sería los matrimonios poligámicos en España, que si bien están prohibidos, nuestra jurisprudencia ha admitido ciertos efectos jurídicos a tales matrimonios como el derecho de las viudas a percibir la pensión de viudedad.” Manual de Derecho Internacional Privado, 2014, ed. Tecnos. P.156

⁸⁶ Estos cuestionarios se encuentran disponibles en:
http://www.hcch.net/index_es.php?act=text.display&tid=178

1. Un cuestionario dirigido a los miembros de la Conferencia de La Haya y otros Estados interesados ("Cuestionario N° 1").
2. Un Cuestionario en línea dirigido a los profesionales de la justicia ("Cuestionario N°2").
3. Un cuestionario en línea dirigido a profesionales de la salud ("Cuestionario N° 3").
4. Una Cuestionario en línea dirigido a las agencias de alquiler de vientres disposición ("Cuestionario N° 4").

Año 2014:

En el Consejo de 2014 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia (el "Consejo") (8 a 10 abril 2014), los Miembros de la Conferencia de La Haya convinieron que el trabajo debía continuar para explorar aún más la viabilidad de la elaboración de un instrumento multilateral en este ámbito. Con este fin, el Consejo invitó a la Oficina Permanente para continuar la recopilación de información, incluyendo la obtención de más respuestas al cuestionario n° 1, en particular de los Estados en que los acuerdos de subrogación internacionales tienen lugar. Mientras que el Consejo tomó nota del apoyo expresado por un número considerable de los Miembros para el establecimiento de un Grupo de Expertos, se decidió aplazar la resolución definitiva de la cuestión a la reunión celebrada en 2015.

La Oficina Permanente publicó "*La conveniencia y viabilidad de seguir trabajando en la paternidad / maternidad subrogada Proyecto*" (Doc. Prel. No 3 B del mes de marzo de 2014⁸⁷) y su "*Estudio de Paternidad Legal y las cuestiones derivadas de acuerdos internacionales Subrogación*" (Doc. Prel. No 3. C del mes de marzo de 2014⁸⁸).

Del Documento Preliminar 3B:

El objetivo de este documento preliminar fue proporcionar a los miembros un análisis sencillo y conciso sobre la conveniencia y viabilidad de seguir trabajando en la Conferencia de la Haya sobre los aspectos de derecho internacional privado derivados de la filiación legal y las cuestiones derivadas de las ISAS. De esta manera, este documento adopta un enfoque práctico y pretende centrar su atención en las decisiones que se ruega que tomen los miembros en el próximo encuentro del Consejo.

⁸⁷ Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (2014): "*The desirability and feasibility of further work on the Parentage / Surrogacy Project*" (Prel. Doc. No 3 B of March 2014).

⁸⁸ Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (2014): "*Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements*" (Prel. Doc. No 3 C of March 2014).

En el documento examina el establecimiento e impugnación de la filiación legal con un enfoque de derecho internacional privado y no se limita a un examen de las ISAS. Sin embargo, el alcance del trabajo se ha limitado en la medida en la cuestiones de derecho internacional privado que se plantean en relación con la paternidad legal (y algunos de los aspectos jurídicos se examinan las consecuencias que resultan de esta), pero otros efectos (por ejemplo, en relación con nombres de los niños) no están cubiertos debido a la necesidad de mantener el tema dentro de unos límites manejables. Temas de la autenticidad de los documentos de estado civil (es decir, la legalización y / o apostilla miento) y los aspectos prácticos formales del intercambio transfronterizo de los documentos sobre estado civil (por ejemplo, los requisitos para la traducción) tampoco son mencionados en esta etapa.

Del documento preliminar 3C:

Este documento se basa en las respuestas a los cuatro cuestionarios distribuidos por la Oficina Permanente en 2013. Se ve completado por el trabajo realizado de forma autónoma por la Oficina Permanente, incluso en relación con los avances bilaterales, regionales e internacionales relacionados con el área de trabajo. Es por ello que este documento forma parte del documento 3B y se ha de analizar juntamente con éste.

El estudio de este documento se divide en tres partes:

- A. El establecimiento y la impugnación de la paternidad legal en el derecho interno normas de derecho y la cooperación internacional privado relativas a la paternidad legal
- B. Acuerdos internacionales de alquiler de vientres: un análisis más detenido de éste fenómeno específico.

En cada una de las partes citadas se realiza un análisis comparativo de las leyes de los estados (se toma como base las respuestas dadas en el Cuestionario N°1) y después se vuelve a examinar cualquier avance bilateral, regional e internacional en la zona.

En cuanto a su estructura, el documento se inicia proporcionando el contexto de la discusión sobre la paternidad legal y por qué la paternidad legal se ha convertido en un tema de interés internacional.

Sigue el documento realizando un breve resumen del estudio realizado, proporcionando una corta explicación de las conclusiones del estudio en relación con los las leyes internas de los Estados y las leyes internacionales privadas relativas a la filiación legal y los enfoques de las ISAS, así como sobre las evoluciones bilaterales, regionales e internacionales en este área.

Por último el estudio se convierte en una consideración sobre la conveniencia y viabilidad de un futuro trabajo internacional a la luz del estudio y las opiniones expresadas por los Miembros y otras partes interesadas en el proceso de consulta.

Año 2015:

En 2015 la Conferencia de la Haya se volvió a reunir, para tratar el tema de la maternidad subrogada, en concreto los acuerdos de subrogación internacionales⁸⁹.

