

Recibido: 7 junio 2020
Aceptado: 29 junio 2020

La gestación por sustitución en España y en el Reino Unido

María José CASTELLANOS RUIZ *

SUMARIO: I. Introducción. II. La gestación por sustitución en España. 1. Legislación. 2. Filiación: A) Maternidad legal; B) Paternidad legal. 3. Conflicto de leyes. 4. Reconocimiento de la filiación en resoluciones o certificados extranjeros. III. La gestación por sustitución en el Reino Unido. 1. Legislación. 2. Filiación: A) Maternidad legal; B) Paternidad legal; C) Padres comitentes: la tramitación de la orden parental o *parental order*. 3. Conflicto de leyes. 4. Reconocimiento de la paternidad legal en resoluciones extranjeras. IV. Conclusiones.

RESUMEN: Los contratos de gestación por sustitución están prohibidos en el ordenamiento español. Sin embargo, una vez que dichos contratos se han celebrado en otros Estados de forma válida con arreglo a sus Leyes, es posible el reconocimiento de dicha filiación en España, siempre que se cumplan determinadas condiciones. Atendiendo a la realidad social, una regulación que permita la gestación por sustitución en España, tendrá que ser realizada, más pronto que tarde. Por ello, se estudiará la regulación de los contratos de gestación por sustitución en el Reino Unido, puesto que en materia de filiación contempla fundamentos jurídicos similares a los de la legislación española, y sobre ellos podría articularse un modelo de gestación por sustitución altruista similar al del Reino Unido.

PALABRAS CLAVE: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN – MATERNIDAD LEGAL – PATERNIDAD LEGAL – CONFLICTO DE LEYES – RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS

Surrogacy in Spain and in the United Kingdom

ABSTRACT: Surrogacy arrangements are prohibited under Spanish law. However, once those contracts have been properly concluded in other States in accordance with their Laws, it is possible to recognize that filiation in Spain, provided that certain conditions are met. In view of social reality, a regulation allowing surrogacy in Spain, will have to be carried out, sooner than later. The regulation of surrogacy arrangements in the United Kingdom will therefore be examined, since concerning parenthood it considers legal bases similar to those of Spanish law, and an altruistic surrogacy model such as that of the United Kingdom could be articulated on them.

* Profesora Ayudante Doctora. Universidad Carlos III de Madrid.

KEYWORDS: *SURROGACY, LEGAL MATERNITY, LEGAL PATERNITY, CONFLICT OF LAW, RECOGNITION OF FOREIGN JUDGMENTS*

I. INTRODUCCIÓN

Los contratos de gestación por sustitución, también llamados contratos de maternidad subrogada, no se puedan realizar en España porque están prohibidos en nuestro ordenamiento (art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida)¹. Sin embargo, una vez que dichos contratos se han celebrado en el extranjero de forma válida con arreglo a dichas Leyes, se plantea el problema de la inscripción de la filiación de los menores en el Registro Civil español a favor de los padres comitentes y, por lo tanto, el reconocimiento de dicha filiación.

Mediante diversas Instrucciones de la DGRN (Dirección General de los Registros y del Notariado) se han ido solucionando en un gran número de casos, aunque no en todos, los problemas relativos al registro en España de la filiación de los menores nacidos como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución celebrado de forma válida en el extranjero².

Sin embargo, la realidad social imperante obliga a plantearse una nueva regulación sobre la materia. Así que, con este fin, parece apropiado realizar un análisis de la legislación sobre gestación por sustitución del Reino Unido. A pesar de que, a diferencia de España, allí se permite la gestación por sustitución; en materia de filiación contempla fundamentos jurídicos similares a los de la legislación española, y sobre ellos podría articularse un modelo de gestación por sustitución altruista. Aunque en Grecia, que es otro país de nuestro entorno, también se contempla este tipo de técnicas de reproducción asistida de forma no remunerada; sin embargo, precisamente por lo señalado anteriormente, la legislación del Reino Unido, ofrece, entre otras cuestiones, una mayor protección a la madre gestante que la legislación griega. Este es uno de los aspectos fundamentales que debería ser tenido en cuenta por parte del legislador español, de forma que el análisis de la regulación del Reino Unido sirva para poder atisbar la dirección hacia la que podría encaminarse nuestra futura legislación sobre gestación por sustitución.

¹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE 27.5.2006. En adelante, se denominará LTRHA.

² En la actualidad la DGRN ha pasado a denominarse Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Si bien se seguirán usando esas siglas, pues las Instrucciones y las Resoluciones que se van a mencionar en el presente trabajo fueron dictadas por la DGRN.

II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

1. Legislación

La legislación española sobre técnicas de reproducción asistida humana está recogida en la Ley 14/2006, que en adelante será denominada LTRHA. Aunque esta permite determinadas técnicas de reproducción asistida, en su art. 10 prohíbe expresamente los contratos de gestación por sustitución³. Aunque entró en vigor el 28 mayo 2006, la realidad social de los últimos años, es la que ha provocado que la norma haya quedado obsoleta. Se han vuelto a dar casos en que, con motivo de la crisis provocada por el coronavirus, ciudadanos españoles que habían celebrado contratos de gestación por sustitución en Ucrania, se han quedado atrapados en España, sin poder ir a recoger a sus hijos⁴. Estas situaciones y otras similares se evitarían si España contara con una nueva regulación sobre gestación por sustitución⁵.

2. Filiación

En cuanto a la determinación de la filiación, en Derecho español, rige el principio de *mater semper certa est*, así que la filiación se le atribuye a la mujer que da a luz, en el momento del parto⁶. Las disposiciones en materia de filiación se encuentran recogidas en el Capítulo I del Título V del Código Civil, arts. 108 ss⁷. El art. 108 señala que la filiación podrá ser por naturaleza o por adopción, y que podrá ser matrimonial, si los padres están casados entre sí – o no matrimonial, aunque ambas surten los mismos efectos⁸.

³ “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” (art. 10.1^º Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE 27.5.2006).

⁴ M.-R. Sahuquillo/ E.-G. Sevillano “Bebés en el limbo en Ucrania: la pandemia pone en cuarentena el negocio de los vientres de alquiler”, *El País*, 15 mayo 2020 [<https://elpais.com/sociedad/2020-05-15/bebes-varados-en-ucrania-la-pandemia-pone-en-cuarentena-el-negocio-de-los-vientres-de-alquiler.html>].

⁵ En este sentido, el 18 mayo 2017, fue presentado en el Congreso por parte de Ciudadanos un proyecto de Ley en el que se regula la gestación por sustitución de forma altruista [http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF]. Si bien, dicho grupo parlamentario ha realizado otra proposición de Ley, posteriormente, exactamente el 3 julio 2019, para incluir mejoras [<https://www.rtve.es/contenidos/documentos/ciudadanos-gestacion-subrogada.pdf>].

⁶ N. Igareda González, “La inmutabilidad del principio “*mater semper certa est*” y los debates actuales”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 21, enero 2015, p. 8.

⁷ RD 24 julio 1889 por el que se publica el Código Civil, *Gaceta de Madrid*, 25.7.1889.

⁸ S. Vilar González, *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, p. 86.

La filiación matrimonial o no matrimonial será otorgada a los padres si se cumplen, entre otros, los requisitos de inscripción del nacimiento señalados en los arts. 115-120 Cc, para cada uno de los dos tipos de filiación⁹.

A) Maternidad legal

Con respecto a la determinación de la filiación de un niño nacido mediante técnicas de reproducción asistida, el art. 7.1º LTRHA se remite a las normas civiles antes señaladas, pero teniendo en cuenta las especificaciones establecidas en los artículos siguientes de la LTRHA. De forma que se considera madre a la que da a luz, es decir a la madre gestante, con independencia de que se hubiera recurrido a la donación de ovocitos para conseguir quedarse embarazada¹⁰. También, existe la posibilidad de que, si la madre gestante estuviese casada con otra mujer, esta última podría ser considerada madre legal del menor, si presta su consentimiento para que se determine la filiación a su favor. Esta opción ha sido considerada como discriminatoria para las parejas formadas por dos hombres. Sin embargo, no se ha considerado dicho precepto discriminatorio, porque por cuestiones biológicas, sólo las mujeres pueden llevar a cabo la gestación. Se trata de situaciones distintas pues las parejas de dos mujeres no necesitan recurrir a otra mujer que lleve a cabo la gestación¹¹. Por esta razón se planteó la inconstitucionalidad del art. 10.2º LTRHA, que es el que establece que sólo la mujer que da a luz puede ser considerada la madre, sin embargo esta posibilidad ha sido descartada¹².

Aunque la gestación por sustitución está prohibida en España, si alguno de estos acuerdos se llevase a cabo, sería necesario determinar la filiación de los nacidos a partir de esta técnica. El conflicto principal que surge a la

⁹ La filiación matrimonial está recogida en los arts. 115-119 y la no matrimonial en el art. 120. Así, por ejemplo, la filiación matrimonial quedará determinada por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres, o bien por sentencia firme.

¹⁰ S. Vilar González, *op. cit.*, p. 86.

¹¹ R. Bercovitz Rodríguez-Cano, "Hijos made in California", *Aranzadi Civil Revista Doctrinal*, nº 3 (Tribuna), 2009, p. 2; E. Farnós Amorós, "Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos", *Revista de Derecho de Familia*, nº 49, mayo de 2011, p. 165; E. Lamm, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, p. 81; L. Álvarez de Toledo, "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional", *CDT*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, p. 10. También, en este sentido *Vid.* FD 4 SAP nº 826/2011 de 23 noviembre (AC\2011\1561); FD IV STS nº 835/2013, de 6 febrero 2014 (RJ\2014\833).

¹² Sobre este tema *Vid.* M. -J. Castellanos Ruiz, "Protección jurídica del menor en la maternidad subrogada", en M.-A. Cebrián Salvat y I. Lorente Martínez (coords.), *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2019, pp. 203 y 211.

hora de precisar la filiación en dichos supuestos es que pueden intervenir tres mujeres a las que se les puede atribuir el estatuto de madre: la mujer que solicita la gestación, la mujer gestante que da a luz al menor y la mujer que dona los óvulos. Pues bien, el art. 10.2º LTRHA establece que la filiación queda determinada por el parto, así que la madre legal será la madre gestante cumpliéndose el principio romano “*mater semper certa est*”¹³.

B) Paternidad legal

En cuanto a la paternidad legal, esta es algo más compleja de determinar, pues para empezar el art. 106 Cc señala contiene una presunción de paternidad a favor del esposo, aunque cabe la posibilidad de destruir dicha presunción, tal y como establece el art. 107 Cc.

Cuando se trate de un menor nacido bajo técnicas de reproducción asistida, la paternidad vendrá determinada, con carácter general, por la aportación del material genético, o bien, por la existencia de un consentimiento prestado a la aplicación de una técnica de reproducción asistida en la mujer¹⁴.

En los casos en que el niño haya nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, a pesar de estar prohibidos por el art. 10.1 LTRHA, para determinar la paternidad legal, se debe comprobar en primer lugar, si la mujer gestante está casada o no lo está¹⁵.

