

# RECONOCIMIENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL\*

MARTA SERRA ALCEGA\*\*

**Resumen:** La maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida por la cual una mujer asume el compromiso de gestar a un niño para que una o varias personas puedan establecer una filiación respecto del mismo. El propósito fundamental de este trabajo es analizar cuál es el tratamiento dado por el Derecho Internacional Privado español (DIPr) a las filiaciones establecidas en el extranjero como resultado de un contrato de subrogación celebrado en otro país, para tratar de determinar qué regulación sería la más razonable teniendo en cuenta el contexto social que rodea a este fenómeno.

**Palabras clave:** maternidad subrogada, interés superior del menor, orden público, turismo reproductivo, reconocimiento.

**Abstract:** Surrogacy is an assisted reproduction technique in which a woman commits herself to carry and give birth to a baby in order to give it to someone so that they would become legal parents of the child. The main purpose of this article is to analyze the treatment given by Spanish International Private Law to parentage links established in a foreign country as a result of a surrogacy arrangement, for the purpose of deciding which regulation would be the most reasonable taking into consideration the social context that surrounds this phenomenon.

**Keywords:** surrogacy, best interests of the child, public order, reproductive tourism, recognition.

SUMARIO: I. LOS PRESUPUESTOS DEL PROBLEMA: DISPARIDAD NORMATIVA; II. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN DERECHO ESPAÑOL; 1. La regulación de Derecho material; 2. Consecuencias para la regulación de Derecho Internacional Privado español; 3. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2014; III. POSIBLES SOLUCIONES; 1. Modificación de la legislación material; 1.a. Cuestiones éticas y socio-económicas; 1.b. Cuestiones jurídicas; 2. Modificación de la legislación de Derecho Internacional Privado español; IV. CONCLUSIÓN; V. BIBLIOGRAFÍA.

\* Fecha de recepción: 9 de febrero de 2015.

Fecha de aceptación: 6 de marzo de 2015.

\*\* Estudiante de Derecho y Ciencia Política y Administración Pública en la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: serramartauam@gmail.com. Este artículo corresponde al desarrollo del trabajo presentado en el IV Premio Joven Investigador de la Revista Jurídica de la UAM en la modalidad de «Derecho privado, social y económico». La investigación tiene su origen en mi trabajo de Fin de Grado, y ha sido tutelado por la profesora Elena Rodríguez Pineau, a quien deseo agradecer su valiosa ayuda que comenzó ya a finales del año 2013. Su colaboración y entusiasmo en toda la labor de investigación, redacción y preparación de la presentación pública del trabajo han sido sin duda determinantes para la elaboración final del texto y por ello le expreso mi más sincera gratitud.

## I. LOS PRESUPUESTOS DEL PROBLEMA: DISPARIDAD NORMATIVA

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida por la cual una mujer, a cambio de una contraprestación o sin ella, adquiere el compromiso de gestar a un bebé para posibilitar que una o varias personas puedan establecer una filiación respecto de ese neonato. Antes de centrarnos en la regulación española, conviene aproximarse a esta técnica desde el punto de vista del Derecho comparado para poder entender la dinámica existente entre la regulación en el plano del Derecho interno y el plano del Derecho internacional.

En el ámbito comparado, observamos que la subrogación se regula de formas muy diversas en los diferentes Ordenamientos jurídicos, no habiendo actualmente una tendencia hacia la armonización de regulaciones. Algunos países prohíben esta técnica, de manera que, al no permitir a sus ciudadanos acudir a la subrogación para ser padres, esas parejas tratan de escapar hacia otro país que sí permita esta técnica. Esto es, hay países que llamaremos «de origen» de parejas comitentes, y otros que llamaremos «de destino» de esas parejas. De este modo se produce el fenómeno del «turismo reproductivo».