En esta reunión se vino a decir nuevamente que se debía seguir trabajando en el asunto de los vientres de alquiler, si bien el apoyo de los Estados es y había sido fundamental, aún quedaba mucho trabajo por realizar.

En el informe emitido por la Conferencia se analizan las recientes sentencias del TEDH en relación con los asuntos Labassee y Mennesson contra Francia así como el asunto Paradiso y Campanelli contra Italia. Destaca de estas sentencias la importancia de las mismas así como el hecho de que hayan aclarado varias preguntas importantes con respecto a los requisitos del artículo 8 CEDH en cuanto a la paternidad legal se refiere, así como que pese a que se otorgue un margen de apreciación a los enfoques adoptados por los Estados para el establecimiento y el reconocimiento de la paternidad legal, incluyendo cualquier aplicación del principio de política pública, el TEDH podrá examinar si la actuación de los Estados es justa, proporcional y necesaria alcanzándose un justo equilibrio entre los intereses en competencia del Estado y de las personas directamente afectadas por esa solución.

Se refiere asimismo al interés superior del menor como el argumento utilizado por el TEDH para resolver que en beneficio de éste, se debe permitir inscribir su filiación respecto de los padres intencionales.

La Conferencia de la Haya en este informe de 2015 muestra su preocupación por las cuestiones que, pese a las recientes resoluciones del TEDH, aún quedan sin resolver, estas cuestiones vendrían a ser:

¿Se tendría que determinar la filiación aunque ninguno de los padres fuera el padre biológico del menor?⁹⁰

¿Cualquier método para determinar la filiación respeta el artículo 8 del CEDH?

Además de estas cuestiones surgidas de las recientes sentencias del Tribunal de Estrasburgo, surgen otras dudas en relación con la maternidad subrogada que a ojos de la Conferencia sería conveniente resolver, dudas que tiene el Estado receptor cuando el niño ya ha nacido. Estas serían las relativas a

⁸⁹ Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (2015): “The Parentage / Surrogacy Project: an updating note” (Prel. Doc. No 3A of February 2015).

⁹⁰ Esto que podía haber quedado resuelto en la resolución del TEDH sobre el caso italiano, no se realiza, debido a que el Tribunal únicamente dispone que Italia actuó de manera injusta y desproporcionada al alejar al menor de la familia, nada dice de si se tendría que haber determinado o no la filiación a los padres, que ningún vínculo biológico tenían con el menor.

qué medidas adoptar una vez ya ha nacido el niño, esto lo ejemplifica el TEDH al analizar un caso dado en Bélgica en el que las autoridades belgas se negaron a autorizar la entrada del niño en su país, en el que el TEDH se pronunció concluyendo que él no podía obligar a los Estados a autorizar la entrada en su territorio de los niños nacidos de madres de alquiler sin que las autoridades tengan una oportunidad antes de llevar a cabo ciertas comprobaciones legales. Como muchos jueces han lamentado, esto ya es demasiado tarde para poder ejercer un control significativo y muchas veces las decisiones en esta etapa tienen que guiarse por el interés superior del niño.

Así pues la Conferencia de la Haya viene a mostrar su preocupación ante las situaciones derivadas de las ISAS, si bien ha quedado resuelta la cuestiones sobre la filiación de los menores (o si mas no alguna de ellas) aún quedan muchas preguntas y temas sin resolver, problemáticas que pueden generar situaciones no deseadas.

Considera la Conferencia en su informe que la situación actual se puede considerar altamente insatisfactoria para las familias y para los Estados. Esto demuestra la necesidad de que se reúna la comunidad internacional para considerar crear un marco multilateral que podría crear así una seguridad para las familias y los Estados en las situaciones transfronterizas ahora estudiadas y permitir así a los Estados trabajar conjuntamente para defender los derechos humanos de todos los interesados.

Finalmente se consideró reunirse en el primer semestre de 2016 para permitir así a la Oficina Permanente seguir trabajando en el área, trabajo necesario para poder así trabajar con los Miembros sobre la formación del grupo y para llevar a cabo los preparativos necesarios para la reunión de 2016.

Se pidió obtener más recursos con el fin de que la Oficina pudiera seguir trabajando en el tema de los acuerdos de subrogación internacionales. Asimismo se pidió a los Miembros que mantuvieran a la Oficina Permanente actualizada e informada de los acontecimiento importantes en sus estados en relación con la paternidad legal y la subrogación siempre que fuera posible (legislación, nueva jurisprudencia y enfoques políticos).

Como punto final a este último informe preliminar publicado por la Conferencia de la Haya, cabe destacar el contenido de los Anexos, donde se hace un breve repaso a las decisiones más relevantes acaecidas en 2014 donde se destacan el caso español resuelto por el TS español en Febrero de 2014, la sentencia del Tribunal Federal Alemán, entre otras.

4.2 Posicionamiento y expectativas:

Analizando todos los informes y documentos que la conferencia de la Haya a creado respecto de la gestación por subrogación, podemos ver como ésta muestra su preocupación por la situación que actualmente se vive como consecuencia de la realización de tal práctica. Tanto los menores como las

madres gestantes son sujetos muy vulnerables que acaban sufriendo unas consecuencias muy negativas debido a la falta de regulación que existe por parte de los estados en este tema.