Si la mujer gestante estuviera casada, se pueden dar las siguientes posibilidades¹⁶:

- a) Si ambos gametos procediesen de la gestante y su esposo, la filiación quedará determinada como matrimonial, coincidiendo la paternidad legal y la biológica, por lo que los padres comitentes no podrían ejercitar ninguna acción legal para reclamar el cumplimiento del contrato de gestación por sustitución.
- b) Pero si los gametos femeninos procediesen de la gestante casada o de una donante de ovocitos, y los masculinos del padre intencional o comitente; y si el cónyuge de la gestante realizase un consentimiento

¹³ A. Aznar Domingo, “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, nº 9099, 14 diciembre 2017, pp. 4-5.

¹⁴ S. Vilar González, *op. cit.*, p. 86.

¹⁵ *Ibid.*, p. 88.

¹⁶ M.-P. Ferrer Vanrell, “Artículo 10. Gestación por sustitución. Comentario jurídico” en F. Lledó Yagüe y C. Ochoa Marieta (coords.), *Comentarios científico-jurídicos de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 163-165.

previo al tratamiento de fecundación; quedaría de nuevo determinada la filiación como matrimonial a favor de los esposos, sin que pueda ser impugnada por el padre comitente.

- c) Ahora bien, si el cónyuge de la gestante no hubiera dado su consentimiento a la fecundación, el hijo se inscribiría como no matrimonial, y el padre comitente podría efectuar una reclamación judicial de paternidad, siempre que fuera el padre biológico, en virtud del art. 10.3º LTRHA¹⁷.
- d) Pero si el cónyuge de la gestante no hubiera otorgado su consentimiento y los gametos procediesen de un donante anónimo, el padre comitente podría ostentar la paternidad legal, tan sólo si presta el consentimiento señalado en el art. 8.2º LTRHA, siempre y cuando él no estuviera casado y la gestante estuviera separada¹⁸. Sin embargo, queda a salvo la posible acción de reclamación judicial de paternidad¹⁹.

Ahora bien, si la mujer no estuviese casada, el padre intencional podría efectuar directamente la declaración ante el encargado del Registro Civil por la que reconociera la filiación de su hijo, al que podría adoptar su cónyuge en el caso de que la gestante renunciara a su maternidad²⁰.

En cuanto a la adopción posterior realizada por el segundo progenitor intencional con respecto al hijo del cónyuge, existe un debate sobre si debería estar permitida o no, aunque, en muchas ocasiones dicho fraude es indetectable²¹. Por un lado, se trataría de un fraude a la Ley; pero, por otro lado, son los padres comitentes los que quieren ejercer de padres, siempre que la madre gestante hubiera renunciado a la maternidad²². Además, la adopción es una de las propuestas señaladas por la STS 6 febrero 2014 en el conocido caso de los “niños de California”²³. En este asunto, fue denegada la

¹⁷ “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

¹⁸ “Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el ap. 8 del art. 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad”.

¹⁹ Es posible que en este caso se diera el caso de que hubiera una yuxtaposición de acciones, bien por una tercera persona o por el propio marido de la gestante, aunque no parece factible que prosperasen (S. Vilar González, *op. cit.*, p. 87).

²⁰ *Vid.* Art. 120 Cc, que regula la filiación no matrimonial.

²¹ S. Vilar González, *op. cit.*, p. 89.

²² Sobre este debate doctrinal *vid.* M.-J. Castellanos Ruiz, *loc. cit.*, pp. 225-230.

²³ El TS recuerda que el objeto del recurso no era adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los padres comitentes, sino el reconocimiento de la filiación establecida en el Registro de California. También señala que no ha quedado probado si

inscripción de la filiación a favor de los padres comitentes, una pareja de dos hombres, cuando tras llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución con una madre gestante en California, que era perfectamente válido en dicho Estado, solicitaron en España el reconocimiento de la filiación de sus dos hijos gemelos, recogida en un certificado de nacimiento emitido por el Registro de California²⁴.

3. Conflicto de leyes

Como los contratos de gestación por sustitución están prohibidos en España, cada vez es más frecuente que las parejas recurran al turismo procreativo internacional o *fertility tourism* o *Cross-Border Reproductive Care* para conseguir ser padres²⁵.

Ahora bien, para determinar la filiación *ex novo* de un niño nacido mediante técnicas de reproducción asistida, se debe acudir a la norma de conflicto española en materia de filiación, que es el art. 9.4º Cc (actualmente modificada por el art. 2 Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia)²⁶. La redacción del

alguno de los padres comitentes aportó sus gametos, puesto que aunque se menciona en las alegaciones, ni se concreta cuál de ellos los habría aportado, ni menos aún se prueba cual sería el padre biológico de cada uno de los menores (FD V.11 STS Civ nº 835/2013, de 6 febrero 2014 (R)\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247)).

²⁴ Sobre las distintas instancias por las que pasó este asunto, y el contenido de las resoluciones *Vid. M.-J. Castellanos Ruiz, loc. cit.*, pp. 191 –248.

²⁵ Dicho fenómeno se produce cuando ciudadanos que residen en un Estado se desplazan a otro para acceder a una determinada técnica de reproducción asistida, en algunos casos, porque dicho tratamiento está prohibido en su país de origen, como sucede en España; pero en otros, porque el Estado al que se viaja proporciona dicho tratamiento con mayor celeridad, garantías e incluso, menor coste, y/o no condiciona su acceso al cumplimiento de determinados requisitos del interesado/a o interesados (edad, estado civil y/u orientación sexual), como sucede en el Reino Unido (A. Hernández Rodríguez, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *CDT*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, pp. 148 –149; A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, “La gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *CDT*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, pp. 49 –50).

²⁶ Art. 2 Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE 29.7.2015. Eso sí, siempre y cuando hubiese un tribunal español competente, para conocer de la acción de filiación. Los órganos judiciales españoles podrán declararse competentes por uno de los siguientes foros, en virtud del art. 22 *quater* d) LOPJ (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE nº 157, 2 julio 1985): residencia habitual del hijo o menor en España al tiempo de la interposición de la demanda –foro utilizado de manera frecuente por la jurisprudencia española –; nacionalidad española del demandante; residencia habitual en España del demandante o residencia de éste en España desde seis meses antes de la presentación de la demanda; domicilio del demandado en España. Sobre competencia judicial internacional en materia de filiación *vid. J. Carrascosa González, “Filiación natural”, en A.-L. Calvo*

mismo nos señala como primer punto de conexión, la residencia habitual del hijo. Ahora bien, si el hijo careciese de residencia habitual o si la ley de la residencia habitual no permitiese el establecimiento de la filiación, pasaríamos al segundo punto de conexión, que es la ley de la nacionalidad del hijo. Pero, si de nuevo, la ley nacional del hijo no pudiese establecer la filiación o si el hijo no tuviese residencia habitual, ni nacionalidad, se pasaría al tercer y último punto de conexión, que es la ley española²⁷.

Pues bien, si se pone como ejemplo un supuesto similar al “caso de los niños de California”, en el que dos varones casados entre sí en España, ambos españoles, se trasladan a California. Allí una mujer es inseminada artificialmente con el material reproductivo de ambos varones, quedando embarazada y dando a luz a dos gemelos en California. Los menores regresan a España con sus padres, y se va a suponer –aunque este no sucedió en el caso real– que la mujer que dio a luz, es decir, la madre gestante, ejercita una acción de filiación ante tribunales españoles para que se declare su filiación respecto del nacido en California²⁸. Para comprender el funcionamiento de dicha norma de conflicto, se analizarán varias opciones:

i) Como ya se ha mencionado, el primer punto de conexión del art. 9.4º.I Cc nos llevaría a aplicar la ley de la residencia habitual del hijo para determinar la filiación²⁹. Así que, si se considera que los menores tienen su residencia habitual en España, la ley aplicable a la acción de filiación sería la ley española.

Ahora bien, si no pudiera determinarse la residencia habitual de los menores, el siguiente punto de conexión, el de la nacionalidad, sería de aplicación. Para determinar la nacionalidad de los menores, el art. 17.1º.a) CC establece que los nacidos de españoles son españoles. De forma que es suficiente con que quede acreditado el “*hecho físico de la generación*” para que se le otorgue la nacionalidad a los niños³⁰. La DGRN señala que para que

Caravaca y J. Carrascosa González (coords.), *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 2018, pp. 316–318.

²⁷ Sobre la ley aplicable a la filiación *Vid.* J. Carrascosa González, *op. cit.*, pp. 319–334.

²⁸ Efectivamente, dicha acción de filiación de la madre gestante no se produjo en el caso real, como se verá en el apartado de reconocimiento, pues la madre gestante tuvo que renunciar a la maternidad en algún momento, ya que firmó un contrato de gestación por sustitución con fines comerciales en California, perfectamente válido; con lo cual es bastante improbable que ejercitase una acción de filiación en España con respecto a los gemelos. Así que habrá que estar a lo que digan las leyes de California, en lo relativo al consentimiento de la madre para que se lleve a cabo la gestación por sustitución; y a si existe posibilidad, de que dicho consentimiento sea revocado.

²⁹ Si bien con la anterior redacción del 9.4º Cc, en vigor cuando se planteó el litigio, el primer punto de conexión era la nacionalidad del hijo y si ésta no pudiese determinarse, el segundo punto de conexión era la residencia habitual del hijo.

³⁰ FD VI Res. DGRN de 18 febrero 2009, *Bol. Mº Just.*, nº 2104 (fecha de edición: 15 de marzo de 2010, con las Resoluciones de 07/01/2009 a 20/02/2009).

quede acreditado tal extremo, basta con que consten “*indicios racionales de su generación física por progenitor español*”, ya sea por posesión de estado o inscripción en el Registro Civil³¹. Así que, como los menores están inscritos en el Registro californiano como hijos de padres españoles, eso sería un indicio racional de generación física por parte de progenitor español. Por lo tanto, los menores tendrían nacionalidad española, siendo la ley española, la ley aplicable a la filiación.

Así pues, la legislación sustantiva española en su art. 10.2º LTRHA, señala que la filiación viene determinada por el parto, por lo que los menores serían considerados hijos: por un lado, de la mujer californiana que da a luz; mientras que, por otro lado, de los padres comitentes, si consigue probarse, que tal y como declaran los padres comitentes, cada uno de los menores es hijo biológico de cada uno de ellos. Luego cada uno de los niños tendría un padre diferente, mientras que la madre gestante sería la madre legal de los niños. Ahora bien, si la mujer californiana está casada deberá destruirse la presunción de paternidad del cónyuge, recogida en el art. 116 Cc. Así que los padres biológicos deberán reclamar la paternidad atribuida al cónyuge por dicha presunción³².

ii) Siguiendo con el caso planteado, si se considerase que los menores tienen su residencia habitual en California, la ley aplicable a la filiación sería la ley californiana, en virtud del 9.4º.I Cc. Bajo las leyes de California, los menores son hijos de los padres comitentes, por lo que la filiación no quedaría determinada a favor de la mujer californiana. Sin embargo, atentaría contra el orden público internacional español una ley extranjera que permite los contratos de gestación por sustitución, puesto que el art. 10.1º LTRHA hace nulos dichos contratos. Así, los autores A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González señalan que la cláusula de orden público

³¹ Así se recoge en multitud de Resoluciones de la DGRN: 7 mayo 1965, 4 febrero 1966, 29 diciembre 1971, 19 diciembre 1973, 11 agosto 1975, 19 enero 1976, 11 abril 1978, RDGRN 7 mayo 1980, 5 marzo 1986, 28 octubre 1986 y Circular DGRN 6 junio 1981 (FD VI Res. DGRN 18 febrero 2009, *Bol. Mº just.*, nº 2104 (Fecha de edición: 15 de marzo de 2010, con las Resoluciones de 07/01/2009 a 20/02/2009)). *Vid.* A.-L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero 2009”, *CDT*, vol. 1, nº 2, octubre 2009, pp. 296-297.