Entre los países de origen se pueden distinguir, en función de su regulación interna, los prohibitivos, como es el caso de Francia, Alemania, Austria, Italia,<sup>1</sup> y España –con particularidades como veremos–, y otros países permisivos con restricciones, como por ejemplo Reino Unido<sup>2</sup>, Grecia<sup>3</sup> o Israel<sup>4</sup>. En cuanto a los países de destino, hay grandes diferencias entre ellos, sobre todo desde el punto de vista de la protección de la dignidad de la madre gestante o del precio de la subrogación. Uno de los destinos paradigmáticos es el estado de California, que Farnós Amorós califica como «el sueño californiano<sup>5</sup>». Este destino contrasta con el de la India, en el que hay una creciente preocupación por el peligro de explotación al que están sometidas las madres gestantes<sup>6</sup>. Otros países de destino son Rusia, Ucrania o México.

---

<sup>1</sup> Commission internationale de l'état civil, «La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans les états membres de la CIEC». Note de synthèse rédigée par Frédérique Granet; étude mise en ligne en Février 2014, p.4.

<sup>2</sup> Desde la entrada en vigor de la «Surrogacy Arrangements Act» (1985), los acuerdos de maternidad subrogada son permitidos dentro del país, y aquellos que se produzcan fuera son homologables judicialmente si cumplen las condiciones requeridas también internamente. Sentencias *Re C (A Child)* 2013, EWHC 2413 (Fam); *D and L (Surrogacy)* 2012, EWHC 2631 (Fam).

<sup>3</sup> FARNÓS AMORÓS, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009». *Indret*, Revista para el análisis del derecho, enero 2010, p. 21.

<sup>4</sup> FARNÓS AMORÓS, E., ob. cit., p. 19.

<sup>5</sup> FARNÓS AMORÓS, E., ob. cit., p.7.

<sup>6</sup> La BBC ha expuesto que es mucho más barato acudir a los servicios de las clínicas y mujeres indias, que reciben entre 2.500 y 3.500 libras: <<http://www.vientredealquiler.com/index.php/es/glosario/594-las-inesperadas-consecuencias-de-las-madres-de-alquiler-en-india>>.

El conflicto de DIPr surge cuando, aprovechando esta posibilidad de «forum shopping» derivada de la disparidad normativa, una pareja acude a uno de los países de destino y regresa a su país de origen. Entonces, la pareja deseará que se reconozca esa filiación establecida en el extranjero como consecuencia de un contrato de subrogación que sí está permitido en el país de destino. En este punto conviene tener presente que suele existir una correlación entre la regulación interna de cada país y las soluciones de DIPr de ese ordenamiento, de manera que un país de origen –que no acepta la maternidad subrogada– tenderá a rechazar el reconocimiento de estas situaciones generadas en el extranjero. Esta relación que parece lógica en un principio es la que trataremos de descartar en las conclusiones del trabajo rompiendo con la solución legal que podría parecer más razonable a primera vista.

Esta tensión entre la soberanía que tiene cada país para regular internamente la subrogación y la necesidad de dar solución a casos que presentan un elemento de internacionalidad se ve reflejada en el caso que resolvió la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, relativa al caso *Menesson contra Francia*<sup>7</sup>. Esta sentencia reconoce el amplio margen de apreciación que tienen los Estados europeos para regular cuestiones tan sensibles como la maternidad subrogada, sin embargo el tribunal termina optando por el reconocimiento de la filiación de las gemelas nacidas en California fruto de un contrato de subrogación por entender que es necesario proteger el interés superior del menor, en concreto el respeto a su vida privada<sup>8</sup> e intimidad.