Por todo ello la Conferencia de la Haya se posiciona claramente a favor de crear un marco de actuación multilateral, como ya se hizo con el tema de la adopción, para favorecer así el reconocimiento de los efectos que generan los acuerdos de subrogación y evitar así que los menores se puedan quedar sin padres, que puedan llegar a ser apátridas o bien que puedan ser objeto de compra venta.

Asimismo, la madre gestante también es un sujeto analizado de forma especial por parte de la conferencia es sus informes. Esto es debido a que se tiene que evitar utilizar a la mujer como un mero objeto, que únicamente sirve para procrear en los casos deseados.

Se precisa además el gran obstáculo que el orden público estatal genera en estas situaciones. Lógicamente los estados en aplicación de sus leyes, bajo el principio de soberanía estatal, deniegan los efectos de estas gestaciones en aras de proteger su orden público, al ir esta práctica reproductiva en contra de los derechos de la mujer y de muchos de sus principios constitucionales. Este orden público de los estados puede ser un impedimento a la hora de establecer una convención internacional.

No podemos obviar el gran trabajo llevado a cabo por la conferencia en este ámbito, ni las buenas intenciones mostradas para proteger a los sujetos que intervienen en los acuerdos de maternidad subrogada. Ahora queda ver si en la reunión del próximo año se consiguen progresos en este ámbito, más allá de la recopilación de información, casos existentes, sentencias de los Tribunales Estatales y europeos además de la gran cantidad de problemas que existen y a los que hay que procurar dar una solución definitiva.

5. PROBLEMAS, CASOS Y PREGUNTAS SIN RESOLVER:

Como hemos podido observar a lo largo del presente estudio, muchos son los problemas que han surgido y surgen como consecuencia de los acuerdos de subrogación transfronterizos. Algunos de estos problemas o situaciones difíciles han sido resueltos bien por los tribunales internos de los Estados bien por las recientes sentencias del TEDH, otros en cambio aún esperan a que se les dé solución.

Pero no solo han surgido problemas (tales como la determinación de la filiación de los menores) sino que se han dado casos, podríamos llamarlos maquiavélicos, en los que queda demostrado que a falta de una regulación expresa, a falta de un control por parte de los Estados y a falta de un consenso entre los mismos, los menores pueden ser objeto de maltratos, abusos, etc.

A todos estos problemas y a los casos que han surgido a lo largo de los años, hay que sumarle todas aquellas preguntas que aún quedan en el aire, preguntas que muchos autores se plantean y que todavía no tienen respuesta.

A continuación, me dispongo a enumerar toda una serie de casos recogidos por la conferencia de la Haya en sus informes preliminares de 2011 y 2015,⁹¹ para acto seguido mostrar casos reales, famosos y conocidos, que se han hecho virales a través de los medios de comunicación los cuales muestran los problemas que se pueden dar en los acuerdos de maternidad subrogada internacionales.

Algunos casos planteados por la Conferencia de la Haya:

La propia conferencia de la Haya ya mostró, en su momento, su preocupación ante la falta de regulación y consenso por parte de los Estados en relación con los acuerdos de maternidad subrogada en el extranjero. Esto lo hizo ilustrando una serie de posibles casos que se podrían dar (veremos que algunos de estos casos ya los podemos aplicar a situaciones reales, otros aun no y esperemos que siga así) que generaban situaciones problemáticas bien para los padres futuros, bien para la madre gestante o para los nacidos.

La tabla de terminología que utilizaré al exponer los casos descritos será la siguiente:

Padres intencionales o Padre futuros	PI
Madre subrogada	S
Estado donde se realiza el acuerdo de subrogación donde S es nacional y donde por lo general nace el niño	Estado A

⁹¹ Algunos de estos casos que plantea la Conferencia de la Haya, son meros supuestos que se podrían dar en un acuerdo de subrogación internacional, si bien en algunos de estos supuestos ya se han dado casos reales.

Estado en el que los PI's son residentes y normalmente nacionales del mismo, y es al Estado al que desean regresar después del nacimiento del niño en el Estado A	Estado B
---	----------

Primer caso (1): Incapacidad de los PI y del hijo de irse del Estado A para viajar al Estado B debido a que los PI son incapaces de obtener pasaporte o documentación de viaje para el niño.

Una pareja (en adelante PI), que son residentes y nacionales del Estado B, encuentran, a través de internet, una agencia de alquiler de vientres en el Estado A, que es un Estado que permite esta técnica reproductiva y hace cumplir los acuerdos de subrogación. A través de e-mail, realizan un acuerdo de subrogación con una mujer casada (en adelante S) que está casada con un hombre, ambos residentes y nacionales del Estado A, el acuerdo de subrogación queda sujeto a la ley del Estado A.

El acuerdo establece que los PI proporcionarán su propio ovario y espermatozoides (gametos), para realizar la fecundación es decir, se trata de un acuerdo de subrogación gestacional. El acuerdo establece que los PI serán los padres legales del niño nacido como resultado del acuerdo y S y su marido renunciaran a todos los derechos y responsabilidades referidas al niño.

El acuerdo es un acuerdo de subrogación comercial (es decir, se realiza una compensación económica que va más allá de la destinada a cubrir los gastos razonables de S).

El niño nace en el Estado A y es trasladado al cuidado de los PI. Como consecuencia de los requisitos del Estado A, los PI pueden colocar sus nombres de inmediato sobre la partida de nacimiento en el Estado A o (y es lo más común) pueden pedir la orden de un tribunal en el Estado A que confirme que son los padres legales del niño y que modifique el certificado de nacimiento para reflejar este hecho.

Una vez sucedido todo esto, la ley del Estado A considera que el niño es el hijo de los PI y sus reglas de ciudadanía son tales que el niño no va a adquirir la nacionalidad del Estado A.

En ese momento los PI acudieron al consulado local del Estado B para obtener un pasaporte para poder viajar "a casa" con su nuevo hijo, esto es, al Estado B, de donde eran residentes y nacionales.

Pero el consulado del Estado B rechaza la solicitud de pasaporte en base a que la ley del Estado B considera a S y su marido como los padres legales del niño. El niño, por tanto, no tiene derecho a la ciudadanía del Estado B.

El resultado de todo esto es que tanto los PI como el niño (s) nacido (s), se quedan “varados” en el Estado A, pues no pueden viajar al estado B y no pueden permanecer allí de forma indefinida (atendiendo a los controles de inmigración). El niño por lo tanto es apátrida y se queda con la paternidad incierta.

¿Qué ocurre entonces con el niño?

En algunos casos se negocian entre los Estados afectados soluciones diplomáticas, ya sea la adopción internacional o la emisión por parte de un visado de tránsito para que el niño viaje al Estado B, esto último es una medida excepcional dada “fuera de las reglas” que se otorga solo una vez.

Cabe decir que en la práctica esto ha conllevado a menudo un largo tiempo de negociación (en un caso concreto, un padre y los niños se quedaron parados en la India durante más de dos años) y en otros casos, al llegar al Estado B, se ha hecho volver al niño. Para evitar esta “devolución” se llevan a cabo procedimientos en el Estado B, de manera prioritaria, que determinen que es posible que el menor acabe siendo adoptado por los PI. Sin embargo, en otros casos, los procedimientos judiciales en el Estado B han sido realizados para impugnar la negativa a conceder el pasaporte al niño.

Segundo caso (2): El Estado B no reconocerá la filiación legal garantizada por el Estado A a los PI (s) por razones de política pública

En este segundo grupo de casos, el escenario de los hechos sigue siendo el mismo que el anterior, salvo que, tras el nacimiento del niño, el niño es capaz de viajar al Estado B con los PI.

Sin embargo, es en el Estado B donde empiezan las dificultades para el niño. Los PI tratan de confirmar la situación del niño en el Estado B y por lo tanto llevan a cabo los procedimientos legales establecidos para el reconocimiento de la sentencia extranjera del Estado A que acuerda su paternidad legal.

Pero el tribunal del Estado B se niega a reconocer la sentencia extranjera por motivos de política pública y como resultado de esto, el niño se encuentra residiendo en un Estado que no reconoce a sus principales cuidadores como sus padres legales, con todos los inconvenientes y problemáticas legales que se derivan de este hecho.

¿Qué ocurre entonces con el niño (s)?

En algunos casos el tribunal del Estado B ha permitido una “Adopción especial” por parte de los PI. En otros casos el tribunal no ha mostrado de manera clara que intenciones tenía para que la situación del niño fuera rectificada.

Una variación al escenario anterior podría ser cuando el Estado B es un Estado en el que la subrogación altruista está permitida pero no la subrogación comercial, donde es ilegal y contraria al orden público. En esta situación, los PI solamente pueden ser capaces de obtener una orden en el Estado B que les reconoce como padres legales si pueden demostrar que no han pagado más que lo razonable para los gastos de S en el estado A. Y si esto no puede ser probado, el tribunal del Estado B podrá denegar la concesión de la filiación legal de los PI. Este rechazo deja al niño en una situación precaria similar a la contemplada anteriormente.

Tercer caso (3): El Estado B no reconocerá el certificado de nacimiento otorgado en el Estado A, que reconoce a los PI's como padres legales, por razones de política pública

En estos casos, los hechos son idénticos a los del ejemplo anterior (caso 2), solo que esta vez los PI's, cuando vuelven al Estado B buscan el reconocimiento del certificado de nacimiento otorgado en el Estado A. Estos casos se han enfrentado a dificultades similares y un número de los Estados se ha negado a reconocer el acta de nacimiento extranjera por razones de política pública con el mismo resultado para el niño en los términos indicados.

El no reconocimiento de la relación padre-hijo puede tener una serie de graves consecuencias para los derechos y el bienestar del niño, en particular en relación con el derecho del niño a adquirir una nacionalidad, el derecho del niño a la identidad, y las obligaciones de los Estados para asegurar que los niños no terminen en apátridas. En una serie de Estados se han encontrado una serie de soluciones especiales a posteriori con el fin de reducir el impacto nocivo para los niños de este limbo legal. Estos remedios son maneras de tratar de hacer frente a situaciones que son, en efecto, un hecho consumado: el niño ya ha nacido y por lo general la madre de alquiler no desea cuidar al niño cosa que si quieren hacer los padres intencionales.

Casos reales y sus consecuencias:

Caso Huddleston:

En relación con la protección del niño, hemos de hablar del famoso caso Huddleston. Este caso es un escalofriante recordatorio de los posibles peligros que pueden llegar a tener los niños en los acuerdos de maternidad subrogada. En este caso, un hombre de 26 años entabló un acuerdo de subrogación como único padre intencional con una madre gestante en Pennsylvania, facilitado todo esto por una clínica de fertilidad. La madre fue inseminada artificialmente con el espermatozoides del padre intencional y, de acuerdo con el acuerdo de subrogación, el niño fue entregado al padre un día después del nacimiento. El niño murió aproximadamente seis semanas más tarde como resultado de un abuso físico repetido.

