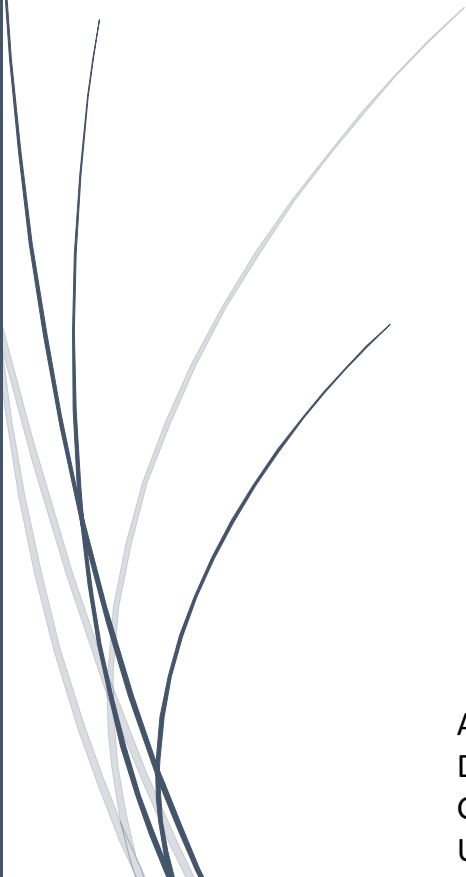




12 de maig de 2017

LA GESTACIÓ PER SUBSTITUCIÓ

Anàlisi jurídic de la seva problemàtica



AUTOR: ANDREA LÁZARO ORTIZ
DIRECTOR: XAVIER CECCHINI ROSELL
GRAU EN DRET
UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA

“No deberíamos temer cambiar leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la Sociedad y la ciencia. Desde finales del siglo XIX, cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la Sociedad al pánico: el divorcio, la igualdad de los derechos de los padres, el aborto... ¡Siempre se nos está diciendo que un apocalipsis está a punto de pasar, y nunca pasa! Apocalipsis sería una humanidad que no quiera tener hijos”.

Elisabeth Roudinesco

ÍNDIX

RESUM I ABSTRACT	- 1 -
ABREVIATURES I SIGLES	- 2 -
I. INTRODUCCIÓ	- 3 -
II. LA GESTACIÓ PER SUBSTITUCIÓ	- 5 -
2.1.- Concepte	- 5 -
2.2.- Causes	- 6 -
2.3.- Modalitats	- 6 -
III. LA GESTACIÓ PER SUBSTITUCIÓ DES D' UN PUNT DE VISTA INTERNACIONAL	- 8 -
IV. LA GESTACIÓ PER SUBSTITUCIÓ EN EL DRET ESPANYOL	- 13 -
V. FILIACIÓ I REGISTRE CIVIL EN CASOS DE GESTACIÓ PER SUBSTITUCIÓ	- 17 -
5.1.- Situació a nivell internacional	- 17 -
5.2.- Situació nacional, especial referencia al DGRN	- 20 -
5.2.1 .- Instrucció de 5 d'octubre de 2010 de la Direcció General dels Registres i del Notariat.....	- 25 -
VI. DOCTRINA CREADA PELS TRIBUNALS EN EL CAS TRACTAT I COMENTARI DE LA MATEIXA	- 27 -
VII. ANÀLISI DE LA PROBLEMÀTICA JURÍDICA: L' ORDRE PÚBLIC	- 33 -
VIII. POSSIBLES SOLUCIONS ALS PROBLEMES PLANTEJATS	- 38 -
IX. CONCLUSIONS	- 42 -
X. BIBLIOGRAFIA	- 44 -

RESUM

L'objecte del present treball és analitzar amb profunditat la figura de la gestació per substitució juntament amb tota la seva regulació a nivell internacional i estatal. S'ha donat gran interès a una qüestió molt controvertida en l'actualitat com és la determinació de la filiació dels nens nascuts a través d'aquesta tècnica, demostrant la urgent necessitat de regular aquesta matèria a l'Estat Espanyol.

La confrontació i l'entrada en joc de l'ordre públic i l'interès superior del menor serà objecte d'anàlisi jurídic a través de diversa jurisprudència i doctrina dels nostres tribunals i de la Instrucció de la Direcció General dels Registres i del Notariat.

Paraules clau: Gestació per substitució, ordre públic, interès superior del menor.

ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze in depth the figure of surrogate motherhood along with all its International and national regulation. It has been given a great interest to a controversial question nowadays as it is the determination of the filiation of the children born through this technique, demonstrating an urgent need to regulate this technique in the Spanish state.

The confrontation of the public order and the best interest of the child will be object of legal analysis through the jurisprudence and doctrine of our courts and the Instruction of the general Directorate of Registries and Notary.

Key words: Surrogate motherhood, public order, best interest of the child

ABREVIATURES I SIGLES

CC: Codi Civil

TRA: Tècniques de Reproducció Assistida

LTRHA: Llei de Tècniques de Reproducció Humana Assistida

LRC: Llei del Registre Civil

DGRN: Direcció General dels Registres i del Notariat

CEDH: Conveni Europeu dels Drets Humans

CP: Codi Penal

CE: Constitució Espanyola

EE.UU: Estats Units

I. INTRODUCCIÓ

La reproducció no és, només, una de les funcions vitals que té tot ésser viu sinó que és un dels desitjos de la majoria d'individus i, fins i tot, un dels mandats socials que forma part d'una gran pluralitat de societats en el món. D'aquesta manera, la infertilitat apareix com una barrera molt difícil de superar per aquells individus o parelles que volen ser pares i portar al món una nova criatura. L'única solució que es podia trobar i realitzar per part d'aquelles parelles que no podien concebre fills, de manera natural, era la figura de l'adopció.

No és fins als anys 70 quan, gràcies a la medicina i als avanços en l'àmbit de la ciència, apareixen les anomenades Tècniques de Reproducció Assistida (TRA); les quals substitueixen als processos naturals donats durant la reproducció facilitant a aquelles persones que volen ser pares a complir el seu desig. Actualment, existeixen diversos mètodes de reproducció assistida que es troben reconeguts com a tal en la Llei 14/2006 sobre Tècniques de Reproducció Humana Assistida, de 26 de maig de 2006. Aquesta llei regula i anomena les TRA permeses a Espanya, deixant de banda a altres tècniques de reproducció assistida -com és la gestació per substitució- les quals són permeses en altres països diferents de manera constant i freqüent.

El present treball tractarà sobre el desenvolupament de la figura de la gestació per substitució; anomenada, també, maternitat subrogada o "*vientres de alquiler*" (dit en un llenguatge més popular i, a la vegada, erroni). L'elecció d'aquest tema sorgeix degut al gran interès que suscita aquesta figura entorn a l'actual debat social existent sobre la seva legalització, atès l'entrada en joc de diversos drets humans i principis bàsics del nostre ordenament jurídic.

Aquest treball està dividit en diversos capítols ordenats de tal manera que es pugui entendre tot el seu conjunt d'una forma clara i concisa. Per això, en primer lloc, es troba un apartat introductori en el qual es tracta la gestació per substitució com a concepte, quines són les seves modalitats i les seves possibles causes. A posteriori, trobem un epígraf destinat a analitzar i/o mostrar les diferents regulacions que té la gestació per substitució des d'una perspectiva internacional i, alhora, des d'un punt

de vista més nacional. Seguidament, es passa a abordar la qüestió controvertida del treball: la filiació i el Registre Civil espanyol en els casos de gestació per substitució fent especial referència a la intervenció de la Direcció General dels Registres i del Notariat i de la jurisprudència pronunciada en aquesta matèria. Així, en el següent capítol, s'analitza la problemàtica que sorgeix d'aquesta figura, sobretot des d'una perspectiva referent a l'ordre públic qüestionant en tot cas que l'admissió de dita tècnica vulneri l'ordre públic espanyol. Seguidament, es manifesten algunes de les solucions legals que s'han considerat possibles per donar resposta als problemes tractats durant el treball; incloent un punt de vista més subjectiu en relació a la gestació per substitució. I, finalment, un cop s'ha vist i analitzat totes les qüestions tractades amb profunditat, s'exposen les conclusions i es detalla tota la biografia utilitzada per a la realització del present treball.

II. LA GESTACIÓ PER SUBSTITUCIÓ: CONCEPTE, CAUSES I MODALITATS

Actualment, les tècniques de reproducció assistida admeses dins de l'Estat espanyol es troben reconegudes en la Llei 14/2006 sobre Tècniques de Reproducció Humana Assistida, de 26 de maig de 2006. Concretament, en el seu annex "A" s'especifica quins són els mètodes permesos a Espanya: "*Inseminación artificial; Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones y; Transferencia intratubárica de gametos*". Aquesta llei, la qual analitzarem més a fons posteriorment, té per objecte "*regular l'aplicació de les tècniques de reproducció humana assistida acreditades científicament i clínicament indicades; regular l'aplicació de les tècniques de reproducció humana assistida en la prevenció i tractament de malalties d'origen genètic, sempre que existeixin les garanties diagnòstiques i terapèutiques suficients i siguin degudament autoritzades en els terminis previstos per la llei (...)*"¹.

2.1.- Concepte

L'objecte d'aquest treball és analitzar la gestació per substitució, figura que no es troba reconeguda com a tècnica de reproducció assistida permesa a Espanya per la Llei 14/2006.²

La Gestació Subrogada o Gestació per Substitució, com es denomina en la legislació espanyola, és una Tècnica de Reproducció Assistida Humana en la que la gestant fa una donació de la seva capacitat gestacional a aquell individu o parella, ja sigui heterosexual o homosexual. Aquesta figura, per tant, es considera una forma de reproducció assistida la qual, a més de la presència dels futurs pares, hi participa

¹ Article 1 de la Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre tècniques de reproducció humana assistida.

² Article 10.1 de la Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre tècniques de reproducció humana assistida, estableix; "*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.*"

una tercera persona; la dona que gesta l'embrió. Dita tècnica es produeix quan una dona, amb plena capacitat d'obrar, dóna consentiment de manera lliure a través d'un contracte o acord (mitjançant contraprestació econòmica o a títol oneros) a realitzar la gestació amb el compromís de que, a tots als efectes, entregarà al nadó als altres intervinents, els quals seran irrevocablement els seus pares o progenitors.