La resolución del caso *Menesson* es relevante a efectos de este trabajo en cuanto tiene en consideración el interés superior del menor por encima del concepto de orden público al plantearse el reconocimiento de una filiación resultante de un contrato de subrogación celebrado en el extranjero. Es decir, en esa tensión que hemos mencionado entre la regulación interna de Francia y la necesidad de dar solución al problema que plantea el fenómeno del «turismo reproductivo», el TEDH ha dado más valor a la necesidad de dar seguridad a las menores. El tribunal termina admitiendo el reconocimiento a pesar de que la regulación interna francesa con respecto a la subrogación es claramente prohibitiva, por ser contraria a los principios del orden público francés en cuanto a la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil. Como veremos a continuación, la solución dada por nuestro Tribunal Supremo (TS) ha ido en dirección contraria, y si bien es verdad que cada uno de estos casos

---

<sup>7</sup> *Affaire Mennesson c. France* (Requête n.º 65192/11), 26 de junio de 2014, disponible en HUDOC (<http://www.echr.coe.int/>).

<sup>8</sup> *Affaire Mennesson c. France* (Requête n.º 65192/11), 26 de junio de 2014, párrafo 96: «Comme la Cour l'a rappelé, le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation (paragraphe 46 ci-dessus) ; un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation (paragraphe 80 ci-dessus). Or, en l'état du droit positif, les troisième et quatrième requérantes se trouvent à cet égard dans une situation d'incertitude juridique. S'il est exact qu'un lien de filiation avec les premiers requérants est admis par le juge français pour autant qu'il est établi par le droit californien, le refus d'accorder tout effet au jugement américain et de transcrire l'état civil qui en résulte manifeste en même temps que ce lien n'est pas reconnu par l'ordre juridique français».

es diferente y «hard cases make bad law», la solución que adopta el TEDH respeta en mayor medida el interés del menor.

Pues bien, volviendo a nuestro ordenamiento, el conflicto radica en que en España carecemos de una solución legal al problema de DIPr. En este trabajo trataremos de entender cuál es la solución actual a la cuestión en España para poder proponer una más adecuada. Una vez planteada la dinámica existente entre derecho interno e internacional en el contexto del derecho comparado, pasaremos a analizar cómo se regula la subrogación en ambos planos en España.

## II. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN DERECHO ESPAÑOL

### 1. La regulación de Derecho material

El artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) declara nulo el contrato mediante el cual se acuerde una maternidad por subrogación. Atienza señala la importancia de la no prohibición de la subrogación en nuestro sistema, argumentando que la distinción entre nulidad y sanción enlaza con la distinción entre dos grandes tipos de normas: las normas constitutivas y las normas regulativas<sup>9</sup>. Díaz Romero entiende que de darse un contrato de subrogación en España habría ilicitud de causa y el objeto del mismo, es decir la capacidad de gestar, estaría fuera del comercio<sup>10</sup>. Igualmente, hay que decir que la filiación queda determinada por el parto: «mater semper certa est»<sup>11</sup>.

Por otro lado, el artículo 10.3 de la LTRHA deja la puerta abierta a formas de poder reconocer a esos niños mediante la acción de reclamación de paternidad o mediante la adopción. Autores como Cerdá Subirach sostienen que la falta de sanción posibilita una legalización de facto de la subrogación por la vía de la «adopción express» contemplada en el artículo 176 CC<sup>12</sup>. Si bien es verdad que dicha solución es posible, suele resultar menos atractiva para los padres que acuden a la maternidad subrogada puesto que aporta menos seguridad y no posibilita tener hijos con material genético propio. Cerdá Subirach habla en esta línea del «valor añadido»<sup>13</sup> de la maternidad subrogada para las parejas comitentes.

<sup>9</sup> ATIENZA, M., «De nuevo sobre las madres de alquiler», *Revista El Notario del Siglo XXI*, n.º 27, de 13 de octubre de 2009.

<sup>10</sup> DÍAZ ROMERO, M.<sup>a</sup> R., «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», *Diario La Ley*, N.º 7527, Sección Doctrina, 14 Dic. 2010, Año XXXI, Ref. D-378, La ley 13778/2010, p. 1.

<sup>11</sup> COMMISSION INTERNATIONALE DE L'ÉTAT CIVIL, ob. cit. p. 3. Este es un principio común a todos los estados miembros de la Comisión Internacional del Estado Civil: Alemania, Bélgica, España, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suiza, Turquía.