Caso tailandés:

El 25 de febrero de 2011, la BBC informó de que la policía de Tailandia había descubierto una agencia Taiwanesa de subrogación que supuestamente había coaccionado y, en algunos casos, obligado a mujeres vietnamitas a convertirse en madres de alquiler. El ministro de Salud Pública de Tailandia fue entrevistado diciendo que, en algunos casos, parece ser que las mujeres habían sido violadas.

Sin embargo, cabe decir que en estos casos es difícil determinar si las mujeres están eligiendo libremente convertirse en madres subrogadas, o bien que su voluntad es construida social y económicamente. Se ha estimado que en los Estados como la India, las madres de alquiler pueden llegar a obtener, a través de una subrogación, un ingreso de aproximadamente 10 veces lo que gana su marido al año. Cuando las opciones pueden ser tan graves, es posible que las mujeres puedan ser presionadas por sus familias y que sus circunstancias personales les lleven a prestar sus cuerpos por dinero en efectivo.

Caso “Baby Gammy”:

En este caso, una pareja australiana contrató un vientre de alquiler en Tailandia a través de una agencia, que le facilitó todos los trámites. La fecundación se realizó con éxito.

Si bien la agencia que contrató la pareja australiana se enteró a los cinco meses de gestación que uno de los dos bebés que iban a nacer tenía síndrome de Down, no fue hasta el séptimo mes que le propusieron que abortara, si más no respecto del bebé que naciera con esa discapacidad. La madre gestante se negó y tuvo a los dos bebés, una niña y un niño.

La pareja australiana únicamente se llevó a la niña nacida, dejando al niño con síndrome de Down en Tailandia. Actualmente el niño es cuidado por la madre gestante, que renunció a su empleo para cuidar del menor. Para darle más dramatismo, posteriormente a todo esto, se descubrió que el padre intencional había sido condenado en Australia por un delito de maltrato de menores.

Como consecuencia de este caso Tailandia ha cambiado su ley y ha dejado de permitir los acuerdos de maternidad subrogada. A través de esta nueva ley se dispone que los acuerdos de maternidad no podrán ser remunerados y solo podrán realizarse por parte de familiares.

Cabe decir que esto también ha sucedido en la India. En ese país se abandonó a un bebé que nació con la misma enfermedad que Gammy desentendiéndose los padres intencionales, que también eran australianos, de cualquier responsabilidad respecto del menor.

Un caso en EEUU:

EEUU no ha estado exento de polémica. Un caso en 2013 puso de manifiesto nuevamente la necesidad de regular los acuerdos de subrogación, si bien dicha regulación debe ser realizada con sumo cuidado procurando mantener siempre los derechos de las partes y el interés superior del menor.

En el caso que ahora tratamos, una pareja alquiló el vientre de una joven americana, pagando 22 mil dólares por ello. El problema surge cuando se descubre que el bebé iba a nacer con serios problemas (quiste en el cerebro, defectos cardíacos, etc.) y la pareja pide a la joven que aborte, negándose esta y decidiendo tener al niño.

Pese a que se le llegó a ofrecer dinero e incluso se le dijo que abandonarían al bebé al nacer, la joven decidió no abortar y para conseguir ser ella la madre viajó hasta el Estado de Michigan ya que según las leyes de ese Estado ella sería la madre del menor y no los padres intencionales.

Una vez nació el bebé, la joven lo dio a una pareja que la apoyó durante todo momento, que se comprometió a cuidar de la menor y que adoptó a ésta.

Del hombre con 13 hijos:

Este caso, originado nuevamente en Tailandia, se produjo como consecuencia de la investigación llevada a cabo por la policía como consecuencia de que un hombre japonés había tenido 13 hijos en los últimos dos años a través de contratos de maternidad subrogada.

El problema que surge aquí es que los acuerdos son totalmente válidos según lo que disponen las leyes tailandesas, con lo que pese a que se sospecha de que todo esto forma parte de una red de tráfico de menores, sin poderse probar, poco se puede hacer.

Un caso “español”:

Este caso, al que hacía referencia en mi introducción, muestra como a veces las complicaciones que se dan en los acuerdos de subrogación no afectan a los menores ni a las madres gestantes, sino que afectan a los padres intencionales.

En el presente asunto, un hombre español contrató con una agencia de alquiler de vientres para tener un hijo en Tailandia. Pagando algo más de 33.000 euros tuvo dos mellizos pero a día de hoy, aun no están con él. Esto es debido a que la empresa intermediaria le reclama 17.000 euros más de lo ya pagado, antes de que se le “entreguen” los menores, que cabe destacar son sus hijos biológicos.

Aquí el problema es para el padre intencional, por cuanto no le entregan a los menores. Si bien hay que precisar que los menores aquí también pueden sufrir las consecuencias de todo este asunto, pues si al final no son entregados a su padre biológico, nadie sabe qué pasará con ellos en un futuro. Serán niños que no tendrán padres y quién sabe si tendrán nacionalidad.

CONCLUSIONES:

Llegados a este punto, lo primero que nos hemos de preguntar es: ¿Qué pasará a partir de ahora?

