

Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español.

Autor: José Ramón de Verda y Beamonte, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia

Proyecto de Investigación DER2013-47577-R. “Impacto social de las crisis familiares (Ministerio de Ciencia y de Competitividad)”.

Sumario: 1. La prohibición de la gestación por sustitución en el Derecho español.- 2. El estado de la cuestión en la doctrina científica.- 3. La posición de la jurisprudencia respecto de las gestaciones por sustitución llevadas a cabo en el extranjero por nacionales españoles.- 4. La posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

1. El art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prevé que “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

Por consiguiente, es nulo el contrato que se celebra, cuando una pareja es fértil, pero la mujer no puede o no quiere llevar a cabo el proceso de gestación, razón por la cual se acuerda realizar una fecundación *in vitro* con gametos de la propia pareja e implantar el embrión obtenido en el útero de otra mujer. Es igualmente nulo el contrato que se celebra cuando la mujer de una pareja es estéril, por lo que se acuerda inseminar artificialmente a otra mujer o fecundar *in vitro* un óvulo de ésta con gametos del varón, para, posteriormente, implantar en su útero el embrión resultante: en este caso, la mujer que acepta asumir el proceso de gestación será madre gestante y madre biológica.

El contrato de gestación por sustitución se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de madre y de hijo.

A mi parecer la nulidad lo es por ilicitud de la causa, por lo que, por aplicación del art. 1306 CC, ninguna de las partes del contrato de gestación por sustitución tendrá acción para reclamar la restitución de las prestaciones ejecutadas, de modo que los comitentes no podrían pedir la devolución de las cantidades que hubieran pagado a la que se había comprometido a ser madre portadora. En contra, sin embargo, F. PANTALEÓN PRIETO, “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, en *Jueces para la democracia*, nº 5, 1988, p. 27 y 28, quien considera que la nulidad procede de la ilicitud del objeto.

La nulidad del contrato de gestación por sustitución hace que, a efectos legales, haya que considerar siempre como madre a la gestante, y no, a la biológica (en el caso de que ésta sea

distinta de aquélla). El art. 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 mayo, dice, así, que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

Sin embargo, el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 mayo, añade que “Queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Cabría, pues, que el padre biológico ejercitara la acción de reclamación de paternidad y que posteriormente, previo consentimiento de la madre gestante, el hijo fuera adoptado por la mujer de aquél, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el art. 176 CC.

2. Un sector de la doctrina científica actual sigue defendiendo la nulidad del contrato de gestación con apoyo en los argumentos arriba expuestos y en el principio constitucional de dignidad de la persona humana, consagrado en el art. 10.1 CE, haciendo especial hincapié en el riesgo de vulnerabilidad de las madres portadoras, que pueden verse abocadas a acudir a esta práctica para hacer frente a situaciones de pobreza o marginación social. Cfr., así, BELLVER CAPELLA, V: “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, en *SCIO. Revista de Filosofía*, nº 11, noviembre de 2015, pp. 19-52; CORRAL GARCÍA, E.: “El derecho a la reproducción humana ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 38/2013, p. 69; LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, en *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2ª, pp. 253-267.

Otro sector de la doctrina se muestra favorable a la admisión de la validez del contrato, invocando el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad e incluso un pretendido derecho a la reproducción, además de la conveniencia de frenar el llamado *turismo reproductivo*, aunque procediendo siempre con cautelas, para asegurar que el consentimiento de las madres portadores sea libre y evitar un posible tráfico internacional de niños. V. en este sentido ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo del orden público internacional”, en *Cuadernos de Derecho Transaccional* (octubre 2014), vol. 6, nº 2, p. 39; GARCÍA ABURUZA, Mª P.: “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8/2015 (BIB 2015\4006); IGAREDA GONZÁLEZ, N.: “La inmutabilidad del principio *mater semper certa est* y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 21, enero 2015, pp. 6-7; VELA SÁNCHEZ, J.: “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, en *Diario La Ley*, nº 7621, 3 mayo 2013.