³² Pues en virtud del art. 10.3º Ley 14/2006, el padre biológico puede reclamar la paternidad, conforme a las reglas generales, es decir acudiendo a los tribunales. *Vid.* A. Quiñones Escámez, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 febrero 2009”, *InDret Revista para el análisis del derecho. Universitat Pompeu Fabra*, nº 3, 2009, p. 5; A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *CDT*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, p. 259.

internacional español impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución, pues la estructura jurídica de la sociedad española resultaría dañada gravemente por la aplicación de la Ley californiana que permite dicha ejecución³³. En cuyo caso, se pasaría al siguiente punto de conexión, que es el de la nacionalidad, siendo de nuevo, de aplicación la ley española; y que en virtud del art. 10.2º LTRHA, establece que la filiación quedaría determinada a favor de la mujer californiana, como madre gestante, y de los padres comitentes, si son los padres biológicos de cada uno de los gemelos respectivamente.

En todas las opciones planteadas, en el supuesto hipotético de que la mujer californiana ejercitara una acción de filiación en España, el tribunal español acaba aplicando la Ley española a la filiación de los menores, de forma que considera como madre legal de los menores a la mujer californiana. Sin embargo, si dicha acción se ejercitara en California, lugar en el que se llevó a cabo el contrato de gestación por sustitución, los tribunales de dicho Estado, con toda seguridad, establecería como padres legales de los menores a los padres comitentes. Esto supondría una inseguridad jurídica para los padres comitentes, pero también dejaría a los menores, en condiciones de vulnerabilidad, pues dependiendo del tribunal que conozca del asunto, tendrían o no una madre legalmente reconocida. En cuyo caso, el principio del “interés superior del menor”, que será abordado más adelante, y que está reconocido en el art. 3 de la CDN (Convención sobre los derechos del niño), se está viendo vulnerado³⁴.

Sin embargo, existe otra posibilidad planteada por la doctrina, con motivo de la última modificación del art. 9.4º Cc, en relación con la orientación material del precepto; que apunta que si mediante la ley designada por el primer o segundo punto de conexión, no es posible la acreditación de la filiación, se pasa al siguiente punto de conexión. Pero no siempre la acreditación de la filiación de un hijo respecto de un padre concreto supone un beneficio para dicho hijo, incluso desde la perspectiva del Derecho español. Así pues, si el primer punto de conexión lleva a la aplicación de la ley española; para el juez no es posible acreditar la filiación del nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, porque el Derecho español señala que corresponde a la mujer que ha dado a luz y no a los sujetos que la han contratado. Se pasaría, por tanto, al segundo punto

³³ También lo señalan, la Audiencia Provincial de Valencia, la DGRN, así como el Tribunal Supremo en sus resoluciones en relación con el caso de los “niños de California”. *Vid.* A. Hernández Rodríguez, *loc. cit.*, p. 161; A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: Consideraciones...”, *loc. cit.*, p. 315; M.-J. Castellanos Ruiz, *loc. cit.*, pp. 251-252.

³⁴ Art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (BOE 31.12.1990), en vigor para España desde el 5 enero 1991.

de conexión, que, si vuelve a ser la ley española –por el criterio de la nacionalidad–, se tendría que aplicar la ley sustantiva española, como último punto de conexión; de forma que no es posible determinar la filiación. Pero si el segundo punto de conexión nos lleva a una ley extranjera, la ley californiana, como establece que la filiación corresponde a los padres comitentes, ésta atendería contra el orden público internacional español, –como se ha señalado arriba– y tampoco se aplicaría. Se pasaría pues, al tercer y último punto de conexión, que llevaría a la sustantiva española, así que, de nuevo, no es posible acreditar la filiación. La redacción del art. 9.4º.I Cc es excesivamente genérica y no concede poder al juez para decidir si el no establecimiento de la filiación derivado de la aplicación de una concreta Ley estatal es o no es beneficioso para el hijo. Pero además, en este caso, la orientación material no garantiza que siempre pueda acreditarse la filiación del hijo³⁵. Por lo tanto, si se atiende a esta interpretación del 9.4º.I Cc, no podría acreditarse la filiación de los menores, de manera que, en mi opinión, esta opción todavía es peor que la anterior, en la que al menos los padres comitentes, como padres biológicos, podrían ser considerados los padres legales³⁶.

4. Reconocimiento de la filiación en resoluciones o certificados extranjeros

Cuestión diferente es si el contrato de gestación por sustitución se ha realizado de forma válida en el extranjero. En ese caso, se ha de solucionar, no un problema de conflicto de leyes, sino de reconocimiento del documento extranjero en el que consta la filiación de los menores a favor de los padres comitentes. En este sentido, mediante el método del reconocimiento se puede inscribir la filiación de los menores en el Registro Civil español, independientemente de que la pareja que realice el contrato de gestación por sustitución esté formada por dos hombres, dos mujeres o un hombre y una mujer.

Ahora bien, en España, el procedimiento para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los padres comitentes, va a ser diferente en función de los documentos aportados para proceder al reconocimiento de los mismos. Se debe distinguir entre si el documento extranjero a reconocer

³⁵ Estos casos en los que las leyes no permiten el establecimiento de la filiación, llevan a la denominada “paradoja conflictual circular”, de forma que en ocasiones no es posible determinar la filiación (J. Carrascosa González, *op. cit.*, pp. 320 –322).

³⁶ El supuesto que se ha planteado, de que la madre gestante californiana, que realiza un contrato de gestación por sustitución, plantee una acción en España reclamando la filiación de los menores, es muy poco probable. Pero el objetivo de este planteamiento es poner el acento, ya no por el perjuicio para los padres comitentes, sino por el perjuicio para los menores, de que no exista un convenio internacional en la materia, de forma que se garanticen los derechos protegidos por la Convención de los derechos del niño.

es una sentencia judicial o es una certificación registral en la que se recoge la filiación de los menores:

i) La Instrucción DGRN 5 octubre 2010, plenamente vigente en la actualidad, exige que, para lograr la inscripción de la filiación de los menores a favor de los padres comitentes, no es suficiente con la aportación de la certificación registral extranjera en la que conste la filiación, sino que se exige la sentencia judicial extranjera³⁷. Dicha sentencia debe presentarse a *exequatur*, que se rige por los convenios internacionales vigentes para España o en su defecto, por los arts. 41-61 LCJIMC (Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil)³⁸.

Ahora bien, se exige el *exequatur* de la sentencia extranjera, siempre y cuando se trate de un procedimiento jurisdiccional contencioso.

Si la resolución extranjera ha sido dictada como consecuencia de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, no será necesario acudir a un procedimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral, sino que el Encargado del Registro Civil deberá proceder a controlar incidentalmente el reconocimiento de la resolución judicial, verificando si se cumplen los requisitos indicados en la Instrucción: (a) la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera; (b) que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; (c) que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; (d) que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante; (e) que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido³⁹.

³⁷ Instrucción DGRN 5 octubre 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE 7.10.2010.

³⁸ Arts. 41-61 Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE 31.7.2015. *Vid.* J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 343.

³⁹ La Instrucción ha sido criticada por parte de la doctrina, sobre todo civilistas, porque fomenta el turismo reproductivo. Sin embargo, la doctrina internacional privatista considera que la Instrucción DGRN 5 octubre 2010 ha conseguido regularizar, aunque no haya utilizado la mejor técnica jurídica, la situación de aquellas familias españolas, cuyos hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, se encontraban en un limbo jurídico. Pero también ha originado jurisprudencia contradictoria en el ámbito del procedimiento de *exequatur*. *Vid.* M.-J. Castellanos Ruiz, *loc. cit.*, pp. 207-211. Así que tras los pronunciamientos del TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), casos *Mennesson* y *Labassee*, la DGRN volvió a confirmar la eficacia de la Instrucción de la DGRN de 2010, mediante la Circular DGRN 11 julio 2014, con el fin de dar efectivo cumplimiento a la citada jurisprudencia del TEDH.

ii) Pero, ¿qué sucede si los padres comitentes al solicitar el reconocimiento de la filiación de los menores, no presentan una sentencia judicial en la que se determine la filiación a favor de los padres comitentes, sino que aportan la certificación registral extranjera en la que consta la filiación, como sucedió en el caso de los “niños de California”? Según la legislación californiana, *California Family Code*, la doble paternidad de los menores en favor de los padres intencionales, se establece mediante decisión judicial, que ordena la expedición de los certificados de nacimiento, en los que no aparece ni la madre genética, ni la que da a luz⁴⁰. Sin embargo, aunque existe una relación de causa –efecto entre ambos documentos, tal sentencia judicial no fue aportada al proceso.

Por su parte, la forma en que cuando llegó el caso de los “niños de California” al Tribunal Supremo, la forma en que éste ha procedido al reconocimiento del título extranjero, es la prevista en el art. 85 RRC (Reglamento del Registro Civil) en relación al último inciso del art. 81 RRC⁴¹. El control consiste en que la certificación del Registro extranjero sea regular y auténtica, “*de modo que el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española*”⁴². Pero también ha de extenderse a que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española, tal y como lo exige, el art. 23 LRC (Ley del Registro Civil), al que sirven de desarrollo los preceptos reglamentarios citados⁴³. Así que en principio, según el Tribunal Supremo, el control no debe limitarse a los aspectos formales, sino que tiene que extenderse a cuestiones de fondo⁴⁴. Sin embargo, la remisión a la “ley española” ha de entenderse efectuada al orden público internacional español⁴⁵. Como el art. 10.1º Ley 14/2006 considera nulos los contratos de maternidad subrogada, la inscripción de la filiación de los menores en favor de los padres comitentes no puede realizarse aportan la certificación registral extranjera, pues atentaría contra nuestro orden público internacional.

La denegación de la inscripción filiación, según el propio Tribunal Supremo, puede causar inconvenientes a los menores, pero no por ello

⁴⁰ A. Quiñones Escámez, *loc. cit.*, pp. 5–6.

⁴¹ Art. 81 Decreto de 14 noviembre 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE 11.1.2 1958.

⁴² FD III.2 STS nº 835/2013, de 6 febrero 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

⁴³ Ley de 8 junio 1957 sobre el Registro Civil, BOE 10.7.1957. En la actualidad existe una nueva Ley del Registro Civil.

⁴⁴ FD III.3 STS nº 835/2013, de 6 febrero 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247). En este sentido, se parece bastante a la solución adoptada por la DGRN en la Resolución de 18 febrero 2009 sobre este mismo asunto.