<sup>12</sup> CERDÀ SUBIRACHS, J., «La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2012 de la DGRN», *Abogados de Familia*, n.º 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre de 2011, p. 3.

<sup>13</sup> CERDÀ SUBIRACHS, J., ob. cit. p. 1.

## 2. Consecuencias para la regulación de Derecho Internacional Privado español

Una vez explicada la regulación interna española, hay que analizar qué ocurre en los casos que incluyen un elemento de internacionalidad. La ley no regula estos supuestos, de manera que solo contamos con Instrucciones y Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) que sí introducen cuáles son los requisitos para que una sentencia extranjera que reconozca como padres del niño a la pareja comitente pueda servir como título apto para inscribir al niño en el Registro Civil (RC) español. Surge por tanto un problema a primera vista: la cuestión del reconocimiento no está regulada por una ley, sino por una norma de rango reglamentario. De momento, el legislador parece no haber querido entrar en esta cuestión, probablemente por todos los elementos de debate que la rodean. Por consiguiente estamos frente a una situación de poca claridad e inseguridad jurídica. La DGRN ha ido dando diferentes criterios en sus resoluciones e instrucciones a la luz del caso sobre el que el TS ha resuelto en su Sentencia de 5 de febrero de 2014, denegando la inscripción de dos gemelos adquiridos en California por parte de una pareja homosexual.

La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 es innovadora en cuanto a la solución dada para casos de maternidad subrogada que presentan elementos de internacionalidad. En el caso, dos varones españoles solicitan la inscripción en el RC del nacimiento de unos mellizos, acaecido en California, aportando certificación registral extranjera. Solicitan igualmente que se determine a su favor la filiación, alegando, entre otros argumentos, el ajuste de la certificación al orden público internacional español, la igualdad de sexo entre hombres y mujeres, la protección del interés superior de los menores y su derecho a una identidad única válida universalmente. La DGRN estimó el recurso planteado, que se dirigía contra el auto del encargado del RC consular de España en Los Ángeles, que denegaba a los dos varones la inscripción. En esta resolución se fundamenta la decisión de permitir la inscripción en base al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil (RRC), que no exige que la solución dada a la cuestión jurídica en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que hubieran ofrecido las normas españolas.

Más adelante, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia de fecha 15 de septiembre de 2010 denegó la inscripción de los mellizos en el RC, admitiendo el argumento esgrimido por el Ministerio Fiscal, que interpuso la demanda frente a la resolución de la DGRN<sup>14</sup>, en base a que el artículo 81 RRC contraría lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley del Registro Civil (LRC), de mayor rango normativo, y por tanto debe prevalecer el tenor de lo dispuesto en la ley. Inmediatamente después a la publicación de esta sentencia, la DGRN publica una Instrucción con fecha 5 de octubre de 2010, en la que establece que se permite la inscripción en el RC en ciertos casos, pero esta vez basándose en una interpretación diferente de la LRC. La pareja logra una sentencia favorable a la

<sup>14</sup> SALAS CARCELLER, A., «El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución», *Revista Aranzadi Doctrinal* n.º 10/2011 parte Tribuna, editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 2.

inscripción por parte de la Audiencia Provincial de Valencia el 23 de noviembre de 2011, que será modificada por la siguiente STS.

### 3. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2014

El 5 de febrero de 2014, el TS deniega la inscripción en base a la nulidad del contrato de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento. Esta sentencia puede aclararnos cuál es la postura del alto tribunal sobre la regulación de la maternidad subrogada en el Derecho español, tanto interno como internacional. En la argumentación del TS destaca la idea de que al ser nulo el contrato de subrogación en nuestro Ordenamiento, sería contrario al orden público español reconocer la filiación establecida por el mismo en California. Sin embargo, tal y como apunta el voto particular de la misma, el orden público ha de valorarse caso por caso, y no de forma preventiva.