2.2.- Causes

Aquest pacte de gestació per substitució es pot deure a moltes circumstàncies o motius com, per exemple, la infertilitat o incapacitat de gestar de la dona sola -o en parella- o perquè no es vol transmetre una malaltia genètica, entre d'altres. Un altre motiu important destacable és que el contracte o pacte de gestació per substitució, en moltes ocasions, obeeix al desig de ser pares tant en casos d'homes sols o bé en parelles homosexuals; les quals poden constituir matrimoni i, per tant, accedir a la paternitat o maternitat.³

2.3.- Modalitats

De manera general, es poden distingir dues modalitats de gestació per substitució:

a) En primer lloc, trobem la subrogació tradicional; s'utilitza quan la dona que vol ser mare no pot produir òvuls i, per tant, necessita que la dona gestant presti el seu òvul i, el pare o un donant anònim d'esperma, aporti els seus espermatozoides. D'aquesta manera, el futur nadó tindria una relació genètica amb la dona gestant ja que la mateixa hauria aportat el òvul. L'esperma es introduït a l'interior del úter de la dona gestant a través de la inseminació in Vitro.

b) Per altra banda, trobem l'anomenada subrogació gestacional; es produeix quan les futures mares poden produir òvuls amb garantia de ser fecundats però que, per algun tipus de motiu mèdic o -a vegades- desconegut, no pot portar a terme la

³ Article 44 del Codi Civil Espanyol estableix; “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”.

gestació. Per això, en aquests casos, tant l'òvul com l'espermatozoide són aportats pels futurs progenitors i pares de la criatura o ve per donants d'òvuls i/o espermies, amb exclusió de la dona gestant. Els òvuls són inseminats a través de la inseminació in Vitro i l'embrió que resulta d'aquest procés es transfereix a l'úter de la gestant. Així, en aquest segon mètode, el futur nadó no té una relació genètica amb la dona gestant.

Per tant, en línies generals, cal fer referència a una dada: des del moment en que apareixen els tractaments d'inseminació in Vitro, el mètode menys utilitzat pels que seran els futurs pares és el de la subrogació tradicional. L'opció més recomanada per tots els experts és la de la subrogació gestacional ja que et dona la possibilitat d'utilitzar els teus propis òvuls com a dona i futura mare o, a més, evitar que la dona gestant tingui algun tipus de relació genètica amb l'embrió.⁴

⁴FARNÓS AMORÓS, E., "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California", en *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2010, pp. 5-6.

III. LA GESTACIÓ PER SUBSTITUCIÓ DES D'UN PUNT DE VISTA INTERNACIONAL

La gestació per substitució és una figura complexa ja que planteja diversos debats, no només polítics sinó també ètics. És així atès que allò conegut com a gestació per substitució, maternitat subrogada o -col·loquialment- com “*ventre de alquiler*”, trenca amb una premissa suprema provinent del dret romà, “*mater sempre certa est*”; la qual consagra un tema de filiació considerant que la mare és sempre aquella persona que dona a llum a la criatura. Per aquests inqüestionables debats i diferents punts de vista jurídics i ètics, actualment, podem trobar regulacions molt diverses i extremes sobre la gestació per substitució. Concretament, podem trobar-nos amb tres posicions en el dret comparat: ⁵

Primerament, trobem la prohibició de la gestació per substitució: postura utilitzada encara amb freqüència en la actualitat per la majoria d'ordenaments europeus com Alemanya, Suècia, Suïssa, França, Itàlia o Espanya, entre d'altres. La regla general en aquests ordenaments jurídics és la seva prohibició i nul·litat dels acords referents a la gestació per subrogació. La majoria d'arguments, donats per dits països sobre la seva postura de prohibició referent a la gestació per substitució, bàsicament són i es centren en problemes morals i ètics. De manera general, es considera que la gestació per substitució és contrària a la dignitat humana i pot causar greus seqüeles emocionals als fills. ⁶

Des d'un punt de vista jurídic trobem que, en molts d'aquests països europeus, la gestació per substitució es prohibeix per la norma suprema de qualsevol ordenament jurídic, com és la Constitució. Suïssa és un clar exemple ja que l'article 119.2 lletra d) de la Constitució federal estableix una prohibició expressa a “*la donació d'embrions i a totes les formes de maternitat de substitució*”.

⁵ LAMN, E., “Gestación por sustitución”, en revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2012, pp 11-17.

⁶ Comité Consultatif National d'Ethique de Francia, opinión nº 110, de mayo de 2010, sobre “Problemes ethiques soulevés par la gestation pour autrui (gpa).”

A més a més, en altres països com a Alemanya, trobem lleis específiques que prohibeixen aquesta tècnica de manera expressa; establint fins i tot, penes privatives de llibertat o multes, com seria la Llei Alemanya de Protecció de l'Embrió 745/90 del 13 de desembre de 1990, la que en el seu article 1 fa referència a un abús en la utilització de les tècniques de reproducció i estableix que *“serà sancionat amb una pena privativa de llibertat de fins a 3 anys o d’una multa qui: 1. Transfereixi a una dona el òvul d’una altre; 2. Fecundes artificialment un òvul amb fins diferents als d’iniciar un embaràs en la dona de qui provingui el òvul (...) 7. Fecundes artificialment o transferís un embrió a una dona disposada a entregar el nen a tercers després del seu naixement”*.

Després, en segon lloc, trobem un seguit de països que admeten aquesta figura com a Tècnica de Reproducció Assistida però no d’una manera plena sinó que s’admet, sempre i quan, sigui de manera altruista i sota certs criteris i condicions. Aquest cas es dona en una gran quantitat de països com, per exemple; Regne Unit, Canadà, Grècia, Israel o Brasil, entre d’altres. Dins d’aquest mateix grup hi ha certs punts de diferència atès que la regulació que tenen alguns d’aquests països comparada amb la d’altres és diferent en el seu objecte; és a dir, un primer grup que regula i permet (no de manera plena) la maternitat subrogada té establert un procediment de “pre-aprovació” en el qual hi participen els comitents⁷ i la gestant realitzant uns acords referents a la gestació, que hauran de ser presentats davant d’algun tribunal, comitè o jutge per tal de que els revisi i els aprovi. Alguns d’aquests països són Grècia, Israel i Sudàfrica. Però, d’altra banda, trobem altres països que permeten la gestació per subrogació de manera limitada, en que les seves regulacions es centren, bàsicament, en la transferència de la filiació post-part; dit amb altres paraules, són partidaris a establir la regulació de procediments per tal que els comitents obtinguin la paternitat legal d’aquell nadó.

El Regne Unit és un clar exemple de país que té aquest tipus de regulació; el fet de que la gestació per substitució sigui altruista i, per tant, no hi hagi recompensació econòmica, no pot considerar-se il·legal al Regne Unit. En aquests casos possibles

⁷ Persona o parella que vol tenir un fill però que per algun motiu no pot gestar i desitja que algú gestí per ella.

de gestació per substitució, la filiació s'assigna a les dones que donen a llum el nadó i només es pot arribar a transferir la filiació als comitents, sempre i quan aquests ho sol·licitin als tribunals. Així doncs, sorgeixen dues actes o certificats de naixement; el primer certificat en el qual constarà com a mare la dona que ha donat a llum al propi nadó i, posteriorment, es podrà redactar una segona acta de naixement en el qual constarà com a pares els comitents⁸ si, i només si, es reclama davant de tribunals la filiació pels comitents i es dóna consentiment.

I, per últim, la tercera postura que trobem sobre l'acceptació i regulació de la gestació per substitució és l'admissió àmplia de la mateixa. Aquests països són, per exemple, Ucraïna, Rússia i alguns estats d'Estats Units, com Califòrnia⁹. A Ucraïna, la gestació per substitució és absolutament legal i, fins i tot, el tema de la filiació dels comitents amb el nadó apareix directament en el certificat de naixement amb el consentiment de la dona gestant¹⁰.

⁸ En el Regne Unit tenen vigent una Llei de fertilització humana i embriològica de 1 de novembre de 1990. En el seu article 27.1 s'estableix el següent: *“La mujer que esté embarazada o lo haya estado como resultado de haberle sido implantado un embrión o esperma y óvulos, deberá ser considerada como la madre del niño a título exclusivo”*. D'aquesta manera s'observa com, inicialment, la determinació de la filiació per part materna, s'assigna en qüestió del part. Més endavant, l'article 30.1 de la mateixa llei estableix la possibilitat de transferir la filiació als comitents; *“El tribunal podrá acordar que un niño sea considerado en derecho como hijo de un matrimonio (a cuyas partes se refiere el presente artículo como “el marido” y “la mujer”) si: a) el niño ha sido llevado en su seno por una mujer distinta de la esposa como resultado de habersele insertado un embrión o esperma y óvulos, o por inseminación artificial. b) Los gametos del marido o de la esposa, o de ambos, hubieren sido utilizados para la generación del embrión”*.

⁹ Califòrnia esta considerada com “La meca de la maternitat subrogada” i s'ha convertit en el destí ideal per tenir fills a través de la gestació per substitució.

¹⁰ La gestació por substitució és absolutament legal en Ucraïna, així ho permet el Codi de Família en el seu article 123.2 el qual estableix que si un embrió concebut per una parella com a resultat de l'aplicació de tècniques de reproducció assistida, es transferit dins del cos d'una altre dona, els pares del nen seran la parella. Amb el consentiment de la gestant el certificat del naixement constarà directament el nom dels comitents, i l'Ordre 771 del Ministeri de la Salut.

Califòrnia, tot i ser un “estat pioner”¹¹ en maternitat subrogada i tenir una gran trajectòria en aquest àmbit, no contempla una llei expressa on es reguli aquesta tècnica sinó que, més aviat, actua per jurisprudència. Donada la gran quantitat de casos previs que hi ha hagut -dins d’aquest Estat- fins l’actualitat s’ha anat creant jurisprudència determinant, per part dels jutges, de sentències a favor dels pares comitents. Un dels casos inicials i més famosos que va haver-hi en aquest Estat referent al tema de la maternitat subrogada és el cas de *Calvert contra Johnson*, el qual la dona gestant reclamava la maternitat per haver estat cuidant del nadó durant nou mesos en el seu interior. Finalment, el jutge Parslow del Tribunal Superior del Comtat d’Orange va atorgar la custòdia del nadó als pares genètics, és a dir, al matrimoni Calvert¹².

Actualment, com podem observar, la regulació de la gestació per substitució és mínima en els països europeus atès que, en la majoria es prohibeix la seva pràctica i no es reconeix com a Tècnica de Reproducció Assistida apta i permesa. Pocs són els països que la tenen regulada àmpliament ja que, com hem vist, molts dels països on es permet està submissa a un seguit de requisits i condicions. El fet de que hi hagi una pluralitat d’ordenaments jurídics amb regulacions tant diverses i contraries sobre aquest tema ha originat un fenomen conegut (col·loquialment) com “*turisme reproductiu*”, el qual pot definir-se com el desplaçament d’un individu o d’una parella des del seu país d’origen a un altre país amb la idea d’accedir a les Tècniques de Reproducció Assistida. En concret, es desplacen per a l’obtenció d’una tècnica que no es troba disponible en el seu país d’origen però sí en el país que viatgen¹³.

¹¹ Notícia obtinguda de: <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-california/>

¹² Sentència del Tribunal Superior del Comtat d’Orange n° S023721 de 20 de Mayo de 1993; La dona gestant reclamava la maternitat argumentant que, encara que el òvul no fos seu, el nadó s’havia unit a ella durant tots els mesos d’embaràs i per aquest motiu reclamava la maternitat. El jutge, però va considerar que, en base al interès superior del menor, el millor era declarar que els pares eren els comitents, és a dir, el matrimoni Calvert. D’aquest cas va sorgir el famós debat entre Naturalesa i criança.

¹³ LAMN E., “Gestación por sustitución”, en *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2012, pp. 21-22.