⁴⁵ FD III.4 STS nº 835/2013, de 6 febrero 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

quedarían desprotegidos, puesto que la protección ha de otorgarse partiendo de las previsiones de la legislación española. En primer lugar, el art. 10.3º Ley 14/2006, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que, si alguno de los padres comitentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. En segundo lugar, mediante el acogimiento y la adopción se permitiría la integración real de los menores en el núcleo familiar. Además, la denegación de reconocimiento de la certificación registral extranjera ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido, como es el derecho a un nombre y a adquirir una nacionalidad⁴⁶.

Sin embargo, el derecho de los menores a una “identidad única” que se traduce en el derecho a disponer de una filiación única válida en varios países, no está garantizada con el rechazo de la inscripción de los menores a favor de los padres comitentes, tal y como figura en la certificación registral californiana. Por lo tanto, no se está cumpliendo el principio de “interés superior del menor” contemplado en el art. 3 CDN. Dicho principio exige que los niños queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, pues así se asegura al niño “la protección y el cuidado que son necesarios para su bienestar” defendido por la DGRN en la Resolución de 18 febrero 2009, que en un primer momento les dio la razón a los padres comitentes, pero que posteriormente se dejaría sin efecto, en instancias superiores⁴⁷.

III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL REINO UNIDO

1. Legislación

El Derecho del Reino Unido establece que la gestación por sustitución –y la reproducción asistida en su concepción más amplia– ha de tener su propia estructura legal y normativa, que separa las leyes en materia de adopción de las leyes en relación a los niños⁴⁸. De forma que, la gestación por sustitución

⁴⁶ FD V.11 STS nº 835/2013, de 6 febrero 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

⁴⁷ STJUE 2 octubre 2003, *García Avello*, C –148/02 (ECLI:EU:C:2003:539); STJUE 14 octubre 2008, *Grunkin–Paul*, C –353/06 (ECLI:EU:C:2008/559). *Vid.* A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: Consideraciones...”, *loc. cit.*, pp. 312–314.

⁴⁸ En el Reino Unido, existen tres sistemas legales separados: el Derecho de Inglaterra y Gales, el Derecho de Escocia y el Derecho del Norte de Irlanda. Así pues, se realizará una visión general de la gestación por sustitución en el Reino Unido, poniendo especial atención en el Derecho de Inglaterra y Gales.

es legal en el Reino Unido, pero está sometida a unos estrictos requisitos legislativos, así como a supervisión estatal y judicial⁴⁹.

La regulación existente en el Reino Unido en la materia está recogida en: *Surrogacy Arrangements Act 1985 (1985 Act)*, *Adoption and Children Act 2002*, *Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003*, *Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (HFEA 2008)* y un número de instrumentos legales entre los que se encuentra *Human Fertilisation and Embryology (Parental Order) Regulations 2010*⁵⁰. Dicha normativa se apoya, en parte en el “Informe Warnock”, que señaló que no era conveniente que se llevasen a cabo acuerdos de gestación por sustitución, pero que, si se celebrasen, no deberían contener previsiones contractuales que obligasen a la madre gestante a entregar al niño⁵¹. De igual modo, dispuso sancionar la creación de establecimientos comerciales para la realización de este tipo de contratos. Por esta razón, en el 1985 Act se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de contratos de gestación por sustitución⁵².

Así, en el Reino Unido, la maternidad subrogada está permitida en los casos que estén justificados médicamente y solo en los que el acuerdo sea gratuito, para evitar que mediante la gestación por sustitución se produzca la explotación de la mujer y la mercantilización de los niños. Por lo tanto, sólo es legal la gestación por sustitución que se realice de forma altruista, estando permitidos únicamente los pagos a la madre gestante por los gastos necesarios en que se incurra por el embarazo y por las molestias que se le pudiese causar⁵³. Así pues, en el art. 1(4) del capítulo 49 del 1985 Act se establece que “para determinar si un acuerdo se realizó con el objetivo de formalizar una gestación subrogada, se debe analizar todas las circunstancias en su conjunto”, y en particular, si hay promesa de pago para la mujer gestante. En este mismo sentido, en el art. 2(2C) del capítulo 49 del 1985 Act se señala que “cualquier alusión en la legislación a un pago razonable como consecuencia de un acto corporal se trata de una referencia a un pago que

⁴⁹ M. Wells-Greco, *Status of children arising from inter-country surrogacy arrangements: The Past, The Present, The Future*, La Haya, Eleven International Publishing, 2016, p. 149.

⁵⁰ *Surrogacy Arrangements Act 1985* [<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>]; *Adoption and Children Act 2002* [<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/contents>]; *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* [<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>]. Vid. M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 149.

⁵¹ El “Informe Warnock” señala que, para el Derecho de Reino Unido, el contrato de maternidad subrogada, no puede ser reconocido como un acuerdo vinculante para las partes (M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 150). Vid. también, S. Vilar González, *op. cit.*, p. 212.

⁵² E. Lamm, *op. cit.*, p. 131.

⁵³ A. Quiñones Escámez, *loc. cit.*, p. 32.

no exceda de los costes físicos que puedan ser atribuidos razonablemente a la realización del acto de gestación por sustitución”.

Por lo tanto, en el Reino Unido la única gestación por sustitución que se permite es aquella que se realice de manera gratuita. Si bien, se admite – como en Grecia– el pago a la gestante de los gastos razonables que se deriven de la misma⁵⁴.

Por otro lado, la ley inglesa exige vínculos con el territorio del Reino Unido para que sus jueces dicten una *parental order*, es decir una orden paternal, que establezca la filiación, la cual será estudiada más adelante. Este requisito también se exige cuando la gestación por sustitución ha tenido lugar en el extranjero⁵⁵.

2. Filiación

En cuanto a la determinación de la filiación, la legislación del Reino Unido y la de España coinciden en el principio de *mater semper certa est*, así que la filiación es atribuida a la mujer que da a luz, en el momento del parto⁵⁶. Si bien, posteriormente serán los padres intencionales, los que deberán iniciar un procedimiento de solicitud de una orden parental o *parental order*⁵⁷.

A) Maternidad legal

La máxima de *mater est quam gestatio demonstrat* ha sido el estándar legal en el Reino Unido en cuanto a la determinación de la maternidad⁵⁸. El art. 33.1º del *HFEA 2008* proporciona una definición del término madre, en el que la mujer gestante será considerada la madre legal del niño en el momento del nacimiento; aunque no tenga ninguna vinculación genética con él; o con independencia de que la gestación por sustitución haya tenido lugar en el Reino Unido o en otro lugar⁵⁹. Además, el *HFEA 2008* deja claro que una mujer no adquiere –y en realidad, no puede adquirir– el estatus de madre legal por el simple hecho de haber donado un óvulo.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ S. Vilar González, *op. cit.*, p. 212.

⁵⁷ E. Lamm, *op. cit.*, pp. 132–133.

⁵⁸ A raíz del *HFEA 1990*, la presunción de maternidad que regía en las normas del *common law* se convirtió también en el estándar legal para el establecimiento de la maternidad, para aquellos casos en los que se habían utilizado técnicas de reproducción asistida (*Vid.* M. Wells-Greco, *op. cit.*, pp. 151–152). Mientras que tanto las leyes como la doctrina española hacen referencia a la determinación de la filiación, en las leyes y la doctrina inglesa se alude a la determinación de la maternidad.

⁵⁹ M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 152.

Si la madre comitente no consigue obtener tal estatus de madre legal del niño, por medio de la obtención de una orden parental, tendrá que recurrir a la vía de la adopción para conseguirlo⁶⁰.

B) Paternidad legal

Históricamente, el establecimiento de la paternidad bajo las normas del *common law* ha sido mucho más difícil que el de la maternidad. La ley establece determinadas presunciones. Como sucede en la legislación española, se presume por ley que el marido de una mujer casada es el padre legal del niño nacido durante el matrimonio⁶¹.

En esta misma línea, en relación con un niño concebido mediante una técnica de reproducción asistida, el marido será considerado el padre del niño, a menos que se demuestre que él no otorgó el consentimiento al tratamiento de su mujer⁶². No se le atribuiría automáticamente la paternidad al padre comitente, aunque éste sea el padre genético del niño⁶³.

Si es una pareja civil la que se somete a un proceso de inseminación artificial, se le atribuirá la paternidad a la pareja de la mujer gestante, salvo que, como en el caso anterior, ésta no hubiera dado su consentimiento a dicho tratamiento⁶⁴. Por lo tanto, es posible que una pareja de dos hombres o dos mujeres puedan ser considerados los padres legales de un niño nacido mediante gestación por sustitución. Para una pareja de hecho de mujeres que tienen que recurrir a otra mujer para llevar a cabo la gestación, el art. 33 *HFEA 2008* se aplica y será la gestante, la madre legal del niño. La pareja de hecho formada por dos mujeres tendrá que recurrir a una orden de adopción o a una orden parental, para convertirse en los padres legales. Ahora bien, el recurso a la orden parental no puede realizarse si ninguna de las mujeres que componen la pareja de hecho tienen una vinculación genética con el menor⁶⁵. Esto igualmente es de aplicación a las parejas formadas por dos hombres que recurren a la gestación por sustitución y no tienen ninguna vinculación genética con el niño⁶⁶.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ La única forma de que la presunción de paternidad pueda ser refutada es que exista una duda razonable de que el marido de la mujer no sea el padre del niño. La importancia de tales presunciones es menor como consecuencia del desarrollo de los test científicos que han hecho posible el establecimiento de la paternidad con certeza (M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 152).

⁶² Entraría en juego el principio de *pater est quem nuptiae demonstrant* (*ibid.*, p. 153).

⁶³ S. Vilar González, *op. cit.*, p. 213.

⁶⁴ Arts. 35 y 38 *HFEA 2008*.

⁶⁵ M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 153.

⁶⁶ Art. 54 *HFEA 2008*.

Si la mujer gestante no está casada –o si su marido o su pareja de hecho no han dado su consentimiento para dicho tratamiento– el padre comitente puede ser considerado el padre legal en el momento del nacimiento, siempre que este haya aportado su material genético. Pero si el padre comitente no tiene ninguna vinculación genética con el menor, aunque la madre comitente haya aportado sus óvulos, únicamente la mujer gestante será considerada como madre legal⁶⁷.

El padre comitente, que además sea el padre genético del niño podrá adquirir el estatus legal de padre en el momento del nacimiento. En otras circunstancias, deberá solicitar junto con la madre comitente una orden parental o proceder a la adopción.

Por lo tanto, es posible que un niño nacido mediante gestación por sustitución pueda tener en el momento del nacimiento: (a) sólo un padre legal, que no tenga ninguna vinculación genética con el menor; (b) dos padres legales que no tengan ninguna vinculación genética con el niño; (c) dos padres legales, donde ambos, la mujer y el hombre, o uno de los dos tengan una vinculación genética con el menor. En conclusión, son muy pocos los casos en los que, en el Reino Unido, los padres comitentes son considerados los padres legales en el momento del nacimiento del niño nacido por gestación por sustitución. En la mayoría de las situaciones, la paternidad será transmitida de la madre gestante, y en su caso, de su pareja, a los padres comitentes⁶⁸.

C) Padres comitentes: la tramitación de la orden parental o *parental order*

Como el contenido de los acuerdos de gestación por sustitución no son vinculantes para ninguna de las partes, no se podrá reclamar judicialmente el cumplimiento de las respectivas prestaciones a las que se hubiesen obligado las partes⁶⁹. De forma que no está garantizada, ni la entrega del niño por la madre gestante a los padres de intención, ni tampoco la obligación de que estos se hagan cargo del niño, si se hubiesen arrepentido de la realización de dicho contrato⁷⁰.

