

**MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE LEÓN  
CURSO 2016/2017**

**CONSIDERACIONES LEGALES Y  
JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LA  
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN:  
VISIÓN DEL TEDH Y SU REPERCUSIÓN  
EN LA FUTURA REGULACIÓN  
ESPAÑOLA**

---

**LEGAL AND JURISPRUDENTIAL CONSIDERATIONS ABOUT  
SURROGACY ARRANGEMENTS: VISION OF THE ECHR AND  
ITS REPERCUSSION IN THE FUTURE SPANISH  
REGULATION**

*Realizado por la alumna Dña. María Díaz González  
Tutorizado por los profesores Dña. Aurelia Álvarez Rodríguez y  
D. David Carrizo Aguado*

*“La vida nos exige continuamente tomar decisiones. Siempre nos demanda nuevas respuestas. Tenemos que acostumbrarnos al cambio, a fluir, a adaptarnos”.*

*Javier Urra*

<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>6</b>
<b>RESUMEN</b> .....	<b>7</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>7</b>
<b>OBJETO</b> .....	<b>8</b>
<b>METODOLOGÍA</b> .....	<b>9</b>
<b>CAPITULO PRIMERO. NOCIONES GENERALES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA O GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN</b> .....	<b>10</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN: QUÉ ES Y EN QUÉ CONSISTE LA GESTACIÓN SUBROGADA</b> .....	<b>10</b>
1. El nuevo concepto de “familia” .....	10
2. Partes que intervienen en este tipo de contratos: los padres comitentes, la madre gestante y el niño .....	14
A. Padres comitentes .....	14
B. Madre gestante .....	15
C. Niño menor de edad.....	16
3. La nueva gestación versus la gestación tradicional .....	16
4. La cuestión sobre la filiación del menor: el artículo 116 CC.....	18
5. Criterios sostenidos por la doctrina en torno a la gestación subrogada .....	20
<b>II. EL TURISMO REPRODUCTIVO O “FERTILITY TOURISM”</b> .....	<b>26</b>
1. Tesis legales sostenidas por la doctrina en torno a este tipo de acuerdos. ....	27
A. Tesis legeforista.....	27
B. Tesis internacionalista .....	28
C. Tesis intermedia.....	29
<b>CAPITULO SEGUNDO. MODELOS DE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO</b> .....	<b>30</b>
<b>I. LA CONFERENCIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA HAYA</b> .....	<b>30</b>
<b>II. POSICIÓN DE LOS DIFERENTES PAÍSES EN TORNO A LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA</b> .....	<b>32</b>
1. Admisión amplia.....	32
2. Admisión parcial.....	35
3. No admisión.....	36
<b>III. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL. LA LEY 14/2006 Y SU ARTÍCULO 10 COMO NORMA IMPERATIVA</b> 37	
1. Aspectos introductorios de la gestación subrogada a consecuencia de la promulgación de la LTRHA .....	37
2. La LTRHA y su relación con la STS de 6 febrero de 2014.....	39
3. Marco legal del orden público. Tipos.....	40
4. ¿Qué pasa con el artículo 14 CE? .....	42
<b>CAPITULO TERCERO. FILIACIÓN DETERMINADA EN EL EXTRANJERO MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL: INTERPRETACIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES ESPAÑOLAS</b> .....	<b>43</b>
<b>I. LA RDGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2009</b> .....	<b>43</b>
<b>II. LA INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010</b> .....	<b>47</b>

<b>III. LA POSICIÓN ADOPTADA POR NUESTRO TRIBUNAL SUPREMO .....</b>	<b>50</b>
1. La STS de 6 de febrero de 2014.....	50
A. Antecedentes de hecho .....	50
B. Voto particular discrepante de D. José Antonio Seijas Quintana.....	52
2. La vulneración del orden público español según el Tribunal Supremo .....	54
3. Soluciones al conflicto: la acción de reclamación de la paternidad o adopción .....	56
.....	56
4. El avance de las decisiones del TS: sentencias recientes.....	57
<b>CAPITULO CUARTO. LA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH A LOS SUPUESTOS DE FILIACIÓN DETERMINADA EN EL EXTRANJERO MEDIANTE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE GESTACIÓN SUBROGADA</b>	<b>59</b>
<b>I. LA POSICIÓN DEL TEDH: EL CRITERIO PREVALENTE DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL RESPETO AL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR.....</b>	<b>59</b>
1. El hijo como objeto de litigio .....	60
2. El artículo 8 CEDH.....	64
<b>II. LOS CASOS SUSCITADOS ANTE EL TEDH.....</b>	<b>68</b>
1. Asunto <i>Paradiso y Campanelli</i> contra Italia.....	68
A. Hechos .....	68
B. Decisión del TEDH .....	69
2. Asuntos <i>Menesson y Lebassee</i> contra Francia.....	70
A. Hechos .....	70
B. Decisión del TEDH .....	70
3. Asuntos <i>Foulon y Bouvet</i> contra Francia.....	72
A. Hechos .....	72
B. Decisión del TEDH .....	73
<b>III. LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA DE LAS DECISIONES DEL TEDH Y EL IMPACTO DE SUS DECISIONES EN EL RESTO DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS .....</b>	<b>74</b>
<b>CONCLUSIONES ALCANZADAS .....</b>	<b>76</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>82</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>86</b>
<b>I. CUADRO DE LAS POSTURAS DE LOS PAÍSES DE LA UE ANTE LOS CONTRATOS DE GS .....</b>	<b>86</b>
<b>II. ANEXO LEGISLATIVO .....</b>	<b>89</b>
<b>III. ANEXO JURISPRUDENCIAL Y DECISIONES DE LA DGRN.....</b>	<b>89</b>

## **ABREVIATURAS**

ART	Artículo
CC	Código Civil
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CE	Constitución española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
DIPr	Derecho Internacional Privado
DGRN	Dirección General de los Registros y Notariado
ET	Estatuto de los Trabajadores
GS	Gestación subrogada
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRC	Ley del Registro Civil
LTRHA/LTRA	Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida
OP	Orden público
RD	Real Decreto
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado
RRC	Reglamento del Registro Civil
SS	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia de los Tribunales Superiores de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo

## **RESUMEN**

Las nuevas relaciones y formas de familia están conllevando en la actualidad a que aquellas parejas que no pueden satisfacer sus deseos de ser padres se vean en cierto modo obligadas a acudir a nuevos métodos de paternidad y maternidad, como es la gestación subrogada. Estos contratos— que consisten en que la madre sustituta gestic al bebé durante el período de embarazo para luego entregarlo a esas familias, renunciando a cualquier derecho sobre el menor— suelen perfeccionarse en el extranjero, dado que en la mayoría de los casos las legislaciones de origen los prohíben. El problema aparece cuando las familias regresan con su bebé a sus países de residencia, una vez perfeccionado el contrato, dado que por lo general las autoridades se niegan a reconocer los derechos del menor por razones de orden público. Por tanto, a lo largo de este trabajo analizaremos la importante labor que en torno a estos contratos ha desarrollado no sólo el TEDH, sino también los tribunales españoles a la hora de otorgar reconocimiento a este tipo de situaciones, haciendo hincapié en uno de los principios esenciales por antonomasia: el interés superior del menor.

**PALABRAS CLAVE:** *Gestación subrogada; TEDH; interés superior del menor; filiación; orden público.*

## **ABSTRACT**

The new relationships and forms of family are currently leading couples, who cannot satisfy their desire to be parents, to look for new methods of paternity and maternity, such as the surrogate gestation. These contracts, which consist of the surrogate mother gestating the baby during the period of pregnancy and then surrendering it to these families, renouncing any rights over the child, tend to be improved abroad, since in most cases these type of contracts are forbidden in the parents' countries of origin. The problem arises when families return with their baby to their countries of residence once the contract is concluded, as the authorities generally refuse to recognize the rights of the child on grounds of public order. Therefore, throughout this work we will analyze the important work that the ECtHR and the Spanish courts have developed with these contracts in granting recognition to this type of situation, emphasizing one of the essential principles by antonomasia: the best interest of the minor.

**KEY WORDS:** *Surrogacy; ECtHR; welfare of the minor; filiation; public order.*

## **OBJETO**

El presente trabajo tiene el objeto de tratar, desde una perspectiva del derecho internacional privado, los problemas que plantean en la actualidad los contratos de gestación subrogada. Por gestación subrogada se entiende aquel contrato o convenio celebrado libremente entre la madre gestante y la persona o pareja (padres comitentes) que quieren ser padres, a través del cual la madre portadora se compromete a gestar al bebé, y una vez que se produzca el nacimiento se lo entregará a la familia, renunciando, con ello, a cualquier derecho sobre el menor. El problema aparece cuando las legislaciones de origen prohíben este tipo de contratos, dado que los comitentes tendrán numerosos problemas en cuanto al reconocimiento para inscribir ese nacimiento y la correspondiente filiación, que sí se inscribe y se reconoce en aquel país al que se ha viajado para concertar el contrato de gestación por sustitución.

En España la LTRHA declara la nulidad de este tipo de contratos. Frente a esta posición la DGRN se muestra comprensiva y aboga por el reconocimiento en España de este tipo de situaciones, siempre que se cumplan una serie de requisitos. Pero los tribunales españoles optan por el criterio de la LTRHA, dado que consideran que los contratos de gestación subrogada son contrarios al orden público internacional español, que caracterizan de “*atenuado*”. Por ello, con el estudio de la STS de 6 de febrero de 2014 y las recientes SSTEDH veremos qué criterios adopta cada una de ellas cuando surgen este tipo de situaciones.

Al igual que la jurisprudencia, la doctrina tampoco es unánime cuando habla de la maternidad subrogada. Veremos las diferentes y variadas posturas que se adoptan, así como el diferente reconocimiento que los países otorgan a este tipo de contratos, entre los que destaca Portugal, que, con la Ley 25/2016, ha procedido a regular los contratos de gestación subrogada, ello, como es obvio, bajo una serie de requisitos.

Recientemente, nuestro TS se ha pronunciado a favor de otorgar las prestaciones de Seguridad Social a aquellas personas que han sido madres/padres a través de contratos de gestación subrogada, equiparando la misma a las situaciones de maternidad, adopción o acogimiento. En cuanto a los motivos, el TS se fundamenta principalmente en dos: no aprecia conducta fraudulenta de los padres y en el interés superior del menor. Con esta investigación no se pretende analizar ni cuestionar la moralidad de los contratos de gestación subrogada, sino poner de relieve, tras el estudio de una serie de sentencias, la situación en la que queda el menor una vez que nace y es trasladado a su país de origen, dado que las autoridades optan por reconocer su nacionalidad, pero no su filiación, quedando así el menor en una especie de limbo y en una situación de desprotección.

## **METODOLOGÍA**

1. *Elección del tutor y tema del trabajo.* En primer lugar, la persona encargada de coordinar la asignación de tutores para cada trabajo de fin de máster colgó en el Moodle de la universidad la lista de tutores con el fin de que cada uno de nosotros eligiese el que más le interesaba. Una vez decidido, tuvimos que enviar nuestra elección por correo y posteriormente se colgó una lista definitiva con la asignación de los tutores para cada alumno. Posteriormente, se convocó una reunión con el tutor asignado a fin de dialogar sobre la elección del tema de nuestra preferencia.
2. *Elaboración del índice del trabajo con la idea principal del mismo.* Una vez decidido el tema, se procedió a elaborar el índice del trabajo para su correcto desarrollo y organización. Así mismo, se determinaron las líneas principales del mismo, para lo que se dividió cada una de ellas en diferentes epígrafes. El primero, relacionado con las ideas generales de la maternidad subrogada: su concepto, sus modalidades, etc. El segundo, con las diferentes posturas que existen en el Derecho Comparado sobre la gestación por sustitución. En tercer lugar, se estudia la repercusión que han tenido los efectos de los contratos de gestación por sustitución en nuestro país, haciendo mención a la normativa y jurisprudencia española en torno a ello. Por último, se ha puesto de relieve la jurisprudencia del TEDH con las decisiones que ha adoptado recientemente en torno a los contratos de gestación por sustitución, ello con una labor añadida: la de traducir sus últimos pronunciamientos parte por parte para su posterior estudio.
3. *Búsqueda de información.* Para la correcta elaboración del trabajo desde la perspectiva de la jurisprudencia, se ha acudido a *migrarconderechos*, bases de datos como Aranzadi y Cendoj, así como a la base de datos del TEDH para conocer sus pronunciamientos más recientes. Para el resto de contenido más teórico-doctrinal hemos acudido a monografías, códigos, leyes y a la hemeroteca de Dialnet.
4. *Supervisión del trabajo.* El trabajo ha sido supervisado en todas las fases, desde su inicio hasta su finalización, por dos tutores especializados en el área de Derecho Internacional Privado, con lo que se ha mantenido un contacto constante. Desde un primer lugar, para fijar el tema y las ideas principales para confeccionar el índice. También para mantenernos actualizados sobre el tema en todo momento, a través del envío de los cambios que iban surgiendo, así como para ir revisar las partes que se iban realizando, junto con la elaboración de la bibliografía y anexos.

## CAPITULO PRIMERO. NOCIONES GENERALES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA O GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

### I. INTRODUCCIÓN: QUÉ ES Y EN QUÉ CONSISTE LA GESTACIÓN SUBROGADA

#### 1. El nuevo concepto de “familia”

La maternidad subrogada emerge con fuerza durante las últimas décadas en nuestra sociedad como consecuencia del enorme cambio que está suponiendo el nuevo concepto de “*familia*”, tradicionalmente formada por un varón y una mujer<sup>1</sup>. Hoy en día, dado los numerosos cambios sociales y culturales que experimenta nuestra sociedad, cada vez se hace más común la diversidad en las relaciones— tanto personales como familiares—, que se salen del concepto tipo de pareja de hombre-mujer, siendo habituales las familias formadas por parejas homosexuales, e incluso aquellas formadas por un único progenitor<sup>2</sup>.

Es así que el modelo que ha sido hegemónico hasta hace unas décadas, de la familia pre-ordenada en torno a la idea de coito genital heterosexual, no es seguido de forma unánime ni uniforme por los actores sociales, los cuales tienen vivencias e instituciones sociales y jurídicas que no se corresponden con los conceptos de la familia nuclear heterosexual<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> “Desde aquella perspectiva, advertimos que la protección de la familia por obra del Código civil (de 1984) se sustenta en el matrimonio, mientras que la Constitución (de 1993) protege a la familia sin más, y sin perjuicio de promover el matrimonio como un mecanismo de obtención (inmediata) de efectos que son alcanzados en el tiempo —legalmente establecido— para otra clase de uniones. La regulación del Código civil —se sabe— responde a una visión *corporativa* de la familia, enfoque que —históricamente— privilegió al grupo por sobre las personas que la conforman. Tal visión, no obstante, es matizada por algunos espacios que se consideran esenciales para la participación de todos los integrantes de la familia (administración del patrimonio familiar, crianza de los hijos, etc.). A su turno, la Constitución es rica en derechos personalísimos que al sustentarse en la dignidad de la persona excluye toda subordinación a una idea o entelequia”. VEGA MERE, Yuri. “El nuevo rostro de la familia. Cuadros de una exposición”. *Anuario de la Facultad de Derecho*. 2010, N° 28, pág. 537.

<sup>2</sup> “En primer lugar, se puede prescindir del marco de la complementariedad varón-mujer para concebir y educar a una nueva vida. En la actualidad existe una variada gama de posibilidades que sustituyen al contexto tradicional: parejas de varones, parejas de mujeres, varones solos o mujeres solas. A ello hay que añadir la intervención de terceras y cuartas personas: desde las nuevas uniones poliamor, a la posibilidad de gestar con gametos ajenos a los de la pareja (la mujer puede recibir el esperma de otro varón, dar el suyo para que con un gameto masculino —de su pareja o de un banco de semen—. En este contexto, en muchos casos, también se pierde el carácter íntimo e interpersonal del proceso de gestación. No se procrea tras una relación sexual, fruto del amor de dos personas que se entregan y se perpetúan, sino que esa reproducción es, como ya se ha indicado, resultado de la técnica (se realiza sin acto sexual, en soledad, en la camilla de una clínica, etc.). Esta realidad ha dado lugar a un nuevo escenario, en el que ciertos términos como, por ejemplo, madres “de alquiler”, madres “subrogadas”, “bancos de esperma”, crioconservación de embriones... han irrumpido con fuerza. Como consecuencia de ello, se han introducido en el mercado variadas “ofertas” reproductivas en el marco de la “industria de la fertilidad” e, incluso, del denominado “turismo” de la reproducción”. LÓPEZ GUZMÁN, José; APARISI MIRALLES, Ángela. “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”. *Cuadernos bioéticos*. 2012, Vol. 23, N° 78, pág. 255.

<sup>3</sup> No obstante, los orígenes remotos documentados de dicha práctica, se remontan a varios miles de años atrás, cuando en Mesopotamia era frecuente que las mujeres estériles acudieran a la subrogación tradicional para no ser marginadas y apartadas de la sociedad por no ser capaces de engendrar, permitiéndoseles ofrecer una sierva a sus esposos y reconocer como propios a los hijos nacidos de dicha

Por un lado, a pesar de la tendencia irresistible de cada antropólogo, como ser humano, a analizar los hechos y realidades culturales observadas desde su propio prisma cultural, su ideología, sus vivencias personales, e incluso, admitámoslo, su propio género, finalmente ha prevalecido la necesidad de analizar la familia como una realidad ontológica global, en todas sus posibilidades y manifestaciones. A lo largo de las últimas décadas, hemos asistido a una revolución de los comportamientos en nuestra cultura occidental, en la que el feminismo, la reforma sexual, la expansión de los métodos anticonceptivos y las nuevas técnicas de reproducción asistida, han quebrado el enlace entre sexualidad y procreación, abriendo el camino para superar el modelo cultural judeo-cristiano que situaba el coito heterosexual en el centro de la sexualidad, de la reproducción, del parentesco y muy singularmente, del matrimonio<sup>4</sup>.

Todo esto, unido a los cambios en el pensamiento y a los avances tecnológicos que se producen día a día, se hace cada vez más común que parejas que ven frustrados sus intentos de tener hijos, ya sea por problemas de fertilidad, ya porque se trate de parejas homosexuales o familias monoparentales, acudan a técnicas de reproducción asistida como la inseminación artificial, la fecundación in vitro o la maternidad subrogada, con el fin de ver cumplidos sus deseos de ser padres<sup>5</sup>.

Las técnicas de reproducción asistida, sin embargo, vienen a remediar carencias muy humanas y muy de los tiempos modernos<sup>6</sup>. Los esposos y las parejas que no pueden obtener descendencia, como Zeus, sin intermedio de las leyes de la genética, acuden a la adopción, permitida y regulada en sus propios ordenamientos internos o, si cuentan con

---

unión. Así, encontramos referencias expresas en el Antiguo Testamento de la Biblia, dónde Sara (Génesis 16 1-4), ante la imposibilidad de darle hijos a su esposo, el profeta Abraham, le dijo a éste: “Mira, Yahveh me ha hecho estéril. Llégate, pues, te ruego, a mi esclava. Quizá podré tener hijos de ella”. O Raquel (Génesis 30 1-6) que, tras el nacimiento del hijo que su esposo Jacob concibió con su criada, manifestó: “Dios me ha hecho justicia, pues ha oído mi voz y me ha dado un hijo”. VILAR GONZÁLEZ, Silvia. “Situación actual de la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho de la UNED*. 2014, N° 14, pág. 903.

<sup>4</sup> “Esta última opción requiere dos cauces de realización: uno, técnico, consistente en el auxilio de la ciencia médica, puesta al servicio de la reproducción humana asistida. Y el segundo, jurídico, el contrato de maternidad subrogada, que ligará a los padres comitentes, movidos por una irreprochable intención procreadora, con una mujer que llevará en su cuerpo el material genético necesario para alumbrar un niño; un niño respecto del cual no podrá afirmarse como *madre*”. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”. *Cuadernos de derecho transnacional*. 2014, Vol. 6, N° 2, pág. 6.

<sup>5</sup> “El objeto y reto de la bioética y el derecho suelen ubicarse en el establecimiento de los límites del desarrollo científico y tecnológico en la manipulación y administración del cuerpo humano. En la publicación *El Correo de la Unesco* del último trimestre de 2011, Salvador Bergel afirmó que “la bioética está llamada a intervenir para establecer un justo y difícil equilibrio entre el progreso de la investigación médica y el respeto de la vida humana”. RINCÓN CASTELLANOS, Ximena. “¿Bioética y derecho para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia”. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. 2012, N° 69, pág. 99.

<sup>6</sup> “Hoy en día, los avances técnicos y científicos relacionados con la reproducción humana, han dado lugar a que se generen situaciones o figuras específicas de filiación distintas de las tradicionales, las cuales, en numerosas ocasiones, son difícilmente adaptables a la legislación y principios del Derecho de Familia. Este nuevo planteamiento ha ocasionado que la maternidad y la paternidad no pro- cedan únicamente de una filiación natural o adoptiva, sino que se abren otras posibilidades en las que la descendencia genética o el origen biológico ya no son determinantes”. CHELIZ, Carmen. “La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español: situación de la mujer gestante, problemática y efectos”. *Aequilitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. 2013, N° 32, pág. 30.

el respaldo económico necesario, recurren a tomar el cuerpo de una mujer fértil, ajena al proyecto familiar que han forjado, para asegurarse esa descendencia que la naturaleza les ha negado<sup>7</sup>.

Por tanto, de esta concepción inicial del nuevo estilo de familia y los avances científicos que dan la posibilidad de poder obtener descendencia a aquellas personas que no pueden, debemos centrarnos en la controvertida técnica de la maternidad subrogada o gestación por sustitución<sup>8</sup>.

Por maternidad subrogada, gestación por sustitución o “vientre de alquiler” debemos entender aquel “**acuerdo o contrato**” a través del cual una persona o una pareja, casada o no, acuerda con una mujer— que ofrece su útero y su vientre— implantarle en el útero material genético propio—o de un tercero anónimo—, con el fin de que geste al embrión hasta la fecha de su nacimiento, momento en el cual debe entregar al menor nacido a su familia, renunciando a los derechos de maternidad sobre él<sup>9</sup>.

El concepto legal de la conocida en nuestra legislación como “gestación por sustitución”, se halla en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que la define como “*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*”<sup>10</sup>.

Especialmente acertada nos resulta la definición jurídica que de la “*maternidad subrogada*” da la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, en la que se viene a definir como “*un contrato, oneroso o gratuito, a través*

---

<sup>7</sup> ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”. *Cuadernos de derecho transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, págs.6-7. “La principal novedad que aporta la tecnología actual consiste en que las gestantes no tienen que mantener necesariamente relaciones sexuales para proporcionar este servicio. En el plano literario, una de las escritoras más importantes del presente, Margaret Atwood, nos presenta en una de sus novelas una distopía en la que las mujeres ejercen como esclavas reproductoras para servir a los intereses de los varones<sup>12</sup>. Por tanto, desde los tiempos pretéritos a un incierto y temible futuro, la posibilidad de la maternidad subrogada está presente en la historia de la humanidad”. BELLVER CAPELLA, Vicente. “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones: el caso de la maternidad subrogada internacional”. *Revista SCIO*. 2015, Nº 11, pág. 23.

<sup>8</sup> “La mayoría de casos que se han planteado ante el TEDH en materia de filiación tenían por objeto la filiación por naturaleza o derivada de reproducción sexual. Sin embargo, el aumento generalizado del acceso a las técnicas de reproducción asistida (TRA)<sup>5</sup> explica que en los últimos años el TEDH haya tenido que enfrentarse a varios supuestos que tienen por objeto la reproducción derivada del recurso a TRA por parte de nacionales de un estado miembro<sup>6</sup>, lo que ha permitido expandir el concepto «vida privada» del artículo 8 CEDH. Ello nos sitúa ante la compleja cuestión de si existe un derecho a tener hijos, para acabar valorando cuál debe ser el papel de los estados en este contexto”. FARNÓS AMORÓS, Esther. “La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. Necesidad de armonización” En AA.VV. “*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*”. Boletín del Ministerio de Justicia, Madrid, 2015, Nº 2179, pág. 150.

<sup>9</sup> “Dichas personas, ante su imposibilidad natural de gestar, y tras seguir todo tipo de costosos y, en ocasiones, ineficaces tratamientos para tratar de tener un hijo, consideran como una de las últimas opciones para alcanzar su sueño, el acceso a la gestación por sustitución, también conocida como vientres de alquiler, maternidad por subrogación, paternidad subrogada, madres o úteros de alquiler, etc., la cual consiste en el encargo realizado por una persona o una pareja a una mujer que, gratuitamente o a cambio de contraprestación económica, se compromete a gestar en su vientre al futuro hijo de aquéllos, que les será entregado una vez se produzca el alumbramiento, renunciando la gestante a todo derecho que pudiera ostentar sobre el menor”. VILAR GONZÁLEZ, Silvia. “Situación actual de la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho de la UNED*. 2014, Nº 14, págs. 897-934.

<sup>10</sup> VILAR GONZÁLEZ, Silvia. “Situación actual de la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho de la UNED*. 2014, Nº 14, pág. 900.

del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez puede aportar o no sus gametos”<sup>11</sup>.

Para un sector de la doctrina, la **gestación por sustitución** constituye una técnica de reproducción humana asistida que suscita encontrados y enconados debates éticos, morales, médicos, filosóficos, económicos y jurídicos<sup>12</sup>. Esta técnica no sólo plantea interrogantes jurídicos en sí misma, sino que cuestiona el verdadero concepto de “familia” desde el punto de vista social, moral y legal. No se trata de un conjunto nuevo de problemas, pues ya desde hace décadas estos casos eran conocidos. Y también ya desde hace años la doctrina ha reflexionado sobre los aspectos legales de la gestación por sustitución<sup>13</sup>. Sin embargo, en fechas recientes se han multiplicado las opiniones y los estudios de todo tipo sobre esta técnica con ocasión de diversos casos que han sido resueltos por tribunales y órganos registrales españoles, extranjeros e internacionales<sup>14</sup>.

En torno a la discusión sobre si se realiza a cambio de una contraprestación económica o no, hay numerosos casos en los que efectivamente la madre gestante recibe la misma por todos los gastos que el hecho del embarazo pueda ocasionarle; pero también existen aquellas situaciones en las que es un propio familiar o amigo cercano el que se ofrece a gestar el embrión con el fin de que esa persona de la familia pueda ver cumplidos sus

---

<sup>11</sup> MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo. “La controvertida maternidad subrogada o gestación por sustitución: status quaestionis en el ordenamiento jurídico español y perspectivas de futuro”. En: César ORTEGA ESQUEMBRE, Andrés RICHART PIQUERAS, Víctor PÁRAMO GALERO, Christian RUÍZ RUBIO. “*El mejoramiento humano: avances, investigaciones y reflexiones éticas y políticas*”. España: Editorial Comares, 2015, pág. 608.

<sup>12</sup> “El primer acuerdo de maternidad subrogada en donde se involucró la inseminación artificial fue documentado en 1976, a través de Noel Keane, que creó la Surrogate Family Service Ins., con el fin de ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitando el acceso a madres sustitutas y realizando los arreglos necesarios para la subrogación. En el año 1986 en Estados Unidos surgió un controvertido caso, que volcó toda la atención, conocido como «BABY M». El problema se presentó cuando una mujer gestante, en un acuerdo de maternidad con contrato previo y una vez nacida la niña, se arrepintió de darla al matrimonio contratante y decidió conservarla. Después de un proceso, la justicia decidió darle la tenencia al varón y los derechos de visita a la madre sustituta”. CRUZ MÉNDEZ, José Manuel. “La maternidad subrogada”. *Anuario de la Facultad de Derecho*. 2012-2013, N° 30, pág. 643. “El primer acuerdo de maternidad subrogada documentado, con empleo de la inseminación artificial, se llevó a cabo en 1976. Dicho acuerdo fue patrocinado por el abogado Noel Keane, el cual creó en Michigan la Surrogate Family Service Inc. Su finalidad declarada fue ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitándoles el acceso a madres sustitutas y gestionando los trámites jurídicos necesarios para llevar a cabo la subrogación. Esta iniciativa contribuyó a divulgar una imagen solidaria de la maternidad por subrogación: determinadas mujeres ofrecían sus úteros para que permitir que mujeres incapaces de gestar pudieran tener hijos biológicos”. LÓPEZ GUZMÁN, José; APARISI MIRALLES, Ángela. “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”. *Cuadernos bioéticos*. 2012, Vol. 23, N° 78, pág. 257.

<sup>13</sup> “El convenio de gestación por sustitución puede deberse a muchas circunstancias, como puede ser la incapacidad de gestar de una mujer (infertilidad, edad...), o bien porque no se desee ser madre gestante, como en el supuesto de la existencia de enfermedades de carácter genético de la madre, o incluso el deseo de ser padres las parejas homosexuales de hombres”. CARRIZO AGUADO, David. “Galimatías en torno a la maternidad subrogada en el derecho español”. En: Virginia DE CARVALHO LEAL. “*El Derecho y sus razones*”. España, Bubok Editorial, 2013, págs. 77-89.

<sup>14</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*”. 2015, Vol. 7, N° 2, págs. 46-47.

deseos de tener descendencia, no existiendo por ello algún tipo lucro en estos supuestos<sup>15</sup>.

## **2. Partes que intervienen en este tipo de contratos: los padres comitentes, la madre gestante y el niño**

Diferenciaremos a continuación, a criterio de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, las diferentes partes que aparecen implicadas en este tipo de contratos, cada una de ellas con intereses y derechos contrapuestos<sup>16</sup>. Para ello, debemos estudiar con suma cautela las diferentes situaciones que se plantean en cada caso, para poder llegar a la solución más adecuada y precisa, no bastando las meras conjeturas ni las exageraciones.

### **A. Padres comitentes**

El padre o padres comitentes son aquellas personas que buscan hacer efectivos sus derechos reproductivos, trasladándose a los países que permiten este tipo de prácticas para conseguir su objetivo. La Conferencia de la Haya entiende que actualmente existe una gran desinformación para los padres sobre los acuerdos internacionales de subrogación, lo que supone una dificultad significativa para las parejas que desean llegar a ser padres a través de estas técnicas. De hecho, en el reciente caso inglés de “*Re L [2010] EWHC 3146 (Fam)*”, el Juez declaró:

*“También es necesario observar que sigue dándose el caso de que los padres más cuidadosos y concienzudos reciben información incorrecta ...”.*

Esto se relaciona íntimamente con la cuestión de la reglamentación de las agencias, a las que muchas parejas acuden para llevar a cabo la subrogación, pero en algunos casos, estas agencias se lucran a través del engaño<sup>17</sup>. También parece que la subrogación internacional es un área donde el asesoramiento legal confiable puede ser difícil de obtener. Otra dificultad para estos padres intencionales es la posibilidad de que se incoen procedimientos penales contra ellos como resultado de malentendidos o dificultades con la partida de nacimiento del niño, como veremos en los casos reales que hemos analizado. Por tanto, es importante que estas partes cuenten también con un nivel

---

<sup>15</sup> “Por otro lado, la gestación por sustitución podrá realizarse de modo altruista, es decir, sin contraprestación alguna a cambio de la misma (aunque permitiendo ciertos ordenamientos jurídicos que se satisfagan los gastos estrictamente necesarios derivados de la gestación), o bien, bajo la modalidad conocida como «subrogación comercial», en la que la madre subrogada llevará a cabo el embarazo a cambio de un precio”. VILAR GONZÁLEZ, Silvia. “Situación actual de la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho de la UNED*. 2014, N° 14, pág. 902. “In February 2011, 61 year-old Kristine Casey delivered the greatest gift of all to her daughter, Sara Connell: Sara’s son, Finnean. At that moment, Kristine—the gestational carrier of Sara and her husband Bill’s child—became the oldest woman ever to give birth in Chicago”. Vid. CONNELL, Sara. “*Bringing in Finn: An Extraordinary Surrogacy Story*”. California, 2012, 1ª Ed.

<sup>16</sup> Preliminary Document N° 11 of March 2011 on the private international law issues surrounding the status of children.

<sup>17</sup> “39. Consideration also needs to be given to the possible regulation of any agencies involved in the international surrogacy process. At the current time, State regulation of such agencies varies. Further, many agencies are involved in not only the “matching” process (matching intending parents with a surrogate mother), but also carrying out the medical treatment. Whilst in some States agencies are only allowed to operate on a not-for-profit basis, in other States agencies are making a significant financial profit as a result of the arrangements (e.g., in India). 40. A possible model for regulation would be the approach adopted in the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention setting out procedural safeguards and a system of “accreditation” for those bodies providing services”.

de protección y de asesoramiento importantes, dado que así lograremos impedir todos los inconvenientes que, a posteriori, surgen a raíz de este tipo de acuerdos.

## **B. Madre gestante**

Esta es una de las partes más controvertidas para la doctrina, y una de las más criticadas, bien porque quiera ofrecerse a prestar su útero, bien porque en algunos Estados se la obliga a hacerlo. Por tanto, es aquí donde entra en juego la dignidad de las madres, consagrada en el art. 10 de nuestra CE y en los tratados internacionales<sup>18</sup>.

En relación con las madres de alquiler, las preocupaciones por la seguridad y el bienestar son quizás particularmente agudas cuando las madres viven en condiciones de pobreza. En estas circunstancias ha surgido la preocupación de que las mujeres puedan ser coaccionadas, o incluso obligadas, a convertirse en madres sustitutas. Desafortunadamente, parece que estas preocupaciones no son fantasiosas. El 25 de febrero de 2011, la BBC informó que la policía en Tailandia había descubierto una agencia táctica de arriendo de taiwanesas que presuntamente habían sido coaccionadas y, en algunos casos, obligadas a convertirse en madres sustitutas. Sin embargo, incluso en los casos más rutinarios, es discutible si las mujeres están eligiendo libremente convertirse en madres sustitutas, o que su voluntad se construye social y económicamente. En términos de las sumas de dinero involucradas para tales sustitutas, se ha estimado que, en Estados como la India, las madres de alquiler pueden ganar aproximadamente diez veces el salario de su marido al realizar una subrogación. Como aludió otro autor: “cuando las opciones pueden ser tan nefastas, es posible que las mujeres indias puedan ser presionadas por sus familias, lo que llevaría a estas mujeres a prestar sus cuerpos por dinero en efectivo”. El tratamiento y el cuidado prestados a las madres de alquiler también pueden ser motivo de preocupación, dependiendo del Estado en cuestión y el acuerdo particular alcanzado con los padres que se proponen (que los gastos médicos sean pagados por los padres).

Por tanto, entendemos que corresponde a cada Estado en particular la labor de regular y controlar exhaustivamente este tipo de contratos, y no permitirlos cuando haya de por medio situaciones de pobreza o escasez económica que puede llevar a las madres gestantes a ver como única salida a su situación, y, por tanto, a verse casi obligadas, a gestar a los bebés.

---

<sup>18</sup> “Sobre la dignidad del ser humano, proclamada como principio básico del ordenamiento en el art. 10 de la CE, se ha escrito mucho y se han escrito muchas proclamaciones ideológicas –antagónicas– con pretensiones de ser verdades reveladas. Es lo cierto que al amparo de la dignidad han combatido tanto los partidarios de hacer de ella un arma contra la maternidad subrogada, como los defensores de la admisión de ésta como componente inseparable del derecho del ser humano a la procreación. Siempre es difícil tomar postura en relación con un valor tan versátil en cuanto a las causas que puede amparar, y más en este caso, en que la opinión jurídica sobre el alcance del art. 10 del texto constitucional, corre el riesgo de asemejarse a un mero juicio moral. Pero nos aventuramos a mantener que no hay nada *indigno* en facilitar a otros la paternidad, con sacrificio del propio cuerpo, siempre que ello no suponga la prestación de un servicio remunerado. La mujer que, sin percibir un precio, se niega como madre a sí misma a través de una subrogación contractual, le reconoce ese papel a otra mujer y juntas hacen posible el nacimiento de un vínculo filial. La mujer que alumbró a un niño sobre el que no ejercerá la maternidad, haciendo posible el *proyecto procreativo de otra mujer*, no niega más de lo que da, ni se niega a sí misma como madre en una forma menos radical ni más censurable que la mujer que ingresa en una orden religiosa con voto de castidad, o se entrega al deleite sexual utilizando los medios anticonceptivos que la ciencia ha introducido en el mercado”. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”. *Cuadernos de derecho transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, pág. 21.

### C. Niño menor de edad<sup>19</sup>

Aquí entran en conflicto una serie de derechos como el interés superior del menor, la filiación, su identidad y su vida privada y familiar, como explicaremos más adelante. Debemos que decir que los niños que aparecen implicados en este tipo de técnicas son quienes sufren todas las consecuencias, por decisiones que otras personas toman por ellos. Lo realmente grave sucede cuando los padres intencionales deciden trasladar a los menores a sus destinos de origen, encontrándose con infinitas trabas impuestas por la justicia de su país a la hora de regularizar su situación y su status. Todo ello lo veremos en los posteriores capítulos en los que analizaremos una serie de asuntos, en los cuales el status del menor, surgido de los contratos de maternidad subrogada, es el principal de los afectados.

### 3. La nueva gestación versus la gestación tradicional

Tras un estudio del tema, la doctrina entiende que es conveniente diferenciar el concepto de maternidad subrogada tradicional del concepto de maternidad subrogada actual, ambos muy diferentes entre sí, dado que en el primer caso lo común es que la madre gestante aporte material genético, mientras que en el segundo es común que la madre que gesta no lo aporte, dado que el óvulo procederá, normalmente, de la madre de intención.

En la técnica de gestación por sustitución pueden distinguirse dos grandes modalidades: a) *Maternidad subrogada tradicional, plena o total* (“*traditional surrogacy*”): en ésta, la madre subrogada es también la madre genética, es ella quien aporta su material genético para llevar a cabo la gestación<sup>20</sup>. b) *Maternidad subrogada gestacional o*

---

<sup>19</sup> La Conferencia de La Haya entiende que los acuerdos internacionales de subrogación plantean preocupaciones reales sobre la protección de la infancia, por ejemplo, el posible maltrato infantil y el tráfico de niños nacidos como resultado de este tipo de acuerdos. Si hay poca o ninguna reglamentación en el Estado donde se lleva a cabo el acuerdo de subrogación (por ejemplo, las reglas de selección o evaluación de posibles padres que se proponen), no es difícil ver cómo puede surgir la posibilidad de que los niños sean “comisionados” específicamente para tráfico o abuso o para terminar enredado en tales peligros. De hecho, en un contexto doméstico, ya existe un ejemplo de este caso: el “*caso Huddleston*” es un recordatorio escalofriante de los posibles peligros que los acuerdos no regulados pueden plantear a los niños. En este caso, un varón de veintiséis años fue capaz de entrar en un acuerdo de maternidad subrogada como un único padre de intención con una madre sustituta en Pensilvania, facilitado por una clínica de fertilidad. La madre sustituta fue artificialmente inseminada con el esperada esperma del padre. De acuerdo con el acuerdo de maternidad subrogada, el niño fue entregado al cuidado del padre un día después del nacimiento. El niño murió aproximadamente seis semanas más tarde como resultado de repetidos abusos físicos. En relación con el tráfico de niños, se sabe que ya se han realizado arrestos como resultado de que se creía que una agencia de subrogación participaba en tales prácticas. Otras preocupaciones sobre la protección de la infancia que suscitan los acuerdos internacionales de subrogación incluyen la posición del niño si uno de los dos progenitores decide que ya no quiere el niño, o la posición del niño si la madre sustituta decide mantenerlo. Además, el derecho del niño a conocer su identidad ya ha sido mencionado anteriormente, por lo que parte de esta identidad es el derecho del niño a conocer sus orígenes y antecedentes. Así, se debe tener en cuenta el derecho del niño a conocer, por ejemplo, la identidad de la madre sustituta o cualquier donante de gametos, y cómo esto se contrapondrá al derecho del sustituto y de los donantes al anonimato.

<sup>20</sup> “En la maternidad subrogada tradicional, la madre gestante aporta el óvulo, pero el material reproductor puede provenir del padre que solicite la subrogación (el comitente), o de un donante anónimo. El bebé se puede concebir por inseminación artificial o por fecundación in vitro. En la maternidad subrogada gestacional, el óvulo y el espermatozoide son de la pareja que solicita la subrogación, de modo que la mujer sólo presta su útero. La mujer embarazada, pues, no tiene relación genética alguna con el bebé y el embarazo se alcanza mediante fecundación in vitro”. MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo. “La controvertida maternidad subrogada o gestación por sustitución: status

*parcial* (“*gestational surrogacy*”): la madre subrogada no aporta material genético, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente<sup>21</sup>. La inexistencia de vínculo genético entre el nacido y la madre subrogada, en este último caso, explica que esta modalidad de gestación por sustitución cuente con mayor respaldo por parte de aquellos ordenamientos jurídicos nacionales que la contemplan<sup>22</sup>.

La doctrina entiende que la maternidad subrogada tradicional no debería entenderse como tal, dado que la madre gestante es la madre biológica del niño, lo que incrementaría los problemas que hemos ido estudiando por el hecho de existir este vínculo biológico entre ambos<sup>23</sup>. Por tanto, resulta más acertado hablar de la maternidad

---

quaestionis en el ordenamiento jurídico español y perspectivas de futuro”. En: César ORTEGA ESQUEMBRE, Andrés RICHART PIQUERAS, Víctor PÁRAMO GALERO, Christian RUÍZ RUBIO. “*El mejoramiento humano: avances, investigaciones y reflexiones éticas y políticas*”. España: Editorial Comares, 2015, págs. 607-616.

<sup>21</sup> “Desde una óptica del Derecho civil son innumerables las propuestas que han tenido lugar sobre la cuestión desde hace unos años y, especialmente, en España. Ciertos autores coinciden con el criterio legal vigente en Derecho español, que, como es ampliamente sabido, indica que estos contratos de maternidad subrogada son nulos de pleno derecho (art. 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida) y que el nacido como consecuencia de estos contratos de gestación por sustitución es “hijo” de la mujer que da a luz (art. 10.2 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Estos especialistas no ven razón alguna para cambiar el criterio legal vigente en España. Aluden al hecho de que, desde su punto de vista, la prohibición debe permanecer para evitar el comercio sobre el cuerpo humano y sobre las personas, así como la explotación de la mujer gestante, de forma que se debería confirmar que el estado civil es indisponible por los particulares. Otros especialistas entienden, por el contrario, que dicha prohibición ha quedado desfasada por la realidad social y que, en consecuencia, debe ser derogada y superada. En esta línea, son numerosos los expertos de Derecho civil que afirman que la Ley española debe admitir la gestación por sustitución, al menos en ciertos casos. En suma, estos especialistas han puesto de relieve que el Derecho español debería admitir la celebración y ejecución de estos contratos, así como la filiación de los nacidos en relación con los comitentes (= “*intended parents*”) y no con la madre que da a luz. Claro que a partir de aquí se abre la caja de Pandora y la doctrina civilista, con la mejor de las intenciones, entra con gran frecuencia en auténticos ejercicios de “lefeferendismo”, esto es, en la formulación de consejos dirigidos al legislador en los que se le dice a éste “qué es lo que tiene que hacer”. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*”. 2015, Vol. 7, Nº 2, pág. 47.

<sup>22</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, pág. 150.

<sup>23</sup> “La maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*), y la gestacional o parcial (*gestational surrogacy*). En la primera modalidad, la madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermia del padre comitente o de un donante. Puesto que es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, es suficiente el recurso a la inseminación artificial (en adelante, IA). Los avances experimentados en las TRA, especialmente a partir de los años noventa, motivaron que la maternidad subrogada gestacional o parcial fuera sustituyendo a la tradicional. En la maternidad subrogada gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco o bien, como sucede en la práctica, una donante anónima. Dado que la maternidad subrogada gestacional o parcial disocia la maternidad genética y gestacional, requiere que la fecundación del óvulo u óvulos con espermia del padre comitente o de donante se lleve a cabo en el laboratorio, a partir del recurso a una técnica más sofisticada que la IA, como es la fecundación “*in vitro*” (en adelante, FIV), seguida de la transferencia al útero de la madre subrogada del embrión o embriones resultantes”. FARNÓS AMORÓS, Esther. “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2010, Nº 1, págs. 5-6.

subrogada gestacional, en la que el material genético que se aporta es de los padres de intención, que en la mayoría de los casos serán los padres biológicos del menor<sup>24</sup>.

Por ello, consideramos que es conveniente destacar la evolución que está suponiendo el hecho de acudir a estas técnicas de reproducción asistida, que se relaciona con la existencia de nuevos medios para poder formar una familia<sup>25</sup>. Además, entendemos que se está produciendo una importante evolución en torno al “antiguo concepto de filiación” recogido en el art. 108 de nuestro Código Civil, que sólo prevé la filiación matrimonial/no matrimonial y adoptiva, dejando un vacío legal para el tipo de filiaciones surgidas de la maternidad subrogada; y también respecto a los principios de Derecho Romano “*mater certa est*” y “*pater est quem nuptiae demonstrant*”, dado que ahora, como hemos explicado, y gracias a las TRA, el hecho de tener hