



LA MATERNIDAD SUBROGADA: ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN A RAÍZ DE LA STS 6/2/2014 (LA LEY 2868/2014).

MIGUEL SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO.

ABOGADO/DOCTOR EN DERECHO/MEDIADOR CIVIL Y MERCANTIL.

1).- INTRODUCCIÓN.

La filiación sufre actualmente una de sus mayores transformaciones desde la Ley 11/1981 de 13 de Mayo (LA LEY 1014/1981) que incorporó los principios contenidos en los artículos 14 y 39 de la CE (LA LEY 2500/1978) que sustituía el régimen que distinguía entre la filiación matrimonial y otra ilegítima, hoy en día dados los grandes avances científicos relacionados con la reproducción humana se incorpora otra forma de reproducción humana nueva que aparece mencionada en la Ley 14/2006 de 26 de Mayo (LA LEY 5218/2006) de técnicas de reproducción humana asistida, ésta legislación aparece, como siempre, por detrás de la realidad social y científica en un intento del legislador de posicionarse ante la nueva realidad social¹.

Por maternidad por subrogación (o “madre de alquiler” o “vientre de alquiler”) se debe entender como aquel contrato oneroso o gratuito a través del cual una mujer de manera artificial consiente en llevar la gestación aportando o no su óvulo, con el compromiso de entregar al recién nacido a los llamados comitentes que pueden ser individuales o una pareja matrimonial o de hecho, que puede aportar o no sus gametos y que en la mayoría de los casos estará formada por dos varones².

En general, los diversos ordenamientos jurídicos de los países rechazan esta técnica y la prohíben o no otorgan ninguna validez al hecho, no obstante sí existen algunos países que lo autorizan o reconocen ciertos efectos, como India, Canadá, Israel, México o el

Reino Unido entre otros, aunque en este artículo sí me centraré en la legislación de Estados Unidos, concretamente en la del estado de California, que es la más permisiva.

Pues bien, con esta tesis nuestra Ley 14/2006 en su art. 10, considera nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación de un ser humano y atribuye la determinación por el parto a la madre que da a luz, siguiendo el principio del derecho romano de “*mater certa Semper est*”³.

2).- DESARROLLO JURISPRUDENCIAL Y LEGISLATIVO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

El Pleno 835/2013 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 6 de Febrero de 2014 en que resuelve el recurso 245/2012 , dicta una resolución pionera e innovadora sobre el tema, siempre controvertido, de la maternidad subrogada.

En dicha Sentencia, el alto Tribunal avala la tesis sostenida por la Fiscalía y por la Audiencia Provincial de Valencia en su Sentencia de fecha 23 de Noviembre de 2011 (LA LEY 231447/2011) en donde se rechaza el acceso al Registro Civil de unos menores nacidos en California (EE.UU) mediante un vientre de alquiler contratado por dos varones homosexuales españoles.

En el estado de California la maternidad subrogada es una práctica legal, previo acuerdo entre las partes y previo procedimiento judicial⁴ en el que se declara la paternidad de ambos contratantes (pareja homosexual española)⁵.

Con todo esto realizado el hospital donde se produce el alumbramiento otorga un certificado que se inscribe en el Registro Civil de California⁶, el problema viene dado cuando este certificado intenta acceder al Registro Civil español, en este caso en un primer momento se produjo su denegación en el Consulado español de Los Ángeles, aunque después la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) estimó su inscripción mediante Auto de fecha 18/2/2009 (LA LEY 15366/2009), este Auto fue recurrido por el Ministerio Fiscal en un procedimiento que acaba con la Sentencia del TS que aquí comento.

Esta decisión del Tribunal Supremo ha sido muy controvertida con 5 votos a favor + el aval de la Fiscalía contra 4 votos en contra, en el que se estima el criterio contrario a las madres de alquiler al tratarse de un hecho que no es real (biólogicamente es imposible), que va contra la legalidad nacional (art. 10 de la L 14/2006), y que ya en motivos de tipo moral, se debe ir en contra de una práctica cada vez más extendida en los países en los que entienden se mercantiliza con la naturaleza gestante de las mujeres y de paso con la vida de las personas, una práctica solo permitida a los que tengan cierta capacidad económica (sin que exista ningún tipo de discriminación por orientación sexual). No obstante estos argumentos de la Sala, ésta entienden que se da con la legislación actual una posible solución a esta querencia de descendencia como puede ser el ejercer la acción de paternidad del padre biológico, pudiendo su pareja proceder a la adopción del menor.

En esta Sentencia se producen tres votos particulares, en la que se dice en el primero de ellos, se nos dice que se debe respetar una decisión administrativa extranjera, sin que resulte de aplicación el art. 10 de la L 14/2006, por lo que se debe ver tan solo si ésta decisión es contraria o no al orden público internacional para que se introduzca en el orden jurídico español.

En el segundo voto particular, se menciona que entre la L 14/2006 y el interés del menor, debe prevalecer este último, y por último el tercer voto particular va en esta línea que he mencionado, y menciona que se debe valorar sobre todo el interés del menor, pues a éstos se les coloca sino en una situación o limbo jurídico un tanto incierto en cuanto a su filiación.

Por lo tanto observo que para la resolución judicial de este tipo de problemas relacionados con la maternidad subrogada, se va a poner en una balanza dos conceptos jurídicos, como son por una parte el interés del menor (*favor filii o minoris*) y por otra la legalidad de nuestras leyes, en este caso la L 14/2006.

El interés del menor debe ser superior según los Magistrados⁷ que realizan estos votos particulares otros, como se dice en esta Sentencia, opinan que debe ser superior la legalidad nacional, yo personalmente suscribo que debe estar por encima la protección a los menores, que aunque éste pueda parecer un concepto un poco indeterminado⁸, soy

de la opinión de que la aplicación de un derecho fundamental en los menores, tal y como se menciona en el Art. 39.4 de la CE (LA LEY 2500/1978), como personas vulnerables al igual que los incapaces, debe ser seguido no solo por la legislación nacional (como así ocurre con nuestra legislación y los distintos Convenios internacionales de los que España forma parte) sino también por nuestros juzgadores.

No quiero acabar estas páginas, sin hacer mención a la nueva Ley del Registro Civil establecida por la Ley 20/2011 (LA LEY 15320/2011) de 21 de Julio y que entrará en vigor el 22 de Julio de 2014 (*vacatio legis*). En dicha Ley no aparece ninguna referencia a la maternidad subrogada, ni en su exposición de motivos, ni en los diarios de sesiones, por lo que a mi entender se ha dejado pasar una oportunidad histórica para llevar a cabo una mejor regulación del proceso y así evitar la confusión de legislaciones. Tan solo nos menciona, en su título X relativo a las normas de Derecho Internacional Privado, la forma de acceder al registro civil de tanto certificaciones registrales como de resoluciones judiciales que habrá que esperar qué sentido puedan tener.

En cuanto a las certificaciones de asientos extendidos en registros extranjeros, mencionado en el art. 98 de esta nueva Ley del registro Civil, en el apartado 1 de este artículo menciona los requisitos que dichos certificados extranjeros deben tener para su inscripción, entre ellas menciona en su punto d) que dicha inscripción no resulte “*manifiestamente incompatible con el orden público español*”, en el caso de que se admita esta certificación registral en el caso de maternidad subrogada, que yo entiendo que no cabe por mor del apartado segundo de la Instrucción 5 de Octubre de 2010⁷, chocaría de plano con este punto d) donde por orden público español cabe alegar el art. 10 de la Ley 14/2006, que como he dicho antes declara nulo este contrato de maternidad, por lo que entiendo que esta inscripción registral, en el caso de admitirla, sería impugnabile por ser contrario al orden público español, entender lo contrario sería un poco volver a la Resolución de 10 de Febrero de 2009.

Lo mismo puede decirse de la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras, estas sí son inscribibles de acuerdo a la Instrucción de 5 de Octubre, mencionada en el nuevo art. 96 de la nueva Ley 20/2011, también menciona en su apartado 2.2.d) que dicha resolución “*no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español*” con lo que chocaría, lo mismo que en el caso anterior, con el art. 10 de la Ley 14/2006.

La solución será a partir del 22 de Julio de 2014, cuando entre en vigor la nueva Ley del Registro civil, donde va a haber una confrontación entre realidad del hecho en sí o la

legalidad, y si es ésta, habrá que tener en cuenta la legalidad de nuestro país o de la legalidad del país de origen donde se permite dicha forma de procrear⁹.

Por último quiero destacar que aunque en nuestro país la legislación es clara en el sentido de que el art. 10 de la Ley 14/2006 considera nulo el uso de esta técnica para conseguir una filiación que de otra manera no sería posible., se trata de ver por tanto, con estos antecedentes legislativos, como se coordinan la legalidad y el interés del menor, con esta aparición de la maternidad subrogada que establecen los nuevos avances científicos en el campo de la reproducción asistida y el auge de esta nueva maternidad requerida por cierto sector de la población con problemas (de imposible solución por la naturaleza humana sobre todo en las parejas homosexuales de varones) para procrear por ellos mismos.

En mi opinión esta norma del art. 10 de la L 14/2006, se debe interpretar de una manera un poco flexible, teniendo en cuenta esta nueva técnica, que sí entiendo se mercantiliza con la naturaleza gestante de la mujer, sí es cierto también que puede ser una técnica útil para que las personas con este tipo de problemas, lo puedan usar, y nuestro legislador debe tener en cuenta la realidad social de los tiempos actuales, como menciona el art. 3.1 del C.c (LA LEY 1/1889), por lo que se debe aceptar esta práctica aunque solo sea pensando en el interés del menor que entiendo que es importante ya que negarles esta filiación sería situarlos en un limbo jurídico de difícil solución no solo para el menor sino también para la sociedad y a mayor abundamiento nuestro legislador debe tener en cuenta el art. 10.1 de nuestra CE (LA LEY 2500/1978) en la que se dice que el Derecho debe servir para que los ciudadanos puedan desarrollar su personalidad, y dentro de ésta yo englobo el derecho a tener una descendencia directa por lo que con estos impedimentos entiendo que se coarta dicho derecho. Tal vez la solución podría venir porque nuestro legislador se decidiera por establecer un convenio de maternidad subrogada, como dice algún autor¹⁰, donde se recoja preceptos ya establecidos en la Instrucción de 5 de Octubre de 2010 (LA LEY 20227/2010) o teniendo en cuenta lo establecido en otros ordenamientos extranjeros bastantes más avanzados que el nuestro en la materia.

ABSTRACT:

La maternidad subrogada como nuevo fenómeno social en materia de fecundidad y como último remedio para que determinadas parejas tengan descendencia y como alternativa a la adopción (que es la solución que da el Código Civil-arts 176 y 177-), aparece rodeada de polémica por la confrontación entre la Ley 14/2006 y la Instrucción 5 de Octubre de 2010 y tampoco es resuelta de un modo claro ni por la nueva Ley del Registro Civil (Ley 20/2011) ni por esta última Sentencia que aquí comento.

¹ Salas Carceller, “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi*, num 10/2011. Págs 1 y ss.

² Fernández-Sancho Tahoces, “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi*, num 6/2011. Págs 1 y ss.

³ Esta Ley 14/2006 choca con la Instrucción de la DGRN de 5 de Octubre de 2010 (LA LEY 20227/2010), que pensando en el interés del menor acepta que se inscriban en el Registro Civil este tipo de filiaciones, siempre y cuando se den una serie de condiciones, como pasa con las recientes RDGRN 9/6/2011 (LA LEY 296491/2011) o 22/12/2011 (LA LEY 304668/2011), entre otras, también en la Jurisdicción Social en la STSJ de Madrid de fecha 18 de Octubre de 2012 (LA LEY 175004/2012), se amplían los derechos sociales de maternidad al solicitante en un caso de maternidad subrogada. También menciona dicha contradicción Albert Márquez, “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, 5137/2012. Págs 1 y ss. Y Cerdá Subirach, “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de Octubre de 2010 de la DGRN”, *Diario La Ley*, 5137/2012. Pág 6.

⁴ Fernández-Sancho Tahoces, “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi*, num 6/2011. Págs 1 y ss.

⁵ Regulado en la sección 7630 del *California Family Code*.

⁶ *The California Office of Vital Records*.

⁷ También hay alguna resolución judicial como el Auto de 25 de Junio de 2012 del Juzgado de Pozuelo de Alarcón que así lo dice.

⁸ Vela Sánchez, “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”. *Diario La Ley* 3 de Octubre de 2013. La Ley 5167/2013. Págs 2 y ss.

⁹ Algún autor como Albert Márquez, “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, 5137/2012. Págs 1 y ss, entienden que por razones diversas, como pueden ser razones de equidad, coherencia o igualdad esta nueva Ley puede significar un primer paso hacia la legalización de estos contratos.

¹⁰ Vela Sánchez, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de Octubre de 2010”. *Diario La Ley* 3 de Mayo de 2011, LA LEY 4965/2011. Págs 2 y ss.