En consonancia con la argumentación del TEDH en el caso *Menesson*, una cosa es que el Estado español o francés tengan un margen de apreciación para considerar que un contrato como el de subrogación contradice el orden público, lo cual debe valorarse en el punto de vista de Derecho material, y otra es denegar el reconocimiento por este motivo cuando el menor respecto del cual pretende inscribirse la filiación se encuentra ya en el país. En este caso hay que tener en cuenta el interés superior del menor por encima del orden público.

Como señala el profesor Heredia en un comentario publicado a propósito de esta sentencia<sup>15</sup>, la forma de aplicar el interés superior del menor es un grave error de la sentencia del Tribunal Supremo. Haremos hincapié en esta idea del interés superior del menor al proponer las diferentes opciones de regulación que tiene en frente el legislador. Sin embargo la conclusión que sí podemos extraer a la luz de la STS es que en la práctica los jueces se ven obligados a resolver los casos sin tener una solución en la ley, lo cual nos sume en una gran inseguridad jurídica, que como indica Farnós Amorós<sup>16</sup> sigue sin ser resuelta. Por tanto a continuación analizaremos qué modificaciones de la legislación actual serían más razonables.

---

<sup>15</sup> HEREDIA CERVANTES, I., «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro», *Revista El Notario del Siglo XXI*, n.º 54, de 9 de abril de 2014. En él señala: «El segundo gran error de la STS estriba en su incorrecta construcción de la cláusula de orden público internacional en este ámbito. Por lo pronto la sentencia olvida que el control del orden público, tal y como el propio TS ya ha proclamado en otras ocasiones, no se realiza respecto de una determinada institución, sino respecto de los efectos que supondría la inscripción del concreto documento extranjero en España».

<sup>16</sup> FARNÓS AMORÓS, E. «Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain», *International Family Law*, 1/2013, p. 71: «The DGRN's Order is controversial, especially as a provisional solution which jeopardizes legal certainty. In spite of strong claims for the law to be reformed ... no legal reform has actually taken place in Spain. Although there are no prospects for a future amendment of Act 14/2006 in order to remove the prohibition of gestational surrogacy, the recent Act 20/2011 on Civil Registry (BOE No 175, 22 July 2011) which will enter into force in 2014 has introduced some changes that could indirectly influence the treatment of international surrogacy in Spain and replace the provisional content of the DGRN's Order».

### III. POSIBLES SOLUCIONES

#### 1. Modificación de la legislación material

La primera opción que se plantea es la modificación de la legislación en sede de Derecho material, permitiéndose la maternidad subrogada. Autorizando la subrogación en nuestro ordenamiento el problema del turismo reproductivo se reduciría notablemente. La legalización de la subrogación debe contemplarse en relación con el concepto de orden público y el de interés superior del menor, que es un criterio fundamental en la Convención de derechos del niño de 1989, de la que España es parte. Procede entonces analizar los diferentes problemas éticos, socioeconómicos y jurídicos para hacer una ponderación y concluir si sería conforme a los principios que rigen nuestro ordenamiento legalizar la maternidad subrogada.

##### *1.a. Cuestiones éticas y socio-económicas*

Como señala Cerdà Subirachs, una característica de la maternidad subrogada es la transversalidad ideológica<sup>17</sup>. La subrogación no solamente es criticada desde posiciones católicas, sino desde ideologías muy opuestas como el feminismo por ejemplo. Carole Pateman sostiene que, junto a la prostitución, esta técnica es una de las manifestaciones más claras del contrato sexual.<sup>18</sup>

La maternidad subrogada plantea también cuestiones relacionadas con la economía, por un lado de las parejas que acuden a esta práctica para ser padres, y por otro lado de las mujeres que aceptan ser gestantes, como mencionamos al hablar de la India. Esta técnica está solamente al alcance de una parte de la sociedad con más recursos económicos, puesto que resulta extremadamente costosa: desde 15.000 US\$ a 100.000 US\$<sup>19</sup>.