L'especialista en Reproducció Humana Assistida, Andrea Rodrigo, entén que el turisme reproductiu és *“el fenomen que s'identifica quan una parella té problemes de fertilitat i el tractament de reproducció assistida, que permet solucionar el seu problema, no està legalment acceptat en el seu país i, per tant, han de viatjar a un altre destí en busca del desitjat embaràs”*. Així, les destinacions més sol·licitades per dur a terme la gestació per substitució són Estats Units, Ucraïna i Rússia, entre d'altres¹⁴. Escollir el destí no és a l'atzar sinó que hi ha diferents factors importants que intervenen amb gran incidència, cosa que les persones o parelles valoren a fons abans de decidir-se. Aquests factors normalment són el preu del procés, l'accés a nous models de família com poden ser parelles homosexuals, homes i dones solters i les condicions legals posteriors per a la inscripció del nadó.

El problema inicial i fonamental que dóna lloc a aquest tipus de fenòmens és que no hi ha una regulació internacional homogènia que ofereixi unes garanties tant per la dona gestant com per les parelles o comitents sinó que cada país té la seva pròpia legislació originant absolutes contradiccions entre elles i provocant, en aquest cas, que les persones o parelles que volen ser pares (i, com s'ha dit, per qualsevol motiu o causa no poden) hagin de marxar del seu propi país i buscar altres països que els hi ofereixi aquesta oportunitat i, així, aconseguir els seus somnis de maternitat.

¹⁴ Notícia obtinguda en: <https://www.babygest.es/paises/>.

IV. LA GESTACIÓ PER SUBSTITUCIÓ EN EL DRET ESPANYOL

Espanya, com ja s'ha fet esment en l'epígraf anterior, és un dels molts països que es troba englobada en la primera posició explicada, "Prohibició de la gestació per substitució", és a dir, a Espanya no està permesa la gestació per substitució com a una Tècnica de Reproducció Assistida apta legalment. El seu transfós ètic i social ha portat a Espanya a un gran debat polític, el qual -únicament- ha derivat a una forta divisió de postures extremes i diferenciades que no dóna una solució adequada i renovadora del que s'estableix en la llei de Tècniques de Reproducció Assistida.

La primera llei aprovada a Espanya referent a aquest àmbit no va arribar fins el 22 de novembre de l'any 1988 amb la Llei 35/1988; aquesta va admetre les Tècniques de Reproducció Assistides Humanes a Espanya per tal de superar i/o combatre el problema de l'esterilitat en les parelles. Anys més tard, dita llei va ser modificada per la Llei 45/2003, de 21 de Novembre, amb la qual es va voler limitar a tres el número d'ovòcits que es podien generar en cada cicle reproductiu. I, finalment, a l'any 2006 s'aprova la Llei 14/2006, de 26 de maig, la qual deroga tota la normativa anterior referent a les Tècniques de Reproducció Assistida i és la que actualment regula aquesta matèria en el nostre ordenament. És més, fent referència a la llei que s'ha esmentat, cal dir que està considerada (pels crítics) com una de les lleis més permissives en el panorama mundial sobre Tècniques de Reproducció Assistida i; per aquest mateix fet, Espanya s'ha convertit en una de les destinacions europees més sol·licitades per aquelles persones que volen optar a la maternitat o paternitat a través d'aquestes tècniques.¹⁵

Tot i així, en l'article 10.1 de la Llei 14/2006, s'estableix el següent: "*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*".

¹⁵ Noticia obtinguda: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/gestacion_por_sustitucion-gestacion_solidaria_11_680680001.html

D'aquesta manera, s'observa que, encara que pels crítics la Llei 14/2006 ha estat considerada una norma molt permissiva i innovadora a l'àmbit de les Tècniques de Reproducció Assistida, no pot considerar-se de la mateixa manera respecte a la gestació per substitució. Això bé donat al tenor literal de dit article ja que prohibeix declarant nul tot contracte en el que es pacti una gestació, ja sigui retribuïda o no econòmicament; per tant, també exclou de la legalitat, la gestació per substitució de manera altruista. Aquesta posició de nul·litat i crítica a la subrogació s'argumenta sostenint que l'objecte de dit contracte és una persona, en aquest cas, el nadó que ha de néixer en el part. I, al considerar que l'objecte del contracte és una persona, el contracte esdevé nul de ple dret ja que les persones no poden ésser objecte de contracte per estar fora del comerç.

És a dir, aquesta postura adversa a la maternitat subrogada sorgeix per assimilar-la a una "compra-venta de nadons" entenent que la prestació del contracte és un nadó; una de les parts es compromet a pagar una certa quantitat de diners (en aquest cas, els comitents) i l'altre part, la dona gestant, es compromet a entregar al nadó. Per tant, si tenim com a base el que estableix el Codi Civil espanyol respecte "l'objecte del contracte"¹⁶, observem que és cert que un contracte que tingui com a objecte a una persona seria declarat nul de ple dret atès que les persones som subjectes de dret i no objectes del mateix. Doncs, aquesta assimilació del contracte de la gestació per substitució amb la "compra-venta de nadons" és, totalment, incorrecta degut a que un contracte sobre gestació per subrogació no té per objecte a una persona o un nadó ni tampoc és cert que l'objecte de dit contracte sigui l'entrega del nadó a canvi d'un preu. Senzillament, quan hi ha dues persones que estan d'acord en pactar i regular els seus drets mutus s'origina un contracte i, en aquest cas, si hi ha dues persones que donen el seu consentiment de manera lliure i voluntari per a sotmetre's a una de les Tècniques de Reproducció existents actualment -com és la gestació per substitució- no hi hauria d'haver cap tipus de problema jurídic.

¹⁶ Articles del 1271 al 1273 del Codi Civil regulen el objecte del contracte.

Al llarg dels nostres dies realitzem múltiples contractes sense saber-ho o sense ni tan sols adonar-nos. És més, hi ha casos similars i comparables amb el contracte de gestació per substitució que són aptes legalment sense dubtar ni qüestionar si són nuls o no constantment. Entre d'altres, la donació de sang, la donació de gàmetes o d'òrgans¹⁷ són clars exemples.

Tanmateix, a l'article 10 de la Llei 14/2006, no només s'estableix aquesta premissa sinó que en el seu punt segon remarca el següent: *“La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”*; és a dir, fixa la manera en que es determinarà la filiació dels nadons que neixen a través d'aquesta tècnica (gestació per substitució). Més endavant, prenent com a base la regulació d'aquesta llei a Espanya, tractarem els problemes registrals -referent a la inscripció de filiació- que tenen aquells pares que han tingut als seus fills a través d'aquesta Tècnica de Reproducció Assistida.

Per altre banda, podem trobar al·lusions a la gestació per substitució no només en aquesta llei sinó que, a més a més, l'ordenament espanyol és un dels ordenaments jurídics europeus que conté un article específic en el Codi Penal referent a aquesta pràctica. Concretament, l'article 221 estableix el següent:

“1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años, 2. Con la misma pena serán castigados la

¹⁷ David González, president de la Asociación de Padres por la Gestación Subrogada manifesta que: *“Al igual que donamos órganos, e incluso se donan óvulos, lo cual hoy en día nos parece absolutamente normal, se puede ayudar a otra persona a gestar su hijo, con el que la gestante no mantiene vinculo genético alguno”*. Noticia tretada de http://www.abc.es/familia/padres-hijos/abc-argumentos-favor-y-contra-vientre-alquiler-201603210240_noticia.html

persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero”.

En aquest sentit, l'ordenament jurídic espanyol tipifica com a delictes penals tot acte d'entrega d'un fill, mitjançant compensació econòmica, per establir la filiació del mateix nadó a favor d'unes persones diferents. Dita pena, alhora, inclou tant als participants de la gestació per subrogació com als intermediaris.

V. FILIACIÓ I REGISTRE CIVIL EN CASOS DE

GESTACIÓ PER SUBSTITUCIÓ

5.1.- Situació a nivell internacional

Una de les qüestions principals i fonamentals d'aquest treball és saber i conèixer, amb més profunditat, la determinació de la filiació i inscripció en el Registre Civil espanyol d'aquells nadons nascuts a través de la maternitat subrogada en països estrangers. Com s'ha pogut anar veient al llarg del treball, la gestació per substitució és una Tècnica de Reproducció Assistida no permesa a Espanya i, per aquest motiu, moltes parelles i/o persones que volen ser pares han de recórrer a aquest mètode en altres països del món on aquest tipus de Reproducció Assistida sigui apta gràcies a l'existència d'una regulació o legislació favorable.

Aquest fenomen, que ja ha estat esmentat anteriorment, s'anomena “*turisme reproductiu*” o, amb una expressió més nova i neutre, “*Crossborder reproductive care*”; el qual provoca altres problemes relacionats amb la determinació de la filiació i la inscripció en el Registre Civil espanyol quan els comitents retornen amb el seu nadó a l'estat de residència. Sorgeixen principalment dos tipus de situacions problemàtiques depenent de les condicions i regulacions de l'Estat on s'ha anat a realitzar la gestació per substitució.

En primer lloc, analitzarem les situacions en què els comitents no poden obtenir passaport o documentació del nadó per viatjar i, per tant, apareix la incapacitat dels mateixos de retornar al seu país d'origen. Aquestes situacions es produeixen en països que tenen una regulació o legislació favorable a la gestació per substitució, és a dir, permissiva en relació a aquesta tècnica acceptant com a pares als propis comitents però que no atorguen la nacionalitat del seu país a nadons de pares estrangers nascuts en aquell territori. Per aquest mateix motiu, els comitents han de sol·licitar passaport o documentació necessària per poder viatjar amb el nadó al seu país de residència.

En moltes ocasions i de manera constant, aquestes sol·licituds són denegades argumentant, com a raó principal, la violació de l'ordre públic i el frau a la llei, ja que aquestes persones han evitat la legislació del seu territori anant a altres estats per realitzar-ho. Així, la conseqüència més rellevant és que el nadó es troba sense documentació oficial i, per tant, apàtrida amb una filiació incerta. Doncs, el nadó es troba atrapat en aquells països, degut a que no pot viatjar i els pares no poden quedar-se de manera indefinida ja que existeixen controls d'emigració¹⁸. Des d'una perspectiva jurídica, podríem dir que el nadó es troba en un buit legal i jurídic. Com hem dit abans, aquestes situacions solen passar depenent de la legislació vigent en cadascun dels estats que permet aquesta Tècnica de Reproducció Assistida i, de manera constant, solen ser estats com Rússia, Índia i Ucraïna.

Un cas pràctic real que il·lustra perfectament aquest problema és el del cas d'un home francès que, el 21 de març de 2011, va ser detingut a la frontera d'Ucraïna per viatjar amb una autocaravana on, a l'interior, es trobaven dues nenes bessones amagades en el compartiment del llit. Aquell home francès era el pare de les nenes nascudes a Ucraïna a través de la gestació per substitució i aquesta era la única manera que tenia per abandonar el territori ucraïnès amb les seves filles degut a que estava tenint increïbles dificultats per tramitar la documentació pertinent per poder retornar al seu país de residència (França). Únicament, en el seu poder, tenia dos certificats de naixement ucraïnesos insuficients per viatjar amb les seves filles¹⁹.