Personalmente, me identifico más con el primer grupo de autores. Es evidente la conexión entre procreación y el libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 CE, entendido éste, como un principio constitucional, que significa la autonomía de la persona para elegir, libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con las propias preferencias. En este caso, la opción vital es concebir, o no, un hijo, decisión personalísima, en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola, ni prohibiéndola, debiendo respetar lo que resulte del ejercicio de la libertad de cada ciudadano. La libertad de procreación significa el reconocimiento a la persona de un ámbito de decisión (concebir, o no un hijo) sustraído a la injerencia estatal, pero de esta libertad no se desprende un derecho a exigir a los poderes públicos que éstos hagan efectiva la pretensión de tener hijos. Concretamente, no existe un derecho a exigir al

Estado que permita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a cualquier persona, en cualquier circunstancia y de cualquier modo. Es, por ello, legítimo que se limite el acceso a dichas técnicas con el fin de proteger intereses distintos a los de sus potenciales usuarios, como son la dignidad, tanto de las madres portadoras, como de los hijos concebidos mediante gestación por sustitución.

De cualquier modo, me parece que la respuesta legal ha de estar basada en un juicio de valores, y no en razonamientos de carácter económico, como son los que, en parte, esgrime en uno de sus numerosos y originales trabajos VELA SÁNCHEZ, J.: “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho”, en *Diario La Ley*, nº 8055, 4 abril 2013, en donde se refiere al considerable ahorro de costes que para los españoles supondría el no tener que viajar al extranjero para realizar la gestación por sustitución y a los ingresos que para la economía nacional supondría la práctica en España de la maternidad subrogada.

3. En la práctica, sucede que parejas estériles (o formadas por miembros del mismo sexo) acuden a países donde está permitida la gestación por sustitución; allí conciertan un contrato de útero de alquiler; y, una vez que nace el niño, lo inscriben en el Registro Consular, como su fuera hijo suyo. Se trata de una práctica que se opone a lo establecido en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, precepto que tiene un claro carácter imperativo y determina la formación del orden público español.

La STS (Pleno) 6 febrero 2014 (*Tol*/4100882) (de que puede el comentario de F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución”, en *Revista Boliviana de Derecho*, nº 18, 2014, pp. 400-419) ha confirmado la cancelación de la inscripción de la filiación, que había sido realizada en el Registro Civil Consular de los Ángeles, con apoyo en una certificación registral californiana, en favor de dos varones, que habían acudido a la gestación por sustitución. Ha considerado que tal inscripción iba contra el orden público español, pues en “nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, ‘cosificando’ a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ‘ciudadanía censitaria’ en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”.

No puede considerarse que la posición de la legislación española *per se* sea contraria al interés superior del menor, pues no está dicho que, en principio, lo mejor para éste sea que se le reconozca la filiación siempre respecto de los comitentes, en vez de respecto de la madre gestante, sin examinar las circunstancias del caso concreto, lo que, además, supondría posibilitar que los jueces crearan una regla general de atribución de la filiación, contraria a la claramente establecida por el legislador, en una aplicación discutible de un concepto jurídico indeterminado, como es el “interés del menor”, respecto del cual no existe unanimidad.

La mencionada STS 6 febrero 2014 realiza interesantes consideraciones a este respecto. Dice, así, que “La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del

menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales”; y continúa: “La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo”. Por otro lado, observa que, si bien, a tenor del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor tiene “una consideración primordial”, a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños”, ello no significa que no haya que realizar una ponderación con otros bienes jurídicos, como “el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”, afirmando que “la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil”.

Además, hay que insistir en que, conforme al art. 10.2 de la Ley 14/2006, cabe que, siendo uno de los comitentes el padre biológico reclame la paternidad y, posteriormente su cónyuge (cualquiera que sea su sexo) lo adopte, sin necesidad de la declaración administrativa de idoneidad (art. 176.2º.2. CC), como también que pueda constituirse un acogimiento en favor de los comitentes, si existe una situación de desamparo por no ocuparse la madre gestante de su hijo.