##### *1.b. Cuestiones jurídicas*

Se ha esgrimido como argumento en contra de esta técnica reproductiva el hecho de que su utilización supone degradar a la categoría de «res intra commercium» tanto al niño resultante de la gestación como al bien intangible que es la maternidad de la mujer gestante. Según este razonamiento, todo ello atentaría contra la dignidad del ser humano.

---

<sup>17</sup> CERDÀ SUBIRACHS, J., p. 2.

<sup>18</sup> CERDÀ SUBIRACHS, J., *ult. loc. cit.*

<sup>19</sup> ENGEL, M. «Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?», en *Social Science Research Network*, octubre 2013, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2348270](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2348270).

Por otro lado, autores como Fernando Pantaleón<sup>20</sup> opinan que es discutible el argumento de que se trataría al niño como una mercancía, ya que «puede contestarse que no se comercializa al niño sino simplemente la capacidad generativa de una mujer (que tiene el derecho a disponer libremente de su cuerpo), a fin de satisfacer el legítimo deseo de tener un hijo de la pareja comitente».

Esta idea a su vez puede verse sometida a críticas en los supuestos en los que hay por ejemplo una crisis conyugal antes del nacimiento<sup>21</sup>. En esos casos comienza una disputa para decidir quién va a hacerse cargo del niño, que pasa a ser una mera mercancía<sup>22</sup>. Un caso llamativo en este sentido es el del bebé Gammy<sup>23</sup>, que fue dejado a la madre gestante por la pareja comitente por padecer de síndrome de Down y otros problemas fisiológicos. La pareja se quedó sin embargo con la hermana melliza de Gammy, que estaba perfectamente sana. Todos estos argumentos hay que tenerlos en cuenta para valorar si legalizar la subrogación en España supondría o no vulnerar el orden público español. Es en esta fase donde tenemos que valorar esa vulneración, y no cuando se nos plantea el reconocimiento, como hace equivocadamente el TS.

En sede de regulación interna, acudir al interés superior del menor como justificación para legalizar la maternidad subrogada no parece ser la solución más razonable. No está justificado que haya un interés del niño en que se permita la celebración de dicho contrato puesto que en muchos casos ese niño todavía ni siquiera existe, sino que se crea por razón del contrato, y en el caso de que existiera, hay otras posibilidades que el derecho da a la madre que no pueda hacerse cargo de su hijo (adopción, hogares de acogida).

Una posible regulación permisiva de la maternidad subrogada estaría fundamentada en un derecho a la igualdad de trato para las parejas que quieran tener un hijo en España y las que acudan al extranjero; o en la consideración de que de no hacerse así, los que no tengan los medios económicos no podrán acceder a esta técnica, y por tanto habrá una discriminación económica. Según mi punto de vista estos argumentos no justifican que se pueda permitir la maternidad subrogada, porque prevalece el interés del menor y la dignidad del mismo por encima de esos derechos mencionados. Ese interés no tiene razón de ser en este plano material de la regulación puesto que ya hemos dicho que en este momento el niño sería como una mercancía, creado con el objeto de ser dado a una pareja que lo encarga.

---

<sup>20</sup> LEONSEGUI GUILLOT, R. A. «La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo», *Boletín de la Facultad de Derecho* de la UNED, n.º 7, 1994, pp. 317-338.

<sup>21</sup> Como sucedió en el desafortunadamente famoso caso del bebé Manjhi y el matrimonio japonés Yamada: <<http://www.vientrealquiler.com/index.php/es/glosario/594-las-inesperadas-consecuencias-de-las-madres-de-alquiler-en-india>>.

<sup>22</sup> LAMM, E., «Gestación por sustitución. Realidad y derecho», *Indret, Revista para el análisis del derecho*, julio 2012, pp. 1-49.