Hemos podido observar la gran cantidad de problemas que genera la maternidad subrogada. Estos problemas no afectan solo a los menores nacidos a través de esta práctica, por cuanto pueden ser objeto de abuso, de tráfico de menores o bien que el Estado del cual proceden sus padres intencionales les niegue la entrada o el reconocimiento de la filiación, quedando el menor sin nacionalidad, y sin unos padres determinados por la ley, sino que también conciernen a la madre gestante, que puede ser obligada a alquilar su vientre bajo amenazas, coacciones o abusos, y que en ocasiones como el caso “*Baby Gammy*” se tiene que quedar con el menor porque los padres futuros deciden no llevárselo a su país.

Así mismo los padres intencionales también pueden sufrir las consecuencias de estos acuerdos, por cuanto pueden ser estafados por las agencias intermediarias, o bien se puede dar el caso de que no se les reconozca como padres, y que no puedan quedarse con el menor. Por otro lado los Estados también son objeto de esta problemática que envuelve a los vientres de alquiler, debido a que se ven en ocasiones limitados a la hora de aplicar sus leyes, e incluso se dan casos en los que el control que pueden realizar es a posteriori, cuando el menor ya ha nacido, con lo que las posibilidades de analizar el caso en concreto con todas sus circunstancias es complicado y sus decisiones se ven guiadas por el interés superior del menor.

Todos estos problemas plantean una serie de cuestiones, sobre si los estados deben permitir o no estos acuerdos, o bien sobre si se ha de reconocer la filiación del menor a favor de los padres futuros, entre otras muchas cuestiones. Todas estas cuestiones han abierto un debate enfrentando a quiénes consideran tales contratos como vulneradores de los derechos de la mujer así como de su dignidad, que convierten al menor en un mero objeto de compraventa y aquellos otros que defienden que se tiene que permitir esta práctica reproductiva por cuanto puede permitir a ciertos colectivos ser padres (parejas homosexuales o personas infértiles).

Cabe tener presente que la falta de regulación así como la prohibición generalizada que existe en la mayoría de países de la Unión Europea respecto de la maternidad subrogada es lo que ha generado esta situación tan conflictiva. Además, pese que algunos estados de la unión, como son Grecia y el Reino Unido, permiten tales acuerdos, lo hacen bajo condiciones muy restrictivas y garantistas poniendo muchas barreras con el fin de evitar el llamado turismo reproductivo.

Centrándonos en el caso español, todo lo explicado durante el trabajo nos permite concluir que España se ha formado como un sistema híbrido en el cual si bien se prohíben los acuerdos de maternidad subrogada (art. 10 LTRHA), se permite determinar la filiación de los menores nacidos a

través de estos acuerdos a favor de los padres intencionales, pero solo a través de alguno de los mecanismos legalmente previstos a tal efecto.

Todo esto se concluye del análisis de las sentencias realizadas en el caso del matrimonio homosexual que tuvo dos hijos en California a través de un vientre de alquiler. La posición de nuestros tribunales ha sido clara al determinar no se permitía la inscripción de la certificación registral extranjera en el RC al haber nacido el menor a través de un acuerdo de subrogación. Esto es debido al control que se ha de realizar de dicha certificación según lo dispuesto en la LRC de 1957 (art. 23), examen que no se supera pues se contradice lo dispuesto en el art. 10 LTRHA, siendo en definitiva contrario al orden público. Pero si hablamos de sistema híbrido, es porque pese a no permitirse esta inscripción, los tribunales permiten que se determine la filiación de los menores a favor del padre biológico, y con la consiguiente adopción por parte del otro comitente.

De lo analizado en el caso ahora comentado, podemos concluir que esta valoración realizada por nuestros tribunales será la que se aplique a partir de ahora en los casos futuros que puedan aparecer.

Pese a que en el caso estudiado lo que se aportaba era una mera certificación, que además era incompleta, creo que aunque lo que se aporte sea una certificación en la que consten todos los datos requeridos o bien una resolución judicial extranjera firme, la decisión final va a ser la misma que la que adoptó el TS en su sentencia de 2 de febrero de 2015.

Considero esto debido a que dará igual el título que se aporte, la cuestión es que en España los acuerdos de maternidad subrogada son ilegales y considerados como nulos. Al contravenir pues la ley española y ser contrarios al orden público no habrá ningún motivo para reconocer el título aportado. Si bien tenemos algún caso en el que se ha permitido inscribir la filiación pretendida, no creo que esto vaya a suceder más en nuestro estado.

Por otro lado, la entrada en vigor la nueva ley del RC, que dedica todo un capítulo al derecho internacional y establece un sistema más modernizado de reconocimiento del que estaba previsto en la antigua LRC de 1957, no creo que vaya a solucionar los problemas existentes. Asimismo no creo que vaya a permitir el reconocimiento de las certificaciones o resoluciones extranjeras, pues como ya he mencionado, seguirán siendo contrarias a las leyes y al orden público español. Mientras siga existiendo el art. 10 LTRHA los tribunales podrán impedir que estas filiaciones accedan al RC.

Veo necesario mencionar la postura de la DGRN durante el caso analizado, por cuanto se opone a la valoración que realizan los tribunales, precisando que se ha de reconocer la filiación en aras de proteger el interés superior del menor así como sus derechos, ponderando dicho interés por encima del orden público. Así lo muestra este órgano en su Resolución de 2009, que vino a confirmarse por la

Instrucción de octubre de 2010 que establecía un sistema de reconocimiento de la filiación determinada en el extranjero a favor de los padres futuros.