La segona situació problemàtica que pot derivar la gestació per substitució a través del fenomen del "*turisme reproductiu*" és que l'estat de residència dels comitents no reconegui la filiació reconeguda en l'estat al qual va tenir lloc la gestació per

¹⁸ LAMN E., "Gestación por sustitución", en *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2012, pp. 23-25.

¹⁹ Entre molts dels casos que han tingut lloc, vegeu: *Jan Balaz v Anand Municipality*, nº 3020, Special Civil Application (Gujarat H.C 2008); el cas de la parella americana (*Jeanette runyon i Michael Woolslayer*) que porta tres anys lluitant per recuperar a la seva filla Victoria, la qual es troba retinguda il·legalment per les autoritats Ucraïneses després d'haver nascut per la Gestació Subrogada.

substitució. Això succeeix bàsicament a Estats Units (únicament en els Estats que permeten aquesta TRA), perquè el nadó que neix en el seu territori mitjançant la gestació per substitució adquireix la ciutadania nord-americana i, per tant, aquest nadó podrà viatjar a l'estat de residència dels comitents ja que tindrà el passaport i la nacionalitat dels EEUU i no serà necessari demanar tal documentació a l'estat dels comitents com passava en la situació anterior.

En general, en aquesta segona situació problemàtica, els problemes comencen quan els comitents (acompanyats del nadó) arriben a l'estat de residència. Els subjectes un cop en aquest Estat accedeixen a inscriure o bé, el certificat de naixement estranger, acció judicial o administrativa per tal de que se'ls reconegui el certificat o sentència estrangera relativa a la filiació legal del nadó²⁰, les quals acaben sent casi sempre denegades per qüestions d'ordre públic. El que sorgeix com a conseqüència d'aquesta situació és que el nadó es troba en un estat (el de residència dels comitents) en que no reconeix als seus pares com a legals i que, per tant, aquest fet pot comportar molts altres problemes relatius al dret del menor a la filiació dels seus pares, a adquirir una nacionalitat, el dret del propi menor a una pròpia identitat, entre d'altres²¹.

Aquesta situació es pot exemplificar, entre els molts casos que han tingut lloc²², amb el cas *Mennesson*; un matrimoni francès que es desplaça a Califòrnia a l'any 2000 per celebrar un contracte de gestació per substitució amb una nord americana pel qual donarà a llum al futur fill de la parella concebut amb els gàmetes del pare

²⁰ A vegades això es produeix també davant la representació consular del país d'origen del Estat en el que es vol portar a cap l'acord de gestació per substitució. Es pot escollir, en molts casos, l'opció d'inscriure als nadons davant la representació consular o bé davant del Registre Civil un cop s'ha retornat al Estat de residència dels comitents.

²¹ LAMN E., "Gestación por sustitución", en *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2012, pp. 26-28.

²² Vegeu el cas *M & M* resolt per la Cort d'Apel·lació de Lieja, 1^a Ch., de 6 de setembre de 2010 sobre un matrimoni homosexual belga que tenen bessons a Califòrnia mitjançant la Gestació per Substitució; La Sentenza della Corte d'Appello di Bari, de 19 de febrer de 2009 que va reconèixer Itàlia en un supòsit de gestació per substitució realitzat al Regne Unit.

i un òvul donat. La Cort Suprema de Califòrnia confereix la qualitat de pares als comitents francesos i, quan van néixer les bessones, les van inscriure com a filles del matrimoni francès. Posteriorment, el pare sol·licita al consolat francès de Los Angeles, la transcripció de les actes, fet que es denegat per sospitar que aquestes bessones havien estat nascudes a través de la gestació per substitució. El matrimoni decideix no fer res al respecte i finalment les actes són transcrites pel Registre Civil de Nantes al Novembre de 2002. El Ministeri Fiscal interposa recurs basant-se en raons i qüestions d'ordre públic. El 25 d'octubre de 2005, la Cort d'Apel·lació de Paris rebutja l'acció de nul·litat interposada pel Ministeri Fiscal i s'invoca, entre d'altres coses, l'interès superior del menor sobre la base del article 3 del Conveni de Nacions Unides sobre Drets del nen de 1989. Tot i això, la decisió va ser recorreguda davant la Cort de Cassació i, el 18 de març de 2010, el tribunal d'aquest estima el recurs reconeixent que la transcripció de les actes de naixement violen l'ordre públic francès i, per dit motiu, s'ordena la seva anul·lació. En aquest cas, la Cort de Cassació justifica el rebuig de la transcripció de l'acta del naixement en la vulneració de l'ordre públic francès al confrontar-se amb el principi essencial de la indisponibilitat sobre l'estat de les persones. Consideren que aquesta anul·lació no priva als nens de la seva filiació materna i paterna reconeguda pel dret californià ni atempta contra el respecte de la vida privada i familiar dels menors.

5.2.- Situació nacional; especial referència al DGRN

Tot accés a la inscripció dels nadons nascuts per gestació per substitució en l'estranger al Registre Civil espanyol és una qüestió bastant controvertida en l'actualitat. Entre els arguments que sorgeixen en contra de la inscripció d'aquests nadons destaca, sobretot, el tenor literal del article 10.1 de la Llei 14/2006 sobre Tècniques de Reproducció Assistida; el qual declara la nul·litat dels contractes de gestació per substitució. Tot i tenir aquesta regulació desfavorable sobre gestació per substitució com a Tècnica de Reproducció Assistida a Espanya, cal destacar que s'ha fet possible -en més d'una ocasió- la inscripció d'aquests nens al Registre Civil espanyol atenent, en molts casos, al principi general de l'interès del menor.

La Direcció General dels Registres i del Notariat²³ ha intervingut en aquesta qüestió ja que els registres civils espanyols s'han trobat i, cada cop amb més freqüència, amb la situació de reconèixer les certificacions de filiació derivades de la utilització de tècniques de gestació per substitució en estats estrangers; és a dir, en aquests casos, la relació de filiació ja s'ha establert en l'estat estranger i el que es pretén és, únicament, inscriure-la en el Registre Civil espanyol presentant un títol acreditatiu d'aquesta filiació²⁴. I, és important fer aquesta distinció perquè la Direcció General dels Registres i del Notariat no ha hagut de donar resposta ni intervenir, de moment, en els supòsits en que els comitents acudeixen a les nostres autoritats espanyoles registrals per sol·licitar la inscripció del naixement del menor per declaració; un supòsit assumible a la primera situació explicada en el punt anterior ja que sinó les nostres autoritats haurien d'aplicar la norma de conflicte continguda a l'article 9.4 del Codi Civil²⁵. Únicament, estem fent referència al mètode del reconeixement; situacions consistents en aquells casos en el que es vulgui la inscripció a Espanya de les relacions de filiació derivades de la utilització de la tècnica de gestació per substitució ja establerta per una autoritat estrangera, aplicant, per tant, les normes que regulen la inscripció a Espanya de títols estrangers.

²³ La Direcció General dels Registres i del Notariat és un departament del Ministeri de Justícia el qual té un seguit de funcions, entre elles, la tramitació i, en el seu cas, la resolució dels expedients de nacionalitat i els de reconeixement o denegació de les situacions que afecten al estat civil dels ciutadans i la seva inscripció en el registre Civil.

²⁴ HEREDIA CERVANTES I., “*La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por substitución*”, en artículos de revista para ADC, tomo LXVI, 2013, p. 691.

²⁵ L'article 9.4 del Código Civil estableix el següent: “*La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5. La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.*”

Es tracta, per tant, de casos i supòsits en què les autoritats nacionals d'aquell estat ja han verificat, en el seu moment, si es donaven les condicions necessàries per tal d'atribuir la paternitat als comitents i en els que, únicament, les autoritats d'Espanya determinen si es permet que es desplegui efectes al nostre Estat o no. Un cop feta la distinció i precisió anterior, podem entrar a valorar el treball que ha realitzat la Direcció General dels Registres i del Notariat en l'àmbit de les inscripcions de filiació establertes en l'estranger i derivades de la gestació per substitució.

El primer cop que la Direcció General dels Registres i del Notariat va haver de pronunciar-se sobre aquesta matèria va ser arran d'un cas molt sonat a Espanya. Es tracta del cas d'una parella homosexual, Pedro i Luis, ciutadans espanyols els quals sol·liciten la inscripció dels seus fills menors, Carlos i Francisco, nascuts a San Diego (Califòrnia), mitjançant la tècnica de la gestació per substitució. Aquesta parella va optar per la gestació per subordinació degut als diversos intents fallits d'adoptar internacionalment i sota la creença de que la seva condició homosexual seria un impediment per atorgar-los el certificat d'idoneïtat per poder adoptar a Espanya. Per fer la sol·licitud d'inscripció adjunten com a documents els certificats de naixement dels menors, els certificats de naixement dels comitents i el llibre de família, els quals van contraure matrimoni l'any 2005 a València.

L'encarregat del Registre Civil Consular denega, mitjançant un Auto datat a 10 de novembre de 2008, la sol·licitud dels comitents invocant l'article 10.1 de la Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre Tècniques de reproducció Assistida referent a la prohibició de la denominada gestació per substitució juntament amb l'article 10.2 de la mateixa llei; el qual estableix que la filiació dels fills nascuts per gestació per substitució serà determinada pel part i, en aquest cas, considerant com a mare legal a la gestant. El consolat entenia que la inscripció procedia a favor de només un dels dos homes i que, posteriorment, es podria tramitar l'adopció per l'altre cònjuges.

No estant d'acord amb aquesta resolució del Registre Civil, la parella valenciana es decideix a recórrer davant del DGRN, el qual resol la qüestió (a través d'un Auto de 18 de febrer de 2009) ordenant la inscripció dels nens en el Registre Consular i concedint la doble filiació paterna. Aleshores, l'argumentació del Centre Directiu

va ser que es tractava d'una inscripció d'un títol estranger que acreditava una relació de filiació derivada d'una gestació per substitució i no pas un problema de determinació del dret aplicable a la filiació. També es pronuncia sobre la relació amb l'Orde Públic Internacional espanyol, el qual es considera no vulnerat per la inscripció ja que és possible realitzar-la a Espanya en casos d'adopció d'un menor per part de dos homes o dues dones.

Dita resolució va ser recorreguda per part del Ministeri Fiscal, el qual va demandar a la Direcció General dels Registres i del Notariat. El 15 de setembre es resol el conflicte a través de la Sentència 193/2010 de primera instància nº 15 de València ordenant la cancel·lació de la inscripció al·legant, en un primer lloc que, la Direcció General dels Registres i del Notariat no ha tingut en compte l'article 23 de la LRC en el qual, s'estableix l'obligació del Registrador a realitzar un control de fons del contingut de les certificacions estrangeres per assegurar que no entra en cap mena de contradicció amb la llei espanyola. En aquest cas, el tribunal considera que així succeeix atès l'existència, en el nostre ordenament, de l'article 10 de la LTRHA.