A diferencia del modelo de pre-aprobación habitual en muchos Estados de los Estados Unidos, Grecia, Israel y otros países, el enfoque del Reino Unido se caracteriza por una serie de garantías fundamentales que permiten

⁶⁷ M. Wells –Greco, *op. cit.*, p. 153.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 154.

⁶⁹ Art. 1A del capítulo 49 del *1985 Act*. Sobre el cumplimiento de los contratos de gestación por sustitución *Vid.* M. Wells –Greco, *op. cit.*, pp. 164 –166.

⁷⁰ S. Vilar González, *op. cit.*, p. 213.

a la gestante cambiar de opinión antes y durante algún tiempo después de dar a luz; exigen examinar el consentimiento de las partes; y una evaluación del interés superior del menor una vez que este ya ha nacido⁷¹. Este sistema de transferencia de la filiación ha venido generando problemas, cuando se trata del reconocimiento en el Reino Unido de un contrato de gestación por sustitución realizado de forma válida en el extranjero.

Por lo tanto, si se cumplen las condiciones exigidas por la ley, el juez inglés puede establecer la filiación del niño respecto de los padres comitentes mediante una *parental order* que transfiere la filiación inicialmente establecida con respecto a la madre gestante a los mismos. Se suceden así dos actas o certificados de nacimiento. En el primero, la madre gestante es la que consta como tal y tiene un plazo para retractarse. Si da su consentimiento se establece una nueva acta de nacimiento, esta vez, en favor de los padres comitentes⁷².

Así pues, los padres comitentes deben iniciar un procedimiento judicial de solicitud de una orden parental o *parental order* para ser considerados los padres legales del niño. Para el otorgamiento de dicha orden parental, el art. 54 *HFEA 2008* requiere el cumplimiento de una serie de requisitos⁷³:

i) Solicitud de ambos padres comitentes⁷⁴;

Al menos uno de los padres comitentes tiene que ser el padre genético del niño⁷⁵;

ii) Los solicitantes deben ser marido y mujer; constituir una unión civil; o ser una pareja de hecho que conviva como familia de modo duradero y no se encuentran en grados prohibidos de parentesco⁷⁶. Se permite por tanto el acceso a las órdenes parentales, no sólo a los matrimonios y a las parejas heterosexuales, sino también a las personas del mismo sexo inscritas en el Registro de Uniones Civiles⁷⁷.

iii) Ahora bien, las personas individuales no pueden acceder a las órdenes parentales. Así en el caso *Re Z (a child)*, se denegó la concesión de la orden

⁷¹ E. Lamm, *op. cit.*, p. 133.

⁷² A. Quiñones Escámez, *loc. cit.*, p. 32.

⁷³ E. Lamm, *op. cit.*, pp. 133 –134; M. Wells –Greco, *op. cit.*, p. 157.

⁷⁴ Art. 54(1)(a) del *HFEA 2008*. Una solicitud de orden parental debe realizarse mediante los siguientes formularios: *Form C51* en Inglaterra y Gales, *Form 22* en Escocia.

⁷⁵ Art. 54(1)(a) y (b) *HFEA 2008*.

⁷⁶ Art. 54(2) *HFEA 2008*.

⁷⁷ Así en el caso *Re A* (2015) EWHC 1756 (Fam) se concedió una orden parental a una pareja del mismo sexo británica, en relación con un niño nacido mediante gestación por sustitución en Sudáfrica (S. Vilar González, *op. cit.*, p. 213).

parental a favor de un padre comitente que solicitaba la filiación de unos niños gemelos nacidos en California⁷⁸.

Sin embargo, debido a las circunstancias excepcionales del caso *Re A v. P*, del año 2011, sí se concedió una orden parental a una mujer, que había iniciado con su marido un proceso de solicitud de una orden parental, a pesar de que este había fallecido⁷⁹. Como únicamente las parejas pueden solicitar órdenes parentales, el tribunal tuvo que examinar si la palabra “demandantes” (“*applicants*”) del *HFEA 2008* podía interpretarse en el sentido de que se exigiese que dos personas solicitasen la orden parental, pero no se requiriese que hubiese dos demandantes vivos en el momento en que se otorgase. El Parlamento no había previsto una situación en la que uno de los demandantes pudiese morir antes de que la orden pudiese ser conferida⁸⁰.

Pues bien, el hecho de no permitir a una sola persona solicitar la orden parental es incompatible con el derecho a la igualdad de los padres solteros, conforme al Acta sobre Derechos Humanos de 1998⁸¹. En este sentido, el Tribunal Supremo británico se ha pronunciado a favor de la realización de una modificación legal que permita a las personas individuales acceder a la gestación por sustitución, de manera que se está estudiando cambiar dicha limitación⁸².

iv) Una vez transcurridas seis semanas desde el nacimiento del niño, y antes de los seis meses posteriores al nacimiento⁸³. Por un lado, seis

⁷⁸ *In the matter of Z (A Child: Human Fertilisation and Embryology Act: parental order)* (2015) EWFC73.

⁷⁹ *Re A v. P (Surrogacy: Parental order: Death of Applicant)* (2011) EWHC 1738 (Fam). Se concedió la orden parental a la madre sobre la base del interés superior del menor, pues la evidencia demostraba claramente que las necesidades de bienestar del niño se cumplían mediante la concesión de la orden parental.

⁸⁰ Tal y como señala E. Lamm, tampoco la ley ofrece ninguna solución en situaciones en las que uno de los padres hubiera muerto antes, por ejemplo, durante el embarazo: o en los casos en los que los comitentes se hubiesen divorciado antes de la audiencia final. Así, en 2012, se presentó un caso en el que se había producido el divorcio de los padres comitentes, pero éste tuvo lugar después de que se confiriera la orden parental a favor del matrimonio. Sin embargo, el exmarido pretendía que se revocara la orden respecto de su exmujer, puesto que lo había abandonado poco después de haber obtenido la orden parental. El tribunal rechazó tal acción, ya que el niño había estado bajo el cuidado de los padres desde el nacimiento hasta su separación, a partir de la cual la mujer había asumido la custodia. En este caso, también prevaleció el bienestar del menor, pues la decisión de revocar la orden parental habría significado que la única madre que el niño conocía se convirtiera en un extraño legal. *G v G* (2012) EWHC1979 (Fam). Vid. E. Lamm, *op. cit.*, pp. 137-138.

⁸¹ S. Vilar González, *op. cit.*, p. 214.

⁸² *In the matter of Z (A Child)* (No. 2) (2016) EWHC 1191 (Fam). Vid. M. Wells -Greco, *op. cit.*, p. 158; S. Vilar González, *op. cit.*, p. 214.

⁸³ Art. 54(3) *HFEA 2008*.

semanas es el período de reflexión que se concede a la gestante; mientras que por otro lado, la solicitud de la orden parental debe realizarse dentro de los seis meses siguientes al alumbramiento, pues dicho plazo tiene el carácter de preclusivo⁸⁴. Ya en el asunto *JP v. LP & Others* se estableció que se debía fijar un plazo rápido para la regularización de la condición legal de los padres comitentes en relación con los niños nacidos bajo técnicas de gestación por sustitución⁸⁵.

Sin embargo, existen situaciones en las que no se puede cumplir el plazo de seis meses para la solicitud de la orden parental, como, por ejemplo, cuando el niño nace en el extranjero en virtud de un contrato de gestación por sustitución. En estos casos, pueden surgir problemas de inmigración que impiden y retrasan que el niño esté conviviendo con los solicitantes o que los padres comitentes desconozcan la necesidad de solicitar una orden parental, ni las condiciones señaladas en el art. 54 para la concesión de la orden parental⁸⁶. En el caso *JP v. LP & Others* se debía regularizar el estatuto de las partes tras la elaboración de un acuerdo informal de gestación por sustitución, en el que no había intervenido una clínica de fertilidad. A los tres meses del nacimiento del niño, la relación entre el padre genético y su esposa se rompió. Así que la madre comitente inició un procedimiento para garantizar la residencia compartida, y las partes solicitaron la orden parental, pero el niño tenía entonces siete meses y medio, por lo que no se cumplía el plazo de seis meses dentro de los cuales se tenía que solicitar la orden parental. Sin embargo, el tribunal constató que en, este caso, no sólo no podían solicitar la orden parental, sino que ni la adopción, ni una tutela especial eran la solución para esta familia⁸⁷. En estas circunstancias excepcionales, tras proponer a los padres comitentes que tendrían que dejar a un lado sus diferencias, el niño quedaría bajo la guarda del tribunal; se

⁸⁴ Así en el caso *Re X (A Child) (Surrogacy: Time Limit)* (2014) EWHC 3135 (Fam), el Tribunal consideró que la orden parental debe solicitarse dentro del plazo de seis meses, no pudiendo tener la facultad de prorrogar dicho plazo (M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 162; S. Vilar González, *op. cit.*, p. 213).

⁸⁵ *JP v. LP & Others* (2014) EWHC 595 (Fam) at para. 30.

⁸⁶ *Vid.* M. Wells-Greco, *op. cit.*, pp. 162–163.

⁸⁷ Esto era así, porque la madre gestante constaba como la madre legal, el padre comitente era el padre genético y “social”, y la madre comitente, en ausencia de intervención legal, no era más que el padre “psicológico”. La adopción no era posible, puesto que los padres ya no estaban juntos, así que, si sólo adoptaba la madre, se extinguiría la responsabilidad parental del padre, y si únicamente adoptaba el padre, se extinguiría la responsabilidad parental de la madre. La concesión de la tutela especial a la madre no sólo excluiría del ejercicio de su responsabilidad parental a la madre gestante, sino que estaría excluyendo de esa posibilidad al padre que la está ejerciendo de manera efectiva. Mientras que una orden que establezca la residencia de niño, otorgaría la responsabilidad parental a la madre comitente, pero también le concedería la responsabilidad parental y la paternidad legal a la madre gestante, con lo que se dejaría a la madre comitente y al niño en condiciones de vulnerabilidad (M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 163).

concedería una orden de residencia compartida y todos los aspectos de la responsabilidad parental estarían delegados en los padres comitentes; mientras que la madre gestante tendría prohibido el ejercicio de la responsabilidad parental⁸⁸.

Cuando una orden parental no puede ser concedida porque no se cumplen las condiciones del art. 54, los tribunales ingleses sólo pueden establecer la paternidad legal a través de un procedimiento de adopción o de tutela. Pero también generan problemas y no siempre son la solución en los casos de gestación por sustitución. Así, en el caso *Re MW*, una pareja firmó un acuerdo de gestación por sustitución antes de la implementación del *HFEA 1990*⁸⁹. La madre gestante se quedó embarazada utilizando el esperma del padre intencional y recibió un pago de 7.500 libras en compensación por los gastos. Como la madre gestante abandonó al niño tras el nacimiento, los padres intencionales solicitaron la adopción. Sin embargo, la madre gestante se oponía a la adopción porque quería seguir manteniendo contacto con el niño. En cualquier caso, la adopción no podía llevarse a cabo, pues entre otras razones, los pagos realizados a la madre gestante incumplían la ley de adopción vigente en ese momento⁹⁰. Pues bien, como el problema al fin y al cabo, era que la madre no otorgaba su consentimiento, el tribunal estaba dispuesto a anular el consentimiento de la madre gestante⁹¹.

v) En el momento de solicitar la orden parental y su concesión, el niño debe tener su hogar en el domicilio de los padres comitentes⁹².

vi) Cuando se solicita la orden parental, al menos uno de los dos solicitantes, si no son los dos, deben estar domiciliados en el Reino Unido, en las Islas del Canal o en la Isla de Man⁹³.