<sup>23</sup> DOMINGO, F., «Abandonado por ser un niño Down», *El Mundo*, 2 de agosto de 2014. <<http://www.elmundo.es/internacional/2014/08/02/53dd0a8f268e3e7e638b4573.html>>.



Autores como Engel<sup>24</sup> señalan que en estos casos el niño no es responsable de esta situación, pero el Derecho debe lidiar con ello, y del mismo modo considera que frente a los argumentos que defienden que la pareja comitente merece mayor seguridad jurídica, se puede responder cuestionando dicha afirmación porque «¿cuánta certeza merece alguien que encarga un niño para nacer como huérfano-legalmente hablando?». Esta afirmación quizás sea demasiado severa, pero pone de manifiesto que muchas veces se intenta defender la legalización de este tipo de acuerdos no en beneficio del niño, sino de la pareja, que ve en esta técnica un valor añadido que no tiene la adopción.

Por tanto, el nivel en el que sí hay que tener en cuenta el interés superior del menor es en el del DIPr. Es decir, cuando una pareja ya ha vuelto a su país de origen con el bebé se plantea el problema de qué hacer con ese niño. En este sentido también es criticable la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2014, ya que como señala Heredia: «Se ignora que el interés superior del menor es precisamente eso: superior y que no puede ser interpretado ni ponderado en el mismo plano que el resto de valores o derechos que concurren en el supuesto»<sup>25</sup>.

## 2. Modificación de la legislación de Derecho Internacional Privado español

Una vez descartada la modificación en sede material, cabría replantearse la respuesta que da el DIPr español ante el reconocimiento en nuestro país de una filiación establecida en un país extranjero. Dentro de esta posibilidad, podría articularse el problema de diferentes maneras. Cabría la opción de cerrar totalmente la posibilidad al reconocimiento, por establecer una prioridad sobre la categoría del orden público español. Esta opción sin embargo deja en un segundo plano la cuestión del interés superior del menor, que creemos debería ser el aspecto primordial a tenerse en cuenta en estos casos.

La solución que da actualmente el DIPr español se basa en la inconsistencia existente entre la regulación que hace la LRC y el Reglamento que desarrolla dicha ley.<sup>26</sup> Es un problema de valor normativo<sup>27</sup> que no puede resolverse otorgando mayor valor a una norma reglamentaria que a la ley. La solución que en este momento parece más razonable es aceptar

<sup>24</sup> ENGEL, M., ob. cit., pp.13-14.

<sup>25</sup> HEREDIA CERVANTES, I., *ult. loc. cit.*

<sup>26</sup> ÁLVAREZ GÓNZALEZ, S., «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», en *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, J. Forner i Delaygua, C. González Beilfuss, R. Viñas Farré (coords.), 2013, pp. 79-90: «aunque todos sabemos que legislar sobre un tema no es garantía de seguridad jurídica, urge la adopción de soluciones positivas sobre la problemática analizada, puesto que la actual situación sí es garantía de un grado insoportable de inseguridad».

<sup>27</sup> VELA SÁNCHEZ, A. J., «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Diario La Ley*, n.º 7608, Sección Doctrina, 11 de Abril 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY; p. 9.

el reconocimiento de la filiación determinada en el extranjero mediante la utilización de esta técnica reproductiva, cambiando la ley en lo necesario para que esto sea posible. En definitiva, entendemos que hay que dar prioridad al interés del menor en el caso concreto, y esto pasa por dar una solución a la pareja que vuelve a España con un niño nacido por subrogación en otro país. Álvarez González<sup>28</sup> hace una puntualización interesante a este respecto, diciendo que aunque la inscripción en el Registro Civil no sea constitutiva y pueda tener menos importancia de lo que a veces queremos pensar, sí que facilita la vida de la pareja comitente y del niño a la hora de tomar decisiones médicas o sobre la educación. En este sentido apunta igualmente que la negativa a la inscripción podría suponer una discriminación hacia el niño por el modo de concepción. Esto podría contrariar la interdicción de discriminación por razón de nacimiento que se deriva del artículo 14 CE.

#### IV. CONCLUSIÓN

En la línea de permitir el reconocimiento de las filiaciones establecidas en el extranjero, Díaz Romero pone de manifiesto que se considera como supremo el interés del menor, que implica el derecho del mismo a una «identidad única», es decir, a tener una filiación única válida en varios países<sup>29</sup>. Parece que esta es la línea que ha adoptado el TEDH y a nuestro juicio es la que sin duda protege más el interés superior del menor que a veces parece quedarse en el olvido. Como conclusión, consideramos que debería admitirse el reconocimiento de las filiaciones derivadas de contratos de subrogación celebrados en el extranjero en la ley, garantizando así el respeto de los derechos del menor. De esta forma se garantizaría el derecho de cada estado a regular internamente una materia tan sensible como la maternidad subrogada, sin embargo en el plano del DIPr se estaría dando una solución lo más respetuosa posible con el interés superior del menor.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GÓNZALEZ, S. «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución» en *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, coord. por Joaquim Joan Forner i Delaygua, Cristina González Beilfuss, Ramón Viñas Farré, 2013, pp. 77-90.

ATIENZA, M., «De nuevo sobre las madres de alquiler», *Revista El Notario del Siglo XXI*, n.º27, de 13 de octubre de 2009.

CERDÀ SUBIRACHS, J., «La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2012 de la

<sup>28</sup> ÁLVAREZ GÓNZALEZ, S., ob. cit., p. 81.

<sup>29</sup> DÍAZ ROMERO, M.<sup>a</sup> R., ob. cit., p. 6.

- DGRN», *Abogados de Familia*, n.º 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre de 2011, Editorial LA LEY, pp. 1-9.
- COMMISSION INTERNATIONALE DE L'ÉTAT CIVIL, «La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans les états membres de la CIEC». Note de synthèse rédigée par Frédérique GRANET. Étude mise en ligne en Février 2014.
- DÍAZ ROMERO, M.<sup>a</sup> R., «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», *Diario La Ley*, n.º 7527, Sección Doctrina, 14 Dic. 2010, Año XXXI, Ref. D-378, Editorial LA LEY, LA LEY 13778/2010
- DOMINGO, F., «Abandonado por ser un niño Down», *El Mundo*, 2 de agosto de 2014, <<http://www.elmundo.es/internacional/2014/08/02/53dd0a8f268e3e7e638b4573.html>>.
- ENGEL, M., «Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?», *Social Science Research Network*, octubre 2013, <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2348270](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2348270)>.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Cinquième section. Requête n.º65192/11, exposé des faits et questions-Sylvie MENNESSON et autres contre la France, introduite le 6 octobre 2011.
- FARNÓS AMORÓS, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009». *Indret, Revista para el análisis del derecho*, enero 2010.
- HEREDIA CERVANTES, I., «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro», *Revista El Notario del Siglo XXI*, Revista 54, publicado el 9 de abril de 2014.
- LAMM, E., «Gestación por sustitución. Realidad y derecho», *Indret, Revista para el análisis del derecho*, julio 2012, pp. 1-49.
- LEONSEGUI GUILLLOT, R. A., «La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm.7, 1994, pp. 317-338.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., «La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho internacional privado español», *Revista Aranzadi Doctrinal* num.9/2014, 2014, pp. 1-17.

- SALAS CARCELLER, A., «El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución», *Revista Aranzadi Doctrinal* num.10/2011 (parte Tribuna), 2011, pp. 1-3.
- SANDEL, M. J., *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, Capítulo 4: «Ayuda de pago. Mercado y moral», Debate, 2011, pp. 59-79.
- VELA SÁNCHEZ, A. J., «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Diario La Ley*, n.º 7608, Sección Doctrina, 11 de Abril 2011.