A més a més, el Tribunal afirma l'existència de frau de llei per part de la parella perquè la mateixa coneixia la prohibició espanyola sobre la gestació per substitució i van acudir a un país on sí es permetia dita tècnica. Just un mes després d'haver-se dictat la Sentència nº 193/2010 de 15 de setembre de 2010, la Direcció General dels Registres i del Notariat va dictar una Instrucció amb data 5 d'octubre de 2010 sobre el règim registral de la filiació dels nascuts mitjançant el procés de la gestació per substitució²⁶.

La parella valenciana va interposar recurs d'apel·lació contra la Sentència 193/2010 de primera instància, el qual va ser resolt mitjançant la sentència de 23 de novembre de 2011. L'Audiència Provincial de València va considerar que l'admissió del certificat registral era contrari a l'Ordre Públic Internacional espanyol degut a que el legislador espanyol ja va tenir en compte, en el seu moment, un seguit de principis i normes a l'hora de prohibir la gestació per substitució. Ara, fent referència a la Instrucció de 5 d'octubre de la Direcció General dels Registres i del Notariat,

²⁶ Boletín Oficial del Estado de 7 d'Octubre de 2010.

l'Audiència Provincial entén que, en aquest cas concret, no es dona el previ requisit principal establert per la pròpia Instrucció: un document provinent d'una prèvia decisió judicial. No obstant, l'Audiència considera que no existeix un frau de llei com a tal sinó que només es tracta d'una fugida de la normativa espanyola²⁷.

La parella va interposar recurs de cassació davant de la Sala Civil del Tribunal Suprem considerant que s'estava vulnerant l'article 14 de la Constitució Espanyola. Concretament, la vulneració al dret a una identitat única dels menors i a la defensa dels interessos superiors dels mateixos. El Tribunal Suprem va apreciar que s'havia de tenir en compte l'article 23 de la LRC sent obligatori, per tant, un examen de la qüestió de fons per controlar la no vulneració de les normes espanyoles i, per tant, l'Ordre Públic Internacional Espanyol. I, sobre el principi de l'interès superior del menor, el Tribunal estableix que és un concepte jurídic indeterminat i, per això, es converteix en tema de debat. Tot i així, el Tribunal fonamenta que la concreció de dita figura no s'ha de fer conforme a uns punts de vista personals sinó que s'ha de valorar els principis de la societat que inspiren el nostre ordenament legislatiu. El vot majoritari decideix desestimar el recurs de cassació instant al Ministeri Fiscal per tal d'exercir les corresponents accions per determinar la correcta filiació dels menors per a la seva protecció.

Per contra, hi va haver un vot particular format per quatre magistrats²⁸ que destaca el fet de que es tractés d'un reconeixement de filiació que ja havia estat reconeguda a Califòrnia i que, per tant, únicament consistia en reconèixer una decisió estrangera vàlida i legal conforme a la normativa americana. Tal i com consta en aquest vot particular *“no hi ha ordre públic si en el cas és contrària l'interès de un nen, una persona de carn i ossos, perfectament individualitzada”*.

²⁷ El frau de llei és una figura regulada en l'article 12.4 del Codi Civil que estableix el següent: *“Es considera com a frau de llei la utilització d'una norma de conflicte amb la finalitat d'eludir una llei imperativa”*.

²⁸ Davant l'opinió majoritària que recollia la pròpia Sentència, el magistrat D. José Antonio Seijas Quintana va emetre un vot particular al qual es van adherir els magistrats D. José Ramón Ferrandiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas i D. Sebastián Sastre Papiol.

Finalment, el vot particular acaba destacant que aquest tipus de situacions, en altres països, s'ha flexibilitzat de manera que no es produiria una vulneració de l'ordre públic. Es considera que l'existència de la vulneració del ordre públic no s'hauria de generalitzar sinó que s'hauria d'estudiar, cas per cas, el supòsit en qüestió.²⁹

5.2.1 Instrucció de 5 d'octubre de 2010 de la Direcció General dels Registres i del Notariat.

Cada vegada han estat més els recursos que han anat interposant davant de la DGRN contra resolucions emeses per diferents encarregats dels Registres Civils consulars. Aquestes resolucions es caracteritzaven per denegar les inscripcions de naixements de menors que havien estat nascuts a altres països estrangers mitjançant la tècnica de gestació per substitució. Això, comporta que la Direcció General dels Registres i del Notariat dictés -el 5 d'octubre- una Instrucció sobre el règim registral de la filiació dels nascuts a través de la gestació per substitució que va limitar el seu àmbit d'aplicació, exclusivament, a aquells casos en que es pretengui una inscripció en el Registre Civil espanyol d'una relació de filiació provinent de la tècnica de gestació per substitució establerta, amb anterioritat, per una autoritat estrangera. Aquesta Instrucció té diversos objectius; entre ells, l'interès superior del menor. Per tant, per tal de facilitar l'accés al Registre Civil, la Instrucció planteja un seguit de requisits o casos en que aquest serà possible:

Primerament, estableix que, per tenir accés al registre, (i, per tant, inscriure la seva filiació) un dels dos progenitors ha de ser nacional espanyol com a via de reconeixement a efectes registrals del seu naixement. En segon lloc, la Instrucció intenta evitar supòsits de tràfic internacional de menors; amb l'accés al Registre espanyol de filiacions derivades per gestació per substitució. I, per acabar, estableix que l'accés al registre d'aquestes filiacions protegeixen i garanteixen el dret del

²⁹ CASADO ROMÁN, J., "La inscripción de la gestación por sustitución realizada en el extranjero: Comentarios a la STS 835/2013 de 6 de febrero de 2014", en Derecho Grupo Francis Lefebvre.

menor a conèixer el seu origen biològic³⁰. Per altra banda, aquesta Instrucció també té com a finalitat donar una protecció a la dona gestant en aquells casos en que es doni un consentiment amb total llibertat i voluntat i, en cap cas, s'encobreixi una situació d'explotació de dones. Un aspecte rellevant a destacar d'aquesta Instrucció és un requisit previ que la Direcció General dels Registres i del Notariat ha decidit establir per la inscripció dels menors nascuts a través de la gestació per substitució. Es tracta de la presentació al encarregat del Registre Civil d'una resolució judicial dictada pel tribunal competent en la que es determini la filiació del menor. De dita manera, la pròpia Direcció General dels Registres i del Notariat prohibeix la inscripció dels casos de menors nascuts per gestació per substitució que no tinguin la relació de filiació preestablerta amb anterioritat a través d'una resolució judicial.

En relació d'aquest aspecte, així, s'han obert diverses crítiques doctrinals sobre la discriminació que aquest requisit previ provoca i suposa pels pares comitents que han acudit a estats (com a Califòrnia) que constitueixen la filiació a través d'un procediment judicial d'aquells estats que no existeix dita possibilitat³¹.

³⁰ Aquest dret es troba reconegut en diverses normes com són la Convenció dels Drets dels Nens de 20 de novembre de 1989 o l'article 12 de la Llei 54/2007, de 28 de desembre sobre Adopcions internacionals, entre d'altres.

³¹ En aquest apartat és interessant veure la crítica que ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA i JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ fan sobre la Instrucció de la DGRN; *“La instrucció se escuda en la exigencia de una resolució judicial extranjera para acreditar la filiación de los nacidos por gestación por substitución. Dicha exigencia es ilegal porque no se deriva ni de la Ley del registro Civil ni de su reglamento ni de ninguna otra disposición legal. Por tanto, la instrucció carece de validez por infracción del principio de jerarquía normativa (artículo 2 del Código civil)”*.

VI. DOCTRINA CREADA PELS TRIBUNALS EN EL CAS TRACTAT
I COMENTARI DE LA MATEIXA

El cas que ens ocupa té un tema únic i principal que es basa en saber si la certificació de naixement estrangera (californiana, en aquest cas) es pot inscriure vàlidament en Espanya o no; en aquesta es contempla que els pares dels menors són els comitents, és a dir, la parella homosexual espanyola.

Moltes qüestions, a més, venen derivades del reconeixement -o no- de la inscripció realitzada al estranger com a conseqüència del que estableix el tenor de l'article 10 de la LTRHA, tenint un enfrontament constant entre l'ordre públic espanyol i la gran quantitat de drets que entren en joc referents a l'interès superior del menor. I, l'ordre públic s'ha convertit en la major objecció en aquells països en que, com a Espanya, no es permet la gestació per substitució³².

Això es pot percebre en les sentències anomenades amb anterioritat atès que els nostres tribunals consideren que la inscripció de les certificacions estrangeres de naixement contradiuen a l'article 10 de la LTRHA i, per tant, al nostre ordre públic espanyol. Tot i així, es pot considerar que els tribunals haurien d'haver sigut més precisos en les suposades conseqüències que tindria la inscripció pel nostre ordre públic ja que, si es valora des d'un punt de vista més personal, la seva argumentació ha estat molt genèrica i abstracte.

El Tribunal Suprem, el qual es va manifestar en aquest tema, sí que fa més esment en aquets sentit considerant que els contractes de gestació per substitució vulnereu l'ordre públic espanyol ja que la seva admissió donaria lloc a anar en contra de *“normes que regulen aspectes essencials de les relacions familiars, en concret de la filiació, inspirades en els valors constitucionals de dignitat de la persona, respecte a la seva integritat moral i protecció de la infància”*³³.

³² Álvarez, S. *“Gestació per substitució o la crisi de l'autonomia del legislador de DIPr (i potser també la del legislador de Dret Civil)”*.

³³ Fonament Jurídic 3 de la Sentència del Tribunal Suprem (Sala de lo Civil) nº 835/2014 de 6 de febrer de 2014.

A més, consideren que vulnera la dignitat de la mare i del nen per mercantilitzar la vida humana i l'exploració de les dones, segons ells, dèbils que accedeixen a aquest tipus de tècniques per obtenir un benefici econòmic³⁴. Per altra banda, l'interès superior del menor és una altra de les qüestions més controvertides i més importants que es troben al voltant d'aquest tema. En aquest principi trobem dos punts de vista molt diferents:

(a) Els nostres tribunals consideren que el fet de reconèixer la filiació derivada de la gestació per substitució comporta la vulneració de l'interès superior del menor i, per tant, el no reconeixement és l'acció correcte per garantir i protegir aquest interès.

El Tribunal Suprem, des d'un punt de vista subjectiu, analitza i pondera l'interès superior del menor d'una manera insuficient establint la mateixa importància i rang que la resta de valors i drets que ens trobem en aquests casos, sense adonar-se de la greu situació que suposaria deixar a aquests menors sense la corresponent filiació. El que realment realitza aquest tribunal és una ponderació d'interessos respecte a tot l'interès superior del menor amb altres béns jurídics que es troben en joc; com poden ser la protecció a la dignitat i integritat de la dona gestant, evitar l'exploració de les dones, l'impediment a la mercantilització de la gestació, entre d'altres. Per tant, segons el que exposa el Tribunal Suprem en la seva resolució, els menors no veurien vulnerat el seu dret a la identitat única perquè no tenen una vinculació efectiva amb els Estats Units ja que els comitents acudeixen a Califòrnia únicament perquè allà és possible realitzar aquesta tècnica, ni tampoc veurien afectats el seu dret a la vida privada i familiar del article 8 del CEDH. Es pot arribar a considerar que els tribunals no haurien de prendre aquesta postura com a argument automàtic per negar tota filiació derivada d'aquesta tècnica sinó que haurien d'analitzar aquest principi depenent el cas en concret i atenent-se a les corresponents conseqüències negatives que poden derivar-se de la negativa a l'accés registral.

³⁴ Fonament Jurídic 5 de la Sentència del tribunal Suprem (Sala de lo Civil) nº 835/2014 de 6 de febrer de 2014.

Tot i així, és cert que en la Sentència nº 835/2014 del Tribunal Suprem, hi va haver un vot particular per part de quatre magistrats dels nou del ple, els quals consideren que l'interès superior del menor és un principi fonamental a tenir en compte a l'hora de realitzar les inscripcions en el registre civil³⁵ i no només això sinó que, tenint com a base aquest principi, s'hauria de reconèixer dita filiació en el nostre Registre Civil espanyol ja que sinó s'estaria situant als menors en un entorn no beneficiós per a ells³⁶.

(b) I, en segon lloc, ens trobem amb la Direcció General dels Registres i del Notariat; la qual defensa una postura, totalment, contrària i oposada a la de tots els tribunals espanyols. La DGRN, com s'ha pogut observar des d'un primer moment en la resolució del 18 de febrer de 2009, determina que la filiació sí que ha de ser inscrita en el Registre Civil, almenys en aquest cas en concret. Si més no, per a la DGRN, la postura és clara perquè l'objecte del cas és determinar si la filiació que havia estat determinada en el estranger (país de naixement) pot accedir al Registre Civil espanyol. Crec que el pensament que té la DGRN, en aquest cas, és pràctic ja que es tracta d'una qüestió simplement registral sense entrar a valorar o analitzar si aquesta tècnica de reproducció assistida és vàlida a Espanya o no.

A més, la resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat ofereix un seguit de motius i raonaments per argumentar que la transcripció de la certificació, en cap cas, vulnera l'ordre públic internacional espanyol. Alguns dels arguments de més pes que s'utilitzen a Espanya són: l'admissió de la filiació a favor de dos homes en casos d'adopcions, ja que també s'admet la filiació d'un menor a favor de dues dones, atès que sinó seria discriminatori.

³⁵ Aquest principi és molt defensat també per diversos autors com són M. Gonzales Pérez de Castro i Antonio J. Vela Sánchez, entre d'altres.

³⁶ El vot particular dels 4 magistrats en la Sentència del Tribunal Supremo de 6 de febrer de 2014 s'estableix que: "*Este interés se protege antes y después de la gestación (...) es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo dado que se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor*"

També s'argumenta que el nen té dret a una única identitat i no a identitats diverses segons el país en que es trobi³⁷ i, finalment, també estableix que no permetre dita filiació vulneraria l'article 3 de la Convenció sobre els Drets dels Nens³⁸. És, per això, que la seva resolució ordena la transcripció dels certificats deixant clar que no pretén perjudicar qüestions de fons, ni de validesa del contracte sinó que s'orienta a una qüestió senzilla; com és el reconeixement de les certificacions estrangeres cenyint-se, únicament, a la eficàcia probatòria dels certificats de naixement. És per aquest raonament que s'entén que la Direcció General dels Registres i del Notariat troba -com a límit de l'ordre públic internacional espanyol- l'interès superior del menor a diferència de la doctrina existent en els nostres tribunals.

Finalment, podem fer referència al Tribunal Europeu de Drets Humans, el qual s'ha hagut de pronunciar sobre aquest tema pel *cas Mennesson i el cas Labassee*. Ambdós casos són bastant semblants; dos matrimonis heterosexuales francesos que acudeixen als EEUU (Califòrnia i Minnesota) per aconseguir ser pares mitjançant un tractament de gestació per substitució. En els dos casos es van utilitzar òvuls de donant i el semen de la parella. Un cop es reconeix davant dels tribunals americans que els pares d'intenció -els comitents- eren els pares legals dels nadons, els dos matrimonis van retornar al seu país d'origen (França).

³⁷ Tal i com estableix el fonament Jurídic 5 de la resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat, rebutjar la inscripció de filiació en el registre Civil espanyol pot produir resultats perjudicials pels menors.

³⁸ Article 3 de la Convenció sobre els Drets dels Nens: 1. *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las Instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativas, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.* 2. *Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomaran todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.* 3. *Los Estados partes se aseguraran de que las Instituciones, Servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de Seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.*

Un cop a França i disposats a inscriure als nadons al registre de naixements, les autoritats els hi van posar múltiples problemes fins que, finalment, la inclusió de la certificació del naixement dels menors va ser anul·lada; les autoritats franceses van denegar la inscripció al registre civil francès dels nadons nascuts mitjançant aquesta tècnica, tot i que ambdós pares havien aportat el seu material genètic sent, per tant, pares biològics. La justícia francesa en els dos casos al·lega la protecció de l'ordre públic francès ja que, de contrari, s'estaria reconeixement una figura (gestació per substitució) que es troba prohibida en el seu ordenament conforme al que estableix l'article 16 del Codi Civil francès sobre la indisponibilitat del cos humà³⁹.

Així mateix, es va declarar que no s'havia infringit ni el dret a la vida privada ni familiar ja que l'anul·lació de la inscripció en el Registre Civil no impedia que els menors poguessin viure amb els comitents a França, sense afectar a la relació legal que s'havia reconegut al estat americà.

Com a conseqüència de tal denegació per part del govern francès, el Tribunal Europeu de Drets Humans va intervenir deliberant si, en els casos *Menesson i Labassee*, la negació dels reconeixements legals de les certificacions de naixement dels nadons infringia el dret al respecte de la vida privada i familiar. El Tribunal en la sentència de 26 de juny de 2014 reconeix l'autonomia i la llibertat que tenen els estats per poder regular la seva legislació sobre una matèria; en aquest cas, sobre la gestació per substitució: dit amb altres paraules, accepta i reconeix la competència que tenen cadascun dels estats per prohibir-la de manera expressa o permetre-la en la seva totalitat o no, més quan pot comportar i englobar temes ètics, com succeeix en aquest cas. Tot i això, també, el Tribunal manifesta que dita autonomia i llibertat que tenen els Estats es fa més petita quan entra en joc i en perill un Dret Fonamental com és la identitat individual.

Finalment, el Tribunal acaba reconeixent que hi ha una inseguretats jurídica pels menors en aquestes situacions quan no es reconeix la filiació determinada per l'estat de naixement (Estats Units) a França. Tanmateix, el Tribunal remarca molt el fet de

³⁹ HERRERA, M. Y LAMM,E., “ *Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar*” La ley, Tomo 2014-D Buenos Aires, Argentina, pp. 6-8.

que, en aquests dos casos, els pares aporten material genètic, sent els pares biològics dels mateixos. La possible qüestió que es podria plantejar seria que passaria si no s'hagués aportat material genètic? Cal recordar que els nostres tribunals expressen en les seves resolucions, sobretot el Tribunal Suprem en la seva sentència de 6 de febre de 2014, que els recurrents no han aportat proves de la seva relació genètica amb els nadons⁴⁰.

El propi Tribunal Europeu de Drets Humans va resoldre el cas anomenat *Paradiso et Campanelli c. Italie* el qual, a diferència dels casos anteriors comentats, cap dels comitents va aportar material genètic. Malgrat tot, el Tribunal Europeu de Drets Humans va resoldre que el fet d'aportar material genètic no és un fet indispensable ni determinant atès que s'ha establert un vincle familiar entre els comitents i el nadó i, així, separar-lo dels mateixos atemptaria contra el seu interès. D'aquesta manera, el Tribunal, en aquest cas, estima que l'interès superior del menor preval sobre l'element genètic, tenint en compte que el seu interès, en el cas en qüestió, seria el manteniment de les relacions i vincles existents entre el menor i els comitents.

En definitiva, observem que el principi de l'interès superior del menor i de l'ordre públic són principis molt debatuts i molt utilitzats per la jurisprudència en relació a la inscripció de la filiació dels menors nascuts a través de la tècnica de gestació per substitució. Com s'ha observat, els tribunals espanyols en la ponderació realitzada en aquests casos sobreposen l'ordre públic espanyol per sobre de l'interès del menor resolent la no inscripció en el Registre Civil dels mateixos considerant que aquest fet no vulnera en cap cas els seus drets.

Per altra banda, el Tribunal Europeu de Drets Humans o la Direcció General dels Registres i del Notariat donen més importància al principi de l'interès del menor per tots els drets que aquest principi comporta; considerant que la no inscripció en el Registre Civil d'aquest nadons vulneraria, entre d'altres, el seu dret a la vida privada i familiar.

⁴⁰ El Tribunal Suprem estableix que “ *También ha de tenerse en cuenta que no ha resultado probado que alguno de los comitentes aportara sus gametos, pues aunque en algún pasaje de sus alegaciones así se afirma, ni se concreta cual de ellos lo habría aportado, ni menos aun e prueba cual fuera el padre biológico de cada uno de los niños*”.

VII. ANÀLISI DE LA PROBLEMÀTICA JURÍDICA:
L'ORDRE PÚBLIC

L'ordre públic s'ha constituït com la major objecció al reconeixement de la gestació per substitució en aquells països que no admeten i prohibeixen aquesta tècnica. En el nostre Estat s'aprecia, clarament, aquesta objecció en les sentències analitzades amb anterioritat, atès que, els nostres tribunals argumenten la vulneració i contradicció de l'ordre públic amb les certificacions estrangeres que inclouen la filiació dels menors, considerant que el seu reconeixement a Espanya vulneraria l'orde públic espanyol.

El primer problema que sorgeix al intentar buscar una definició d'ordre públic és que, tal i com diu l'enciclopèdia jurídica, es tracta d'un concepte ampli i indeterminat que engloba nocions de seguretat, ordre en sentit estricte, tranquil·litat i sanitat pública. A més a més, estableix que no cap, avui en dia, fer una interpretació extensiva del mateix que pogués resultar contrària als principis constitucionals. *“El concepte d'ordre públic és, sens dubte, un dels més contingents i plàstics que ofereix la Ciència del dret”*⁴¹.

Aquest concepte ha estat tractat per diversos autors al llarg dels anys, BAUDRY-LACANTINERIE caracteritza a l'ordre públic com a *“una organització imprescindible pel bon funcionament general de la societat: la consagració d'un cert nombre d'idees socials, polítiques i morals, que el legislador considera fonamentals”*.

En una de les Sentències analitzades i comentades anteriorment, el Tribunal Suprem alhora que considera contrari a l'orde públic les certificacions de naixement on s'estableix la filiació dels menors nascuts a l'estranger a través de la tècnica de la gestació per substitució, es pronuncia sobre el concepte del mateix, establint que: *“L'ordre públic, entès com el sistema de drets i llibertats individuals garantides en la Constitució Espanyola i en els convenis internacionals de drets humans ratificats per Espanya i els principis i els valors que aquests encarnen”*.⁴²

⁴¹ Aurelio GUAITA, en *Derecho administrativo especial*, tomo II, Zaragoza, 1965, pàgina 30.

⁴² Sentència del Tribunal Suprem 835/2014, de 6 de febrero de 2014.