La postura adoptada por nuestros tribunales creo que mantiene la línea que ya marco el TEDH en su sentencia que resolvía del asunto Labasse y Menesson contra Francia. Esta sentencia ha supuesto un cambio muy importante en cómo se venía regulando esta práctica por parte de los estados.

El TEDH vino a confirmar que la injerencia que puedan realizar los estados en la vida privada y familiar de los padres intencionales, está justificada en la aplicación que estos estados realizan de sus leyes, en aras de proteger sus intereses (orden público). Si bien precisó que en lo que se refiere al menor, se ha de permitir determinar su filiación, cosa que España cumple, y que no cumplía Francia al no permitir la filiación de los menores a través de ningún mecanismo.

Esta sentencia es muy importante, pues permite que los Estados no reconozcan las sentencias o certificaciones extranjeras que puedan aportar las partes, si bien sí que han de permitir la filiación de los menores aunque no a través del reconocimiento. Pese a esto, y tal y como menciona la Conferencia de la Haya en su informe de 2015, aun quedan muchas cuestiones sin resolver, y hubiera sido positivo que el TEDH hubiera determinado que mecanismos de reconocimiento de la filiación son aplicables y no contradicen el art. 8 CEDH.

En cuanto a la Conferencia de la Haya se refiere, creo que ha quedado demostrado que su trabajo está siendo fundamental para que en un futuro se pueda establecer un marco de cooperación entre autoridades (semejante al que se estableció en su momento en el Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional) por cuanto se favorecería el reconocimiento de las filiaciones válidamente determinadas en un Estado, que admita esta forma de gestación por sustitución, en otro Estado cuyo ordenamiento prohíba esta práctica.

De toda la información que podemos hallar en la web de la Conferencia, que la encontramos en forma de informes y documentos preliminar con el objetivo futuro de lograr tal marco de cooperación entre autoridades, cabe destacar la preocupación mostrada en cuanto los menores y las madres gestantes son sujetos muy vulnerables en los acuerdos de subrogación, así como todas las complicaciones que se pueden dar en estos acuerdos, tales como las estafas de las agencias intermediarias, entre otras cuestiones.

Asimismo también es relevante de estos informes y documentos, los casos que la Conferencia de la Haya enumera, casos reales que demuestran la crueldad de las personas hacia los niños o las mujeres, casos que aunque algunos aun no se han dado, es muy probable que se den en el futuro y generen aun más problemas de los que ya existen.

No se hacia dónde vamos, pero queda claro de dónde venimos. Si todos los estados han mostrado su preocupación por proteger a los menores, a la madre gestante así como sus derechos y dignidad, creo que lo mejor que pueden hacer es ponerse a trabajar e intentar dar soluciones al asunto, más allá de dictar sentencias que por lo que parece, no dejan a nadie contento.

Es por ello que crear una Convención, como ya se hizo en 1993 en relación con las adopciones de los menores sería la mejor opción ahora mismo, teniendo en cuenta que será difícil que los Estados cambien sus legislaciones, y creo que se ha de proteger a los niños y a las madres gestantes cuanto antes mejor.

Quiero concluir este análisis haciendo una precisión, más allá del dinero que pueda mover la maternidad subrogada, más allá de que pueda suponer un acceso a personas que no pueden tener hijos a tenerlos y que sean biológicamente suyos, más allá de que la filiación se determine por parto, adopción o vínculo biológico, y más allá de cualquier cuestión sobre ley aplicable o reconocimiento que se pueda haber visto a lo largo del presente trabajo, no podemos olvidar que estamos ante un caso en el que los sujetos son personas, no tratamos con mercancías ni con objetos, y el resultado de todo este proceso son niños, menores que ninguna culpa tienen de haber nacido a través de un vientre de alquiler y que se pueden ver en una situación extremadamente complicada como consecuencia de la decisión de un Estado, un tribunal o un encargado del registro civil. Es importante que recordemos que los menores juegan aquí un papel fundamental, y lo que debemos hacer es protegerlos y procurar que no se den situaciones en los cuales estos menores puedan sufrir, bien por los actos de los padres, bien por los actos de los estados.

BIBLIOGRAFÍA:

Álvarez, S. *Reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución*. p. 77-90

Álvarez, S. “*Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil)*”. p.1-20

Sonia Bychkov Green., “*INTERSTATE INTERCOURSE: HOW MODERN ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES CHALLENGE THE TRADITIONAL REALM OF CONFLICTS OF LAW*”. DE 2008.

Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J., *Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución* p. 247-262

Guzmán Zapater. M., “*Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: Hacia un modelo de regulación (sobre la institución DGRN de 5 de octubre de 2010)*”. Anuario Español de Derecho Internacional Privado. Tomo X, 2010, págs. 731-743

Heredia. I., “*El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución. Crónica de un desencuentro*”. El notario del Siglo XXI. Del 9 de abril de 2014, Revista 54, opinión.

Lamm. E., “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”, Barcelona, 2013.

Rodríguez, A., Campuzano, B., Rodríguez, M^a.A., Ybarra, A., *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2014, ed. Tecnos.

Vela Sánchez, J.A. *Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España*. Diario La Ley, nº 8457, Sección doctrina, 13 Enero de 2015, Año XXXVI, editorial LA LEY.