El concepto de domicilio del Reino Unido es muy diferente del concepto de domicilio que se entiende en otros países, que generalmente se basa en la residencia habitual. De forma que una persona está generalmente domiciliada en el país en el que se considera que tiene su hogar de forma permanente⁹⁴. Así en el caso *Re G*, se trataba de una pareja turca que llegó a

⁸⁸ M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 163.

⁸⁹ *Re MW* (1995) 2 FLR 759.

⁹⁰ *Adoption Act 1976*.

⁹¹ *Vid.* M. Wells-Greco, *op. cit.*, pp. 163-164.

⁹² Art. 54(4)(a) *HFEA 2008*.

⁹³ Art. 54(4)(b) *HFEA 2008*.

⁹⁴ M. Wells-Greco señala que una persona no es está domiciliada en un país, sino en una jurisdicción. Por lo tanto, en un sistema federal, un individuo está domiciliado en un Estado, que en este caso concreto, puede ser en Inglaterra, en Gales o en Escocia. Sin embargo, el concepto de domicilio del Reino Unido no está relacionado con la nacionalidad, la residencia o la ciudadanía.

Inglaterra con un bebé concebido por medio de un acuerdo de gestación subrogada en la India⁹⁵. Pues bien, tuvieron que pasar nueve meses de litigio para encontrar una solución alternativa a la orden parental, y que no fue otra que la de recurrir a la ley de adopción internacional⁹⁶. No se les concedió la orden parental a los padres comitentes, porque no se había conseguido probar que alguno de ellos estaba domiciliado en el Reino Unido.

Por el contrario, en el caso *Z and another v. C and another*, sí que se consideró que los solicitantes de la orden parental tenían su domicilio en el Reino Unido⁹⁷. Se trataba de dos niños gemelos nacidos en noviembre del 2010, por un contrato de gestación por sustitución llevado a cabo entre una pareja del mismo sexo israelí residente en Londres y una clínica en la India, concertado a través de una agencia de maternidad subrogada israelí. Uno de los solicitantes era el padre genético de los gemelos. El tribunal inglés tuvo que resolver la cuestión preliminar de si uno de los padres comitentes estaba domiciliado en el Reino Unido. Tras examinar las pruebas, el tribunal quedó convencido de que la afirmación del domicilio era real y no pretendían obtener ningún beneficio de inmigración⁹⁸.

Sin embargo, qué ocurre cuando se trata de personas con domicilio en el Reino Unido pero que residen fuera de una de las jurisdicciones del Reino Unido. En el caso *CCC v. DD*, donde uno de los padres tenía nacionalidad francesa y el otro tenía nacionalidad británica, el tribunal puso de manifiesto que los padres comitentes no necesitaban vivir en ninguna parte del Reino Unido para solicitar una orden parental⁹⁹. Los padres intencionales, que

Cuando se dice que una persona está domiciliada en el Reino Unido es que tiene un domicilio en cualquier parte del Reino Unido (M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 159).

⁹⁵ *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)* (2007) EWHC 2814 (Fam).

⁹⁶ *Adoption and Children Act 2002*. En este sentido el tribunal inglés señaló que las parejas extranjeras no domiciliadas en el Reino Unido que recurrieran a la gestación por sustitución en otro Estado, tendrían que pagar además de sus propios costes legales, los costes en que incurra el Estado para resolver su situación en relación con los niños (*Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)* (2007) EWHC 2814 (Fam), note 18, para. 52(f)).

⁹⁷ *Z and another v. C and another* (2011) EWHC 3181 (Fam).

⁹⁸ Otra sentencia, la del caso *Re A and B (Surrogacy: Domicile)* (2013) EWHC 426 (Fam), fue publicada como orientación de los principios que serían de aplicación para determinar el domicilio de aquellos padres que son residentes en el Reino Unido, pero que no proceden originariamente del país anglosajón. En este caso, el Tribunal Superior otorgó la paternidad legal a una pareja de dos hombres que tuvo un hijo por gestación subrogada en la India. Uno de los padres tenía la nacionalidad estadounidense, mientras que el otro tenía la nacionalidad polaca, y se habían mudado recientemente al Reino Unido, por lo que la Corte tuvo que determinar si cumplían con los criterios para estar domiciliados en el Reino Unido. El tribunal quedó convencido de que los demandantes habían cumplido con la carga que les habían impuesto de probar el abandono de su domicilio de origen y de la adquisición de un domicilio de elección en Inglaterra y Gales. *Vid.* M. Wells-Greco, *op. cit.*, pp. 159-160.

⁹⁹ *CC v. DD* (2014) EWHC 1307 (Fam).

habían llevado a cabo un contrato de gestación por sustitución en el Estado de Minnesota solicitaron una orden parental en el Reino Unido¹⁰⁰. Como los padres vivían en Francia, sólo podían obtener una orden parental si la madre conservaba su domicilio inglés. El tribunal consideró que, debido a que la madre británica tenía una clara intención de regresar al Reino Unido para vivir allí, pues estaba vinculada a Francia únicamente por su marido; no había adquirido un domicilio en Francia, que hubiera desplazado su domicilio de origen en el Reino Unido. Se desconoce, sin embargo, hasta qué punto se reconoce la orden parental británica en Francia¹⁰¹.

vii) Los solicitantes de la orden parental deben tener 18 años en el momento de su solicitud¹⁰².

viii) Ambos solicitantes tienen que convencer al tribunal de que la madre gestante y cualquier persona que sea el padre del niño –distinta de los solicitantes–, actúan libremente y que entienden perfectamente que están involucrados en la solicitud de una orden parental. Dicho consentimiento sólo puede ser realizado a partir del momento en el que el niño ha alcanzado las seis semanas de vida¹⁰³.

En el caso *X & Y (Foreign Surrogacy)*, una pareja llevó a cabo un contrato de gestación por sustitución con una mujer ucraniana que dio a luz a dos gemelos usando los óvulos de una donante anónima y el material genético del padre comitente¹⁰⁴. En el mismo, el juez tuvo que determinar si había consentimiento por parte de la madre gestante y de su marido. En definitiva, este requisito para la concesión de la orden parental pretende reconocer, en particular, la importancia del matrimonio en los contratos de maternidad subrogada; por lo que el consentimiento del marido de la mujer gestante debe haber sido realizado incondicionalmente, para la concesión de la orden parental¹⁰⁵.

En otro caso, *Re D & L (surrogacy)*, el tribunal inglés otorgó una orden parental sin el consentimiento de la madre gestante, porque, a pesar de los

¹⁰⁰ En la sentencia se señala que una orden parental proporciona al niño “un certificado de nacimiento británico que confirma su paternidad, que refleja mejor su identidad como hijo nacido de técnicas de reproducción asistida, más que si fuera considerado un niño adoptado”. Por lo que la orden parental cumple mejor con el bienestar de los niños a lo largo de toda su vida, desde su nacimiento hasta su muerte.

¹⁰¹ M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 160.

¹⁰² Art. 54(5) *HFEA 2008*.

¹⁰³ Art. 54(6) *HFEA 2008*. El consentimiento (o la oposición) a la orden parental debe realizarse mediante los siguientes formularios: *Form C52* en Inglaterra y Gales, *Form 23* en Escocia.

¹⁰⁴ *X & Y (Foreign Surrogacy)* (2008) EWHC 3030 (Fam).

¹⁰⁵ M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 161.

numerosos esfuerzos realizados, no habían podido encontrar a la madre gestante¹⁰⁶. Se decidió dispensar la necesidad de obtener el consentimiento de la madre gestante, sobre la base del bienestar del menor¹⁰⁷. Por lo tanto, se puede comprobar cómo por el bienestar del niño, los tribunales relajan algunas condiciones para conceder la orden parental a los padres comitentes, siempre dentro de ciertos límites que ellos han ido fijando a través de la jurisprudencia existente.

ix) Ningún dinero u otro beneficio (salvo los previstos para los gastos en los que se ha incurrido de manera razonable) debe haber sido dado o recibido por cualquiera de los solicitantes, teniendo en consideración: (a) la realización de la orden parental, (b) cualquier pacto realizado, (c) la entrega del niño o (d) la realización de cualquier acuerdo para la realización de la orden, a menos que sea autorizado por el tribunal¹⁰⁸.

La gestación por sustitución con fines comerciales está prohibida en el Reino Unido, de forma que quien realice un contrato de maternidad subrogada entre una madre gestante y los padres comitentes sobre una base comercial, puede ser imputado por un delito penal¹⁰⁹. Pero no existe una prohibición en cuanto a la realización de pagos en virtud de los servicios prestados por la madre gestante. El Comité del “Informe Warnock” consideró que la introducción de la gestación por sustitución con fines comerciales supondría un serio riesgo para la explotación de las mujeres y de los niños¹¹⁰.

La cuestión de los pagos es uno de los criterios clave que deben tener en cuenta los tribunales en los casos de maternidad subrogada. Este requisito establece que la madre gestante no puede recibir ningún beneficio o dinero, u otros pagos que no sean aquellos derivados de los gastos razonables en que haya incurrido. Sin embargo, los padres comitentes sí que están autorizados a pagar a la madre gestante los gastos razonables, así como, los tribunales pueden autorizar pagos adicionales y beneficios en ciertos casos¹¹¹. Pero no existe ninguna guía que indique qué conceptos deben estar incluidos en “gastos razonables”. Por lo que, el enfoque de los tribunales, en

¹⁰⁶ *Re D & L (surrogacy)* (2012) EWHC 2631 (Fam).

¹⁰⁷ El juez estableció que sólo cuando se han dado todos los pasos razonables para localizar a la madre gestante sin éxito, el tribunal puede dispensar el requisito de la obtención de un consentimiento válido (M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 161).

¹⁰⁸ M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 157.

¹⁰⁹ *Surrogacy Arrangements Act 1985*.

¹¹⁰ *Warnock Report*, “Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology” (1984) [<https://embryo.asu.edu/pages/report-committee-inquiry-human-fertilisation-and-embryology-1984-mary-warnock-and-committee>].

¹¹¹ M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 167.

principio, es que cualquier pago que sea descrito como compensación –u otros términos similares– se encontraría fuera del concepto de “gastos razonables”; mientras que los gastos en que incurra la madre gestante y su familia, tales como la ropa, los gastos de viaje o las ganancias dejadas de percibir como consecuencia del contrato de gestación por sustitución, sí estarían dentro de dicho concepto de “gastos razonables”. Pero al no existir una guía, a diferencia de lo que sucede en EE UU y la India, que indique las cantidades que pueden ganarse o que cuantifique los gastos; en el Reino Unido, debe ser analizado caso por caso, atendiendo a sus circunstancias particulares. Si bien, en opinión de algunos autores, existe la percepción de que las cantidades pagadas en la actualidad como “gastos” implican en realidad un pago por los servicios¹¹².