El ATS 2 febrero 2015, rec. nº 245/2012, resolviendo un incidente de nulidad de actuaciones, ha considerado que la solución adoptada por la STS (Pleno) 6 febrero 2014 no es contraria a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en sus Sentencias de 26 de junio de 2014 (casos Labasse y Mennesson) ha condenado a Francia, por no permitir la inscripción en el Registro civil francés de hijos nacidos en Estados Unidos mediante gestación por sustitución con gametos del varón integrante de la pareja heterosexual comitente. Observa el Tribunal Supremo que la condena al país galo se fundamenta en “la absoluta imposibilidad de que el ordenamiento jurídico francés reconozca cualquier vínculo de filiación entre los comitentes y el niño, no solamente por la imposibilidad de transcribir el acta de nacimiento norteamericana, sino también por la imposibilidad de que se reconozca la filiación biológica paterna (lo que el Tribunal de Estrasburgo considera injustificable), la filiación derivada de la posesión de estado, o la filiación por adopción por parte de los comitentes”, “lo que supone una situación de incertidumbre jurídica incompatible con las exigencias del art. 8 del Convenio” de Roma [que consagra el derecho al respeto de la vida familiar, del que forma parte el derecho a la identidad]. El Tribunal de Estrasburgo –añade– “no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto de la vida privada de esos menores. Lo que afirma es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir [...]. En el caso de España, ese estatus

puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor”.

4. No obstante lo dicho, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 mantiene una discutible posición sobre la materia.

a) En su directriz segunda, afirma que: “En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”.

Por lo tanto, se abandona la posición mantenida por la RDGN 18 febrero 2009, que, en el supuesto anteriormente mencionado (los dos varones que habían viajado a California para poder acceder a la gestación por sustitución), había admitido la posibilidad de inscribir la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución a través de un mero certificado registral de nacimiento (expedido por las autoridades californianas), lo que, por lo tanto, ya no será posible.

b) Por el contrario, sí que admite la inscripción en los Registros civiles consulares de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución, cuando, al menos, uno de los solicitantes sea español y se presente ante el encargado del Registro una resolución judicial, dictada en el país de origen.

En su directriz primera dice, así, que: “La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido” (párrafo primero).

Por consiguiente, la atribución de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución debe basarse en una previa resolución judicial, que (salvo que resulte de aplicación un Convenio Internacional) habrá de ser objeto de exequátur, conforme al procedimiento establecido en los arts. 954 y ss. LEC de 1881 (tras la reforma operada por la L 62/2003, de 30 de diciembre de medidas, fiscales, administrativas y del orden social).

A mi parecer, la solución propuesta por la Instrucción no es correcta, porque, en definitiva, está prestando cobertura administrativa a un “turismo reproductivo”, el cual trata de eludir la aplicación de un precepto legal (el art. 10.1 de la L 14/2006), que, claramente, establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución, norma ésta, que creo que debe ser considerada de orden público; y ello, en la medida en que responde al principio, común en los países de la Europa continental, de que no pueden ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer.

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha sido objeto de críticas generalizadas por la parte de los civilistas; y no sólo de los que están claramente en contra de la admisión de la validez del contrato de maternidad subrogada, como es el caso de CORRAL GARCÍA, E. “El derecho a la reproducción humana”, cit., pp. 48-49, sino

también de los que están en favor de admitir su validez legal, negando que el recurso al principio del interés superior del menor puede llevar a soluciones contrarias al orden público español y propiciar un claro fraude de ley. V. así VELA SÁNCHEZ, J.: “El interés superior del menor como fundamento de la incorporación de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, en *Diario La Ley*, nº 8162, 3 octubre 2013. A favor, en cambio, se muestra un sector de la doctrina iusinternacionalista, de la que, por ejemplo, son exponentes CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, en *Cuadernos de Derecho Transaccional* (octubre 2009), vol. 1, nº 2, p. 319.

Para terminar este breve trabajo: no creo que el art. 96 de la nueva LRC de 21 de julio de 2011 todavía en período de *vacatio legis*, altere los términos de la cuestión, pues el precepto, en su número 2º, sólo permite inscribir una resolución judicial extranjera, cuando no resulte “manifiestamente incompatible con el orden público español”, del que forma parte la prohibición de gestación por sustitución. Cfr. en tal sentido GARCÍA AMEZ, J.: “Maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: una mirada normativa y jurisprudencial de la realidad en España”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 40/2014, pp. 168-169.