Vela, J.A. (2012) *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares. Granada.

Vela Sánchez, J.A. *Soluciones prácticas para la eficiencia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014*. Diario La Ley, nº 8309, Sección doctrina, 13 Mayo de 2014, Año XXXIV, editorial LA LEY.

CSC Abogados, “*Pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la legalidad conforme a la ley española de los asientos extendidos en los Registros extranjeros. Supuesto de la inscripción de una filiación procedente de un vientre de alquiler*”. Disponible en: <http://abogadoscsc.es/wp-content/uploads/Articulo-sobre-el-vientre-de-alquiler.pdf> [Consultado: 10/03/2015]

Jiménez Muñoz, F. J., *Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014,736)*. Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 400-419. Véase en: <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n18/n18a20.pdf> [Consultado: 15/03/2015]

Laura Carballo Piñeiro, *España: doctrina e interacción entre el Tribunal Supremo español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito de la gestación por sustitución*. Del 11 de marzo de 2015. Disponible en: <https://cartasblogatorias.com/2015/03/11/espana-doctrina-e-interaccion-entre-el-tribunal-supremo-espanol-y-el-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-a-proposito-de-la-gestacion-por-sustitucion/> [Consultado: 25/04/2015]

Rodríguez Martínez. E. *Los contratos Internacionales sobre Maternidad subrogada. Un vistazo rápido al Derecho Comparado. P.146-164* Disponible en: <http://www.fldm.edu.mx/pdf/revista/no13/Derecho13-Arti11.pdf> [Fecha consulta: 01/04/2015]

Scotti. L.B., “*El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas*”. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf> [Fecha consulta: 15/04/2015]

DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA:

Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (2011): “Preliminary Note on the private international law issues surrounding the status of children”.

Véase en: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>

Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (2012): “A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements”.

Véase en: <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf>

Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (2014): “Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements” (Prel. Doc. No 3 C of March 2014).

Véase en: http://www.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03c_en.pdf

Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (2014): “The desirability and feasibility of further work on the Parentage / Surrogacy Project” (Prel. Doc. No 3 B of March 2014).

Véase en: http://www.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03b_en.pdf

Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (2015): “The Parentage / Surrogacy Project: an updating note” (Prel. Doc. No 3A of February 2015).

Véase en: http://www.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03a_en.pdf

JURISPRUDENCIA

Española:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 1341/2012 (sección 24ª), de 3 diciembre de 2012

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Pozuelo de Alarcón, exequátur nº 285/2012 de 25 de Junio de 2012

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, sentencia nº 193/2010 de 15 de septiembre de 2010

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia nº 949/2011 (sección 10ª), de 23 de noviembre de 2011

Sentencia del Tribunal Supremo nº 835/2013 (Sala de lo civil), de 6 de febrero de 2014 (recurso 245/2012)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 2 de Febrero de 2015 (recurso 245/2012)

TEDH:

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos, asunto Mennesson y Labassee contra Francia, de 26 de junio de 2014

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos, asunto Paradiso et Campanelli contra Italia, de 27 de enero de 2015

LEGISLACIÓN:

España:

Código Civil español, Real Decreto de 24 de julio de 1889.

Constitución Española de 1978, de 29 de Diciembre de 1978.

Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre “régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, de 5 de octubre de 2010.

Ley 35/ 1981 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, de 22 de noviembre de 1988 (LTRA).

Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil español, de 7 de enero.

Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de 26 de mayo (LTRHA).

Ley 20/2011, del Registro Civil de 21 de julio de 2011, que entrará en vigor el 15 de Julio de 2015.

Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil (Vigente hasta el 15 de Julio de 2015).

Ley de Enjuiciamiento Civil español, Real Decreto de 3 de febrero de 188.

Reglamento del Registro Civil español, Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.

Reglamento del Registro civil, publicado en el BOE núm.296 de 11 de diciembre 1958 y corrección de errores en BOE núm.18 de 21 de enero 1959.

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

Convenciones:

Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas y ratificada por el Estado español el 30 de noviembre de 1990.

Convención Europea de Derechos Humanos, adoptada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.

Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjero.

Países de la Unión Europea:

Código Civil Alemán.

Código Civil francés.

Constitución griega de fecha 1975, modificada el 27 de Mayo de 2008.

Ley de Embriología y Fertilización Humana de 2008 (*Human Fertilisation and Embryology Act*). Del Reino Unido.

Ley nº 2004-800, de 6 de agosto, relativa a la Bioética en Francia.

Ley de protección del embrión 745/90 del 13 de diciembre de 1990. Alemania.

Ley 3089/2002, que reformó el Código Civil Griego.

Ley 3305/2005, sobre Reproducción Médica Asistida en Grecia.

Ley nº 40, de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en materia de procreación médica asistida en Italia.

Ley nº 94-653, de 29 de Julio de 1994 relativa al respecto del cuerpo humano. Francia.

PÁGINAS WEB:

www.boe.es

www.hch.net

www.lexadin.com

<http://www.echr.coe.int>

<http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es>

<http://www.hri.org/MFA/syntagma/>

<https://www.gov.uk>

http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=127243

http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=179239

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/040401.htm>

<http://www.bioeticaweb.com/alemania-ley-de-protecciasn-del-embriasn-n-74590-del-131290/>

<http://dejure.org/gesetze/BGB>