En el caso *Re X and Y (Children)*, una pareja llevó a cabo un contrato de gestación por sustitución con dos madres gestantes en la India, que habían sido contactadas mediante una clínica de fertilidad en Nueva Delhi (India)¹¹³. Esta les aconsejó recurrir a dos madres gestantes para incrementar las probabilidades de éxito. Así pues, los padres comitentes no recibieron ningún tipo de asesoramiento jurídico en el Reino Unido antes de viajar a la India¹¹⁴. El padre comitante era el padre genético de los dos menores –un niño y una niña –, mientras que los óvulos fueron aportados por una donante anónima. En el contrato de gestación por sustitución, del que la clínica no era parte del mismo, ni se hacía responsable, se acordó que los padres comitentes pagarían a las madres gestantes un total de 2.000.000 de rupias (27.000 euros), en concepto de gastos e indemnizaciones. Concretamente se detallaba que 1.400.000 rupias eran para cubrir los gastos derivados de la atención médica, mientras que 670.000 rupias correspondían a gastos no médicos, tales como honorarios legales y compensación para las madres gestantes, coordinador y donante, si fueran necesarios. Después del nacimiento de los niños, las madres gestantes firmaron el consentimiento, recibieron los pagos y autorizaron la salida de los niños de la India. Los padres comitentes solicitaron entonces la orden parental en el Reino Unido. Los padres comitentes aceptaron que los pagos realizados estaban fuera de lo que podría ser razonable, pero solicitaron la autorización de tales gastos por parte del tribunal, porque ellos habían actuado de buena fe, no pretendían defraudar y los pagos no eran tan desproporcionados como para que la concesión de la orden parental atentara contra el orden público. En cuanto a los niños, los padres argumentaron que los pagos debían ser autorizados de manera retroactiva

¹¹² Vid. M. Wells-Greco, *op. cit.*, pp. 167–170.

¹¹³ *Re X and Y (Children)* (2011) EWHC 3147.

¹¹⁴ M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 169.

por parte del tribunal y que se deberían conceder las órdenes parentales por el bienestar de los niños¹¹⁵.

A pesar de lo señalado por la jurisprudencia, que establece que: “*any payment described as “compensation” (or some similar word) as prima facie being a payment that goes beyond reasonable expense*”, se puede observar la opacidad en cuanto a lo que debe y no debe considerarse como “gasto razonable”¹¹⁶. En este sentido, los tribunales están más preocupados por asegurar el futuro de los niños, que por mantener normas fijas de gasto¹¹⁷.

De nuevo es el bienestar del niño, lo que lleva a los tribunales a flexibilizar este requisito para la concesión de la orden parental. En un caso más reciente, *J v. G*, se tuvieron en cuenta argumentos similares a los anteriormente señalados para conceder la orden parental, aunque los pagos eran bastante elevados¹¹⁸. El total de pagos realizados a la madre gestante ascendía a \$56.750 más gastos, que era la cantidad más alta considerada por el Tribunal Superior. Pues bien la consideración primordial del Tribunal fue la de asegurar el bienestar a lo largo de la vida de los gemelos, de forma que se le concedió a los padres comitentes las órdenes parentales¹¹⁹.

Hasta la fecha, no existe ninguna sentencia en la que se haya denegado la solicitud de una orden parental, bajo el argumento de que los padres comitentes han pagado una inaceptable suma de dinero, a la madre gestante, o a cualquier otro intermediario¹²⁰.

Por lo que, si se quieren controlar los contratos de gestación por sustitución con fines comerciales, se deben establecer controles regulatorios que sean realizados antes de que se inicie el proceso judicial. Este enfoque es mucho mejor que descubrir que se ha incumplido la ley después de que el niño ha nacido, momento en el que el principio fundamental a tener en cuenta es el del bienestar del menor¹²¹.

Así pues, siempre que se cumpla cada una de las condiciones del art. 54, un tribunal del Reino Unido está habilitado para ordenar que los padres comitentes sean considerados los padres legales. Si alguna de las condiciones enumeradas anteriormente no puede cumplirse, entonces, no será posible obtener una orden parental; aunque se ha señalado algún caso

¹¹⁵ M. Wells-Greco, *op. cit.*, pp. 169 –170.

¹¹⁶ *Re X and Y (Children)* (2011) EWHC 3147, note 25, para. 7.

¹¹⁷ M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 170.

¹¹⁸ *J v. G* (2013) EWHC 1432 (Fam).

¹¹⁹ M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 172.

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 173.

¹²¹ *Ibíd.*, p. 173.

excepcional, en que se ha otorgado la orden parental, a pesar de no cumplirse alguno de estos requisitos.

Es posible pues que no se otorgue la orden parental a los padres comitentes, o bien porque no tengan ningún vínculo genético con el niño, o bien porque el padre comitente esté soltero. En cuyo caso, deberán solicitar al tribunal la adopción, la tutela especial o algún tipo de acuerdo en relación a los niños¹²².

Nacionalidad. Según las leyes del Reino Unido, las personas nacidas fuera del Reino Unido, serán ciudadanos británicos si en el momento del nacimiento, su padre o su madre son nacionales británicos por un motivo distinto al de ser descendiente¹²³.

En cuanto a la atribución de la nacionalidad a los niños nacidos bajo contratos de gestación por sustitución, al igual que sucede con los niños adoptados, esta se les otorga en la fecha de la concesión de la orden parental solicitada en el Reino Unido, y siempre que uno de los padres comitentes – puede ser incluso la madre comitente que no tiene ninguna vinculación genética con el menor– sea nacional británico¹²⁴.

Ahora bien, existen más dificultades para la concesión de la nacionalidad británica a los niños, en el caso de que se trate de un contrato de gestación por sustitución transfronterizo¹²⁵. En el caso de que se trate de un niño nacido de una madre gestante extranjera y que, además, esté casada, el niño no adquirirá automáticamente la nacionalidad británica. En este caso, los padres deberán solicitar primero, el registro de un menor de 18 años como ciudadano británico, antes de solicitar su pasaporte¹²⁶. Pero si la madre gestante está soltera, viuda o divorciada, no se exige ninguna solicitud de registro del niño; y la solicitud para la obtención del pasaporte británico del

¹²² *Ibíd.*, p. 158.

¹²³ Art. 2 *British Nationality Act 1981*. Ejemplos de ciudadanos británicos que han adquirido la nacionalidad británica por motivos diferentes a la descendencia son los que nacieron en el Reino Unido, o en un territorio calificado dentro del Reino Unido, o que se han convertido en ciudadanos británicos naturalizados. Sin embargo, también es posible convertirse en ciudadano británico “de otra manera distinta que por descendencia”, a través del registro. Estos ciudadanos británicos tienen una capacidad mucho mayor para transmitir la ciudadanía a sus propios hijos que los ciudadanos británicos que han adquirido la nacionalidad por descendencia (M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 175).

¹²⁴ Puede darse la situación de que el niño ya sea nacional británico, porque el padre comitente es el padre genético del menor y la madre gestante no esté casada, de forma que la nacionalidad británica cristaliza en el momento del nacimiento (M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 175).

¹²⁵ En relación con la situación jurídica de los padres, las leyes del Reino Unido señalan que la legislación nacional es aplicable a las partes interesadas, por lo que los certificados de nacimiento extranjeros y/o las órdenes judiciales no son vinculantes para las autoridades nacionales (M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 174).

¹²⁶ Art. 1 *British Nationality Act 1981*.

niño puede ser presentada, siempre que el padre comitente sea británico, tenga un vínculo genético con el niño, y sea capaz de transmitir su nacionalidad –v.gr., si es nacional británico de otra manera diferente que por descendencia–¹²⁷.

3. *Conflicto de leyes*

Como se ha señalado antes, los tribunales ingleses aplicarán la *lex fori* (ley inglesa) para determinar la paternidad legal, con independencia de dónde se concibió o nació el niño. Por lo tanto, si un niño ha sido concebido en el extranjero utilizando el esperma de un donante extranjero, el marido o pareja de la madre gestante será considerado el segundo padre legal, en virtud del art. 35 del *HFEA 2008*¹²⁸. Sin embargo, si el cónyuge o la pareja civil no otorga su consentimiento para el uso del esperma del donante en tales circunstancias, él o ella no será considerado el padre legal en virtud del art. 35 del *HFEA 2008*. Se debe señalar que en los arts. 6.3º y 8.2º LTRHA española se contempla una disposición similar. Sin embargo, bajo el Derecho inglés, en caso de que no hubiera consentimiento por parte de la pareja de la madre gestante, el donante de esperma extranjero puede ser considerado el segundo padre legal¹²⁹; pero esto no está contemplado por las normas españolas sobre técnicas de reproducción humana asistida, y aunque en el Derecho español sí que se contempla el derecho del menor a conocer sus origen biológico¹³⁰.

Si bien, lo señalado anteriormente, es de aplicación cuando una pareja recurre a técnicas de reproducción asistida para ser padres, pero no a un contrato de gestación por sustitución. En este sentido, en el *HFEA* no existe ninguna disposición como la recogida en el art. 9.4º Cc español, en la que para determinar la filiación se tenga que proceder a la aplicación una ley extranjera, en supuestos internacionales. Por lo tanto, los padres que pretenden ir al extranjero para someterse a tratamientos reproductivos artificiales, deben poner especial atención en la constitución de un vínculo paterno-filial, para que éste sea reconocido por el Derecho inglés¹³¹. Por lo

¹²⁷ M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 174.

¹²⁸ Las leyes del Reino Unido establecen un número máximo de veces que una persona puede ser donante, de forma que como mucho se puede donar a diez familias (M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 154).

¹²⁹ En el caso *U v. W (Attorney General intervening)* (1997) 2 FLR 282, se trataba de una pareja que no estaba casada y que decidieron recurrir a técnicas de reproducción asistida, a través de un donante de esperma en Italia. Pues bien, el tribunal señaló que el donante anónimo de esperma podría haber sido considerado el padre legal, si no se hubiera dado el consentimiento de la pareja, tal y como establece el *HFEA 1990*, entonces aplicable.

¹³⁰ A. Aznar Domingo, *loc. cit.*, p. 9.

¹³¹ M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 155.

tanto, la legislación inglesa tampoco cuenta con normas de conflicto relativas a la paternidad o la gestación subrogada, que señalen como punto de conexión la elección de ley¹³².

Como consecuencia de que, en teoría, los tribunales ingleses no tienen que aplicar derecho extranjero para la determinación de la paternidad legal, en teoría, no necesitan la excepción de orden público para evitar la aplicación de la ley extranjera, porque ésta viole los principios fundamentales del Derecho inglés. Existen tres motivos por los que los tribunales ingleses no aplican derecho extranjero: la paternidad es en gran medida una cuestión de hecho; la mayoría de los cuestiones relativas a la determinación de los hechos se consideran cuestiones de procedimiento y no cuestiones sustantivas, por lo que, se rige por la *lex fori*; y el criterio utilizado por los tribunales ingleses para declararse competentes para determinar la paternidad legal o para dictar una orden parental, es en la mayoría de los casos el domicilio de las partes, que es uno de los criterios más importantes para la determinación de la ley aplicable al estatus personal¹³³.