Tenint aquesta consideració del què és i què engloba el concepte i el principi d'ordre públic, els tribunals, sobretot el Tribunal Suprem, considera que es contradiu en aquestes situacions de gestació per substitució, *“l'ordre públic espanyol per resultar incompatible amb normes que regulen aspectes essencials de les relacions familiars, en concret de la filiació, inspirades en valors constitucionals de dignitat de la persona, respecte a la seva integritat moral i protecció de la infància”*⁴³.

La gran qüestió, per tant, que se'ns presenta és: realment, l'ordre públic suposa una limitació i una objecció real per l'admissió a Espanya d'aquesta tècnica, tal i com estableixen els tribunals?

Com s'ha vist al llarg del treball, l'article 10 de la LTRHA, estableix quines són les tècniques de reproducció assistides admeses i aptes legalment a Espanya deixant explícitament prohibida la gestació per substitució. La voluntat del legislador deixant exclosa aquesta tècnica és la de controlar situacions de tràfic il·legal de menors i/o de dones en situacions precàries, a més de que no es permeti i sorgeixi “un mercat negre de nadons”, sense adonar-se que probablement la seva prohibició afavoreixi més a aquestes situacions.

Un cas clar que atempta contra l'orde públic espanyol és el de la figura de la poligàmia.⁴⁴ En el hipotètic cas que es volgués l'admissió i l'acceptació legal de la poligàmia i es redactes un nou article al codi civil que establis: “La figura de la poligàmia serà permesa i acceptada en l'Estat Espanyol”. No només s'hauria de modificar, en aquest cas, la redacció de l'article 46 del Codi Civil, el qual impedeix aquesta figura, sinó que també s'hauria de modificar l'article 217 del Codi Penal i, la qüestió més important, s'hauria de modificar la pròpia constitució Espanyola atès que sinó, estaríem davant d'una norma inconstitucional que atempta realment contra els principis bàsics del nostre ordenament.

⁴³ Fonament Jurídic 3 de la Sentència del Tribunal Suprem 835/2014, de 6 de febrero de 2014.

⁴⁴ La poligàmia és el règim familiar que permet que un individu estigui casat amb diversos individus al mateix temps. El concepte fa referència tant al home que està casat amb diverses dones com a la dona que està casada amb diversos homes, una condició que, donat el gran pes del masclisme en el món, és molt poc freqüent.

El Tribunal Suprem en la seva Sentència de la Sala de lo Contencioso – Administrativo de 19 de juny de 2008, estableix que: *“la poligamia no es simplemente algo contradictorio a la legislación española, sino algo que repugna al orden publico español, que constituye siempre un limite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (art. 12.3CC). Entendiendo el orden publico como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre las que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y Hombres, así como la sumisión de aquellas a estos. Tan opuesta al orden publico español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217). Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuya estado civil es atentatorio contra el orden publico español no ha acreditado un “suficiente grado de integración en la Sociedad española”*. D’aquesta manera, s’entén i queda provat que efectivament, la introducció i l’admissió d’aquesta figura en el nostre ordenament jurídic vulneraria l’ordre públic així com la majoria de drets fonamentals reconeguts en la Constitució espanyola, la qual s’hauria de sotmetre a una gran reforma per a l’acceptació de la poligàmia en l’Estat espanyol. És realment el què provocaria l’admissió de la gestació per substitució en l’Estat Espanyol? Segons la consideració dels tribunals hi hauria una vulneració clara de l’ordenament jurídic espanyol amb l’admissió de dita tècnica per la base que estén l’article 10 de la LTRHA. Així, si es modifiqués aquest article i s’acceptés en la Llei de Tècniques de Reproducció Humana Assistida aquesta tècnica juntament amb les tres ja permeses, què és el que s’estaria vulnerant?

Si acudim a la Constitució espanyola i ens centrem en els articles més destacats en matèria de família i filiació podem observar com en cap cas quedaria vulnerat cap tipus de principi ni dret fonamental i menys l’ordre públic espanyol. L’article 39.2 de la CE estableix que *“Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitara la investigación de la paternidad”*. Amb aquest article la pròpia Constitució dóna

llibertat al tipus de filiació ja que el que és realment important és protegir al menor per sobre de qualsevol tipus de filiació. Juntament amb aquest article tenim tots els Drets Fonamentals regulats de l'article 14 al 29 de la mateixa Constitució, els quals tampoc quedarien vulnerats amb l'entrada legal de la gestació per substitució. És més, amb la prohibició d'aquesta tècnica i amb les barreres legislatives que s'interposen en aquesta matèria el que s'està realitzant és una greu vulneració dels drets d'aquests nadons, com són el dret a la igualtat, a la llibertat i a la identitat dels menors, entre molts altres, perjudicant-los greument i deixant-los desprotegits per part de tots els poders públics de l'Estat, vulnerant, així, el propi article 39 de la CE.

Per altre banda, referent a l'article 108 del Codi Civil ⁴⁵ podem observar que el mateix, tampoc prohibeix una filiació derivada de la gestació per substitució i per tant, únicament s'hauria de modificar aquest article afegint una nova filiació derivada de la gestació per substitució.

A més, per tal de poder visualitzar amb més claredat, l'admissió d'aquesta tècnica a Espanya com a una figura vàlida i apte legalment que no vulnera ni principis bàsics del ordenament ni l'ordre públic espanyol, s'acudirà a un paral·lelisme jurídic entre una figura molt acceptada en la nostre societat; l'adopció i la gestació per substitució.

L'adopció és una paraula que segons l'enciclopèdia jurídica *“prové del llatí “adoptio” i fa referència al fet de rebre com a fill al qui no ho és biològicament, amb el compliment de diversos requisits i obligacions que estableix la llei.”*

És una figura que ha estat acceptada per la societat i que a partir dels anys noranta, la paternitat adoptiva adquireix una enorme rellevància, interès i visibilitat social. D'aquesta manera, es pot entendre l'adopció com a una figura jurídica acceptada, permesa i regulada en l'Estat espanyol, la qual consisteix en atribuir la filiació d'un

⁴⁵ L'article 108 del Codi Civil estableix el següent: *“La filiació pot tenir lloc per naturalesa i per adopció. La filiació per naturalesa pot ser matrimonial i no matrimonial. És matrimonial quan el pare i la mare estan casats entre si. La filiació matrimonial i la no matrimonial, així com l'adoptiva, sorgeixen els mateixos efectes conforme a les disposicions d'aquests Codi”.*

menor a unes persones -independentment del gènere-, que són diferents a les persones d'origen biològicament. Existeix per tant una similitud i un paral·lisme clar entre aquestes dues figures. Fins i tot, l'adopció d'una manera més extrema donat que en la majoria d'adopcions que es realitzen no hi ha un vincle genètic entre el menor i els adoptants, en canvi, en la gestació per substitució, normalment, sempre hi ha algun membre dels comitents que aporta el seu material genètic, tenint una relació genètica directe amb el menor.

La gestació per substitució únicament és una nova tècnica de reproducció assistida que facilita l'accés a tots aquells individus que desitgen ser pares i que per diverses qüestions no poden accedir-hi naturalment. Es tracta d'una figura innovadora molt utilitzada en l'actualitat que la seva admissió en l'estat espanyol no comportaria en cap cas una vulneració de l'ordre públic espanyol com estableixen la majoria de tribunals ja que a diferència d'altres figures com la poligàmia, no provocaria una modificació substancial i impossible del ordenament, dels principis bàsics i de les seves normes sinó que s'estaria protegint els drets i la figura del menor en aquestes situacions modificant escassos articles legals i realitzant una regulació adequada i exhaustiva de la matèria.

VIII. POSSIBLES SOLUCIONS ALS PROBLEMES PLANTEJATS

Tot i la prohibició establerta per l'article 10 de la Llei de Tècniques de Reproducció Humana Assistida, la gestació per substitució és una tècnica que segueix en pràctica legalment en diversos països del món. Això provoca un seguit de problemes per a totes aquestes persones que es troben envoltades en el món de la maternitat subrogada com és el tema tractat en aquest treball; la determinació de la filiació i la inscripció de la mateixa en el Registre Civil espanyol. De manera paral·lela, també, ens trobem amb l'entrada en conflicte de diferents principis bàsics del nostre ordenament com són l'ordre públic i l'interès superior del menor, els quals són interpretats i/o ponderats per diversos òrgans de manera diversa i contraposada. Fins i tot, perillen els drets dels menors nascuts a través de la gestació per substitució tals com la llibertat del menor, la seva dignitat i identitat, drets mèdics i educacionals, entre molts d'altres.

És per aquest motiu que es necessita buscar, urgentment, solucions i propostes per donar resposta a tots aquests buits existents i resoldre aquests problemes que tenim al nostre país. La principal solució és, clarament, legalitzar la tècnica de la gestació per substitució o crear una regulació que resolgui tots aquests problemes existents. Una regulació nacional uniforme, justa i igualitària que reculli i legalitzi aquest fenomen que cada vegada, amb més freqüència, es troba present. Això comportaria, per una banda, una reforma de la legislació actual en referència a les Tècniques de Reproducció Assistida, al seu article 10; el qual prohibeix explícitament la tècnica de la gestació per substitució. I, d'una altra banda, donades les circumstàncies que hi ha referents a dita tècnica en el nostre país, molts espanyols han hagut d'acudir a altres països per poder fer realitat el seu somni de ser pares. Això té un cost molt elevat, cosa que no totes les persones es poden permetre.

És així que, amb la legalització d'aquesta tècnica al nostre país, permetríem l'accés a la paternitat a un número major de persones que, per circumstàncies econòmiques, no poden accedir-hi reduint la gran desigualtat que actualment es dona; sense deixar de fer esment al menor cost econòmic que provocaria per a totes aquestes persones que necessiten d'aquesta tècnica per a tenir fills.

Un bon instrument per impedir i combatre el veritable “mercat negre de ventres” és la legalització i regulació d’aquesta tècnica⁴⁶ ja que s’evitaria que la dona, en unes condicions precàries, fos un objecte utilitzat per aquelles persones i/o parelles que volen ser pares a tota costa. L’autor Vela Sánchez afirma que, amb la legalització d’aquesta tècnica, es podria donar l’anomenat “*efecto llamada*” d’aquells ciutadans d’altres països que acudirien al nostre país amb la finalitat de portar a terme un procés de gestació per substitució. Aquest fet, clarament, aportaria un alt benefici econòmic pel nostre país.

És bastant probable que aquesta mesura de legalitzar la gestació per substitució o realitzar una normativa que resolgui tots aquests problemes no es dugui a terme, almenys de moment, i per tant, s’ha de tenir en compte altres possibles mesures o propostes per poder obtenir el mateix resultat; accedir al Registre Civil espanyol. Aquestes mesures alternatives podrien ser les mesures generals per reclamar la paternitat de menors les quals, el propi article 10 de la LTRHA en el seu apartat tercer, ja estableix la possibilitat de reclamar la paternitat del menor segons aquestes regles generals. És a dir, el que es tractaria és que el pare biològic del menor pugui reclamar la seva paternitat com a pare biològic i que, posteriorment, la seva parella realitzi una adopció del menor.

Tot i així, aquesta proposta no acaba de donar una solució àgil al problema atès que el procediment d’adopció és un procés llarg i costós. Per tant, la possible proposta a plantejar seria establir i regular un procés d’adopció especial per aquests casos que es caracteritzés per ser un procediment molt més ràpid, sense tants tràmits com els existents en les adopcions generals. Com s’ha pogut observar, la Direcció General dels Registres i del Notariat s’ha anat pronunciant en diverses ocasions adoptant una Instrucció que ha estat molt criticada, tant per la doctrina en general com per a diversos autors.

⁴⁶ LAMN, E., “Gestación por sustitución”, en revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2012, pp. 31.

Una altre guia que podríem tenir com a proposta de regulació de la gestació per substitució en temes de filiació i accés al Registre Civil és la Instrucció de la Direcció General dels Registres i del Notariat. Aquesta Instrucció estableix uns requisits per poder determinar la filiació i que la mateixa sigui inscrita en el Registre Civil espanyol molt útils i a tenir en compte com a una pauta a seguir alhora de regular aquesta matèria. Els requisits bàsicament són: que un dels dos comitents sigui nacional espanyol i que s'aporti com a document resolució judicial del tribunal competent de l'estat d'origen determinant ja la filiació del menor amb els comitents.

Tot i que amb aquesta Instrucció es denota una intenció positiva de poder donar resposta -i així facilitar- l'entrada d'aquests nadons a les inscripcions del Registre Civil espanyol, és realment al legislador a qui li correspon regular aquesta matèria i adonar-se de que es necessita un canvi legislatiu urgent. Els tribunals i els jutges són els encarregats d'aplicar la llei i, en l'actualitat, en la matèria que estem tractant, es troben limitats per la legislació existent en el nostre país. Doncs, no podran aplicar altra llei ni altra norma fins que els legisladors decideixin canviar i modificar la normativa existent.

Per tant, podem afirmar que es necessita un canvi legislatiu, una reforma molt més oberta i flexible que permeti satisfer (tant a les parelles com a les persones) el desig real de poder ser pares; sigui solucionant els problemes existents per tal de reconèixer la seva filiació respecte el menor quan tornen a casa i facilitar, per tant, la seva inscripció en el registre civil o, bé, donar un pas endavant i legalitzar aquesta Tècnica de Reproducció Assistida per establir una garantia d'igualtat per a aquelles persones que volen ser pares i no poden assumir els costos que comporta viatjar a un altre país. Països on aquesta tècnica és legal i els aporta una seguretat jurídica que no tenen en el seu propi país.

Una altre qüestió a tenir en compte referent a l'admissió de la gestació per substitució a Espanya com a figura totalment vàlida per no vulnerar en cap cas l'ordre públic nacional, és el contracte o acte que sorgirà entre la dona gestant i els comitents. Dit contracte en cap moment seria nul, i estaríem davant d'un acte

altruista, mai remunerat, únicament admetent una possible compensació per les despeses ocasionades.

És un tema complicat i difícil de regular atès que no estem davant d'una simple donació d'òrgans, de sang o d'òvuls sinó que es tracta d'una gestació, d'un procés que té una duració considerable en el temps i que requereix una certa diligència per la dona gestant per tal d'aconseguir el millor resultat possible sense posar en perill al futur nadó. Com a parts comitents es voldrà que en el contracte hi constin clàusules que recullin el compromís de la dona gestant de no fer determinades activitats o evitar determinats hàbits com poden ser fumar, fer esport de risc, sortir de festa i beure alcohol, entre altres. A més també es voldrà recollir unes certes condicions referents a la salut tant de la gestant com del futur nadó com són unes certes consultes mèdiques, un determinat número de proves per tal de controlar amb precisió l'estat del nadó.

Un dels problemes que pot sorgir durant l'embaràs és que la dona gestant incompleixi alguns dels pactes establerts en el contracte i que per tant, els comitents vulguin reclamar-li responsabilitat. El fet de que el contracte o el acte jurídic sigui altruista dificulta les regles de reclamació i d'incompliment. És una de les qüestions que s'haurien de preveure i analitzar alhora de realitzar la regulació i legislació corresponent, així com la compensació per totes les despeses de la gestant durant tot el procés de gestació; proves mèdiques, alimentació, prohibició d'activitats que habitualment podria realitzar sinó fos per estar embarassada, entre moltes altres.

És per tant una qüestió complicada que els legisladors haurien de preveure en la legislació per tal de que les parts tinguessin unes pautes i unes regles a seguir en cas d'un suposat incompliment de la gestant durant el procés de gestació.

IX. CONCLUSIONS

Un cop realitzat el treball i analitzat amb profunditat les diverses regulacions, doctrina i jurisprudència referent a la gestació per substitució s'han extret les següents conclusions:

Primer de tot que, el fet que la societat avanci i les nostres legislacions s'estanquin amb pensaments i pràctiques socials enrederides sense renovar-se amb noves pràctiques socials reals, provoca grans conseqüències i problemes per a tots els ciutadans.

Ha quedat acreditat que la gestació per substitució és una innovadora tècnica de reproducció assistida que es troba en auge mundialment i que té regulacions molt diverses i extremes segons l'estat en que ens situem provocant el fenomen del "turisme reproductiu".

S'ha conclòs, també que, la regulació espanyola en l'àmbit de la gestació per substitució, a part de ser escassa, no proporciona unes respostes eficaces als problemes existents en la realitat. Tot i tenir una Instrucció de la Direcció General dels Registres i del Notariat que facilita la inscripció de filiació d'aquests nadons al Registre Civil espanyol, la doctrina dels tribunals i el tenor literal del article 10 de la TRHA és contrària; creant una inseguretats per a tots els comitents i sobretot pels menors. És per aquest motiu que sorgeix, urgentment, la gran necessitat de legalitzar aquesta tècnica en l'estat espanyol per donar, finalment, una solució veritable al problema. Aquesta regulació hauria de preveure les característiques del contracte o acte jurídic que regula les relacions entre la dona gestant i els comitents com per exemple, la compensació per les despeses ocasionades, com reclamar en cas d'incompliment per part de la dona gestant i sobretot, la importància de ser un contracte altruista.

Una de les qüestions principals i essencials que s'han extret d'aquest treball és que l'admissió legal de la gestació per substitució en l'estat Espanyol no suposaria la vulneració de l'ordre públic nacional tal i com remarquen els tribunals. La negació dels mateixos a la legalització de la gestació per substitució no fa més que vulnerar els drets dels menors i desprotegir-los. Es tracta d'una tècnica que, en cap cas, la

seva admissió legal a Espanya provocaria una vulneració de tots els seus principis i fonaments bàsics, socials i estructurals. D'altra banda, el contracte de gestació per substitució és una qüestió difícil i complicada que hauria de regular-se en la pròpia legislació per tal de donar una seguretat jurídica tant als comitents com a la gestant en cas de qualsevol tipus d'incompliment.

Finalment, no només s'ha arribat a la conclusió de que es necessita l'admissió d'aquesta tècnica en el nostre estat juntament amb les corresponents modificacions legals que corresponguin sinó que es necessita donar un pas més enllà i proposar una regulació homogènia i uniforme a nivell internacional. Una llei internacional que sigui capaç de regular la matèria i que doni una seguretat jurídica tants als comitents, als menors, com a les pròpies gestants.

X. BIBLIOGRAFIA

Manuales i articles doctrinals

- Álvarez, S. “*Gestació per substitució o la crisi de l'autonomia del legislador de DIPr (i potser també la del legislador de Dret Civil)*”.
- ANTONIO ZENNA, F., “*La gestación por sustitución en España. La situación actual tras la STS de 6 de febrero de 2014*”, en Derecho Grupo Francis Lefebvre.
- BAYARRI MARTÍ, M^o L., “*Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España*”, en Noticias Jurídicas:
<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>
- CASADO ROMÁN, J., “*La inscripción de la gestación por sustitución realizada en el extranjero: Comentarios a la STS 835/2013 de 6 de febrero de 2014*”, en Derecho Grupo Francis Lefebvre. Artículo disponible en:
http://www.elderecho.com/civil/filiacion_de_menores_nacidos_de_gestacion_por_sustitucion%20filiacion_bebes_vientres_de_alquiler-sentencia_del_Tribunal_Supremo_835-2013%20inscripcion-sustitucion-extranjero-Comentarios-STs_11_654055001.html
- Comité Consultatif national d'Ethique de Francia, opinión n^o 110, mayo de 2010, sobre “*Problemes ethiques soulevés per la gestation*”.
- FARNÓS AMORÓS, E., “*Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California*”, en *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2010.

- FORTUNY BERENGUER, M., “ *La maternidad subrogada: un caso práctico*”, en Derecho Grupo Francis Lefebvre. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho-com/maternidad_subrogada-incricion_en_el_registro_civil_de_recien_nacidos_11_602305001.html
- HEREDIA CERVANTES I., “*La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*”, en artículos de revista para ADC, tomo LXVI, 2013.
- HERRERA, M. Y LAMM,E., “ *Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar*” La ley, Tomo 2014-D Buenos Aires, Argentina.
- LAMN, E., “*Gestación por sustitución*”, en revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2012.

Jurisprudència

- Tribunal Superior del Comtat d’Orange nº S023721, Sentencia de 20 de Mayo de 1993.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº 835/2014, Sentencia de 6 de febrero de 2014.
- Registro Civil Consular, Auto de 10 de Noviembre de 2008.
- La Dirección General de los registros y del Notariado, Auto de 18 de Febrero de 2009.
- Primera Instancia de Valencia nº193/2010, Sentencia de 15 de Septiembre de 2010.
- Audiencia Provincial de Valencia, Sentencia de 23 de Noviembre de 2011.
- Tribunal Supremo (Sala Contenciosa-Administrativa), Sentencia de 19 de junio de 2008.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 26 de junio de 2014.

Legislació

- Código Civil español, Real Decreto de 24 de julio de 1889.
- Código Civil de Francia de 21 de marzo de 1804.
- Código de familia de Ucrania de 26 de diciembre de 2002
- Constitución Española de 1978, de 29 de Diciembre de 1978.
- Constitución federal de la Confederación suiza de 18 de abril de 1999
- Convención de los niños de 20 de noviembre de 1989
- 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 alemana de protección del embrión 745/90 del 13 de diciembre de 1990 Ley de fertilización humana y embriológica de 1 de noviembre de 1990. (Reino Unido)
- Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de 26 de mayo (LTRHA).
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del registre Civil.
- Ley 35/ 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, de 22 de noviembre de 1988 (LTRA).
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre sobre Adopciones Internacionales

Recursos web i articles de premsa

- “Gestación subrogada a nivel internacional: ¿Dónde es legal?” en <https://www.babygest.es/paises/>
- “La gestación subrogada en California: el destino más demandado de USA” en <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-california/>
- “La gestación por substiucion en españa: la situación actual tres la STS de 6 de febrero de 2014” en http://www.elderecho.com/tribuna/civil/gestacion_por_sustitucion-

[gestacion_solidaria_11_680680001.html](#) “*Turismo Reproductivo o de fertilidad: definición, características y destinos*” en <https://www.babygest.es/turismo-reproductivo/#gestacion-subrogada>