4. Reconocimiento de la paternidad legal en resoluciones extranjeras

Como se ha señalado, cuando se produce un contrato de maternidad subrogada en el extranjero, la única forma de que sea reconocida la paternidad legal a los padres comitentes, es a través de la solicitud de una orden parental en el Reino Unido. Esta será otorgada a los padres comitentes si se cumplen los requisitos señalados, y si no así, podrán optar por la adopción o la tutela.

En este sentido, mediante la solicitud de la orden parental en el Reino Unido, no se pretende el reconocimiento de una resolución extranjera, sino que el objeto es la determinación de la paternidad *ex novo*.

En relación con la situación jurídica de los padres, las leyes del Reino Unido son claras al señalar que la legislación nacional es aplicable a las partes interesadas, por lo que los certificados de nacimiento extranjeros y/o las órdenes judiciales no son vinculantes para las autoridades nacionales¹³⁴.

Por lo tanto, la legislación inglesa no contiene normas sobre el reconocimiento de resoluciones extranjeras relativas a la paternidad legal.

¹³² Tampoco en el Derecho español, se contempla la elección de ley para la determinación de la filiación. Pues cuando se trata de un acto de jurisdicción voluntaria se limita la autonomía de la voluntad (Ap. IV Preámbulo Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE 3.6.2015).

¹³³ M. Wells-Greco, *op. cit.*, p. 155.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 174.

Así que, el principal caso sobre el reconocimiento en Inglaterra de órdenes extranjeras relativas a la paternidad es *Re Valentine's Settlement*¹³⁵. Se trataba del reconocimiento de una orden de adopción hecha en Sudáfrica con respecto a un niño que residía allí en ese momento por un sujeto británico domiciliado en la entonces Rhodesia del Sur. Los criterios seguidos para el reconocimiento de dicha orden de adopción son: (a) una orden extranjera debe ser válida en el país donde se realiza; (b) el niño debe haber residido en el país donde se llevó a cabo la adopción, de modo que país tenía jurisdicción para dictar la orden; (c) la orden sólo será reconocida si existe un concepto similar bajo el Derecho inglés; (d) sólo se reconocerá bajo la legislación inglesa si dicha orden no es contraria al orden público, concretamente el país en el que fue dictada debe ofrecer las mismas garantías que los tribunales ingleses; (e) la orden tendrá el mismo efecto que si se hubiera dictado en Inglaterra, de forma que el tribunal inglés no aplicará la ley del país en el que se dictó la orden¹³⁶.

Por lo tanto, los casos en los que se ha planteado el reconocimiento de una resolución extranjera relativa a la paternidad, han sido en materia de adopciones. El problema principal en la mayoría de los casos es la determinación de si los padres adoptivos tenían el domicilio en el Estado en el que se dictó la orden¹³⁷. Si bien en todos ellos se tuvo en cuenta el interés superior del menor, por encima de las cuestiones de orden público, para reconocer o no la adopción llevada a cabo en el extranjero¹³⁸.

En este sentido, la regulación existente en el Reino Unido sobre adopción, hace poco práctico y, en la mayoría de los casos, aparentemente imposible recurrir a la adopción como una forma de regularizar los contratos de gestación por sustitución con fines comerciales realizados en el extranjero¹³⁹.

IV. CONCLUSIONES

La legislación española considera nulos los contratos de gestación por sustitución que se celebren en España, mientras que la del Reino Unido, permite tanto los que se celebran en dicho país como los que celebran en el

¹³⁵ *Re Valentine's Settlement* (1965) 1 Ch 831.

¹³⁶ M. Wells –Greco, *op. cit.*, pp. 155–156.

¹³⁷ *D v. D (Foreign Adoption)* (2008) EWHC 403 (Fam).

¹³⁸ *A Council v. M and others (No.4) (Foreign Adoption: Refusal of Recognition)* (2013) EWHC 1501 (Fam).

¹³⁹ El art. 66(1) *Adoption and Children Act 2002* prevé el reconocimiento automático de órdenes de adopción extranjeras sin necesidad de recurrir a una orden inglesa. Es un delito bajo art. 83 *Adoption and Children Act 2002* llevar a un niño al Reino Unido con el propósito de su adopción o dentro de los 12 meses siguientes a la realización de la adopción extranjera. También es un delito en virtud del art. 95 pagar a los padres para que adopten a su hijo (M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 156).

extranjero, siempre que se trate de un contrato celebrado sin fines comerciales y cumpliendo determinadas condiciones. Pues bien, a pesar de estas grandes diferencias, los fundamentos jurídicos de las dos legislaciones en materia de filiación son similares.

En ambos ordenamientos rige el principio de *mater semper certa est*, para la determinación de la maternidad legal, de forma que se le atribuye la maternidad legal a la madre gestante, frente a la madre biológica o a la madre comitente. Si bien la legislación española no permite que la madre comitente que lleva a cabo un contrato de gestación por sustitución en España pueda adquirir la maternidad legal, pues dichos contratos están prohibidos; la legislación británica sí que lo permite posteriormente, a través de la solicitud de una orden parental o *parental order*.

En cuanto a la paternidad legal, ambos ordenamientos, contemplan la presunción de la paternidad legal a favor del marido de la madre gestante; dejando al padre biológico la posibilidad de ejercitar una acción de reclamación de la paternidad.

Esto quiere decir que la incorporación de una legislación en la materia similar a la del Reino Unido, no supondría una modificación legal de principios que tienen su origen en el Derecho romano; sino que, tal y como se ha señalado, los requisitos para que el tribunal del Reino Unido otorgue una orden parental, son bastante rigurosos y se adecúan bastante al tipo de contratos de gestación por sustitución que la sociedad española estaría dispuesta aceptar.

Los aspectos fundamentales de dichos contratos y que deberían ser tenidos en cuenta para el desarrollo de una regulación a favor de la celebración de los mismos en España, podrían resumirse en que debe ser un contrato a celebrar sólo en aquellos casos que estén justificados médicamente, nunca con fines comerciales y en el que se garanticen los derechos de la madre gestante. Al no ser un contrato oneroso, no se puede obligar a la madre gestante al cumplimiento del mismo, de manera que *se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial en relación con dichos contratos*. Además, se le debe dar un plazo razonable a la madre gestante después del nacimiento del niño, para que otorgue su consentimiento, pero que tenga también en cuenta los intereses del menor y de los padres comitentes.

Sin embargo, existen otros aspectos de la regulación del Reino Unido, que se pueden mejorar, como es el de la obtención del consentimiento de la madre gestante, pues se han dado casos, en que cuando se ha llevado la gestación por sustitución en el extranjero, pero se solicita la orden parental ante tribunales ingleses, a veces no es posible conseguir el consentimiento

de la madre gestante. Por esta razón, la regulación española se debería limitar a los contratos de gestación por sustitución realizados en España, para controlar que se cumplen todos los requisitos que son necesarios para la concesión de paternidad legal a los padres comitentes. Pues si se lleva a cabo en el extranjero el contrato de gestación por sustitución de forma válida; en España, que no así en el Reino Unido, es posible recurrir a la vía del reconocimiento de la sentencia extranjera en la que consta la filiación de los menores a favor de los padres comitentes.

Otro aspecto que sería mejorable es el de la regulación de los pagos que se realizan a la madre gestante en concepto de “gastos razonables” en que incurre la madre gestante por el alumbramiento del menor, pues no existe una aproximación cuantitativa de esos gastos en el Reino Unido, ya que no contemplan en su normativa los contratos de gestación por sustitución con fines comerciales. Por lo tanto, es necesario regular este aspecto, dadas las cantidades tan diferentes que se pagan en concepto de “gastos razonables”, en función del caso estudiado; si bien, en la mayoría de los casos se trata de supuestos de contratos de gestación por sustitución realizados en el extranjero, donde los costes se incrementan y pueden existir bastantes diferencias entre países. Pero si la propuesta de Ley española en la materia, es que se regulen sólo los contratos de gestación por sustitución en España, las cantidades comprendidas en gastos razonables serán más fáciles de cuantificar.

Por último, en cuanto a la protección del menor, se debe destacar que, en el Reino Unido, en caso de que no sea posible el otorgamiento de la orden parental, porque no se cumplen los estrictos requisitos para su concesión, los padres comitentes pueden recurrir a la adopción o a otras medidas de protección de menores, como la tutela. Pues bien, la adopción o el acogimiento por parte de los padres comitentes, son las propuestas señaladas por el Tribunal Supremo, cuando se solicita el reconocimiento de una certificación registral extranjera, pero no una sentencia judicial, en la que consta la filiación de los menores a favor de los padres comitentes.

Así que, dado que una regulación completa en materia de gestación por sustitución parece que no se contempla en un futuro próximo, resulta imprescindible una regulación en materia de inscripción en el Registro Civil español, de la certificación registral extranjera en la que consta la filiación de los menores, cuando en el Estado extranjero, como es el caso de la India y Ucrania, no existe una sentencia judicial que pueda ser reconocida en España.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez de Toledo, L.: "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional", *CDT*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, pp. 5-49.
- Aznar Domingo, A.: "Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España", *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, nº 9099, 14 diciembre 2017, pp. 1-24.
- Bercovitz Rodríguez -Cano, R.: "Hijos made in California", *Aranzadi Civil Revista Doctrinal*, nº 3 (Tribuna), Aranzadi-Westlaw, Pamplona, 2009, pp. 1-2.
- Calvo Caravaca, A.-L. y Carrascosa González, J.: "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero 2009", *CDT*, vol. 1, nº 2, octubre 2009, pp. 294-319.
- : Calvo Caravaca, A.-L. y Carrascosa González, J.: "Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *CDT*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, pp. 247-262.
- : "La gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *CDT*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, pp. 45-113.
- Carrascosa González, J.: "Filiación natural", en A. -L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González (coords.), *Derecho internacional privado*, vol II, Comares, Granada, 2018, pp. 315-355.
- Castellanos Ruiz, M.J.: "Protección jurídica del menor en la maternidad subrogada", en M.-A. Cebrián Salvat y I. Lorente Martínez (coords.), *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2019, pp. 191-248.
- Farnós Amorós, E.: "Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos", *Revista de Derecho de Familia*, nº 49, mayo de 2011, pp. 153-181.
- Ferrer Vanrell, M.-P.: "Art. 10. Gestación por sustitución. Comentario jurídico", en F. Lledó Yagüe y C. Ochoa Marieta (coords.), *Comentarios científico-jurídicos de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 159-166.
- Hernández Rodríguez, A.: "La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?", *CDT*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, pp. 147-174.
- Igareda González, N.: "La inmutabilidad del principio "mater semper certa est" y los debates actuales", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 21, enero 2015, pp. 3-19.
- Lamm, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.
- Quiñones Escámez, A.: "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 febrero 2009", *InDret Revista para el análisis del Derecho. Universitat Pompeu Fabra*, nº 3, 2009, pp. 1-42.

Vilar González, S.: *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018.

Wells –Greco, M.: *Status of children arising from inter –country surrogacy arrangements: The Past, The Present, The Future*, La Haya, Eleven International Publishing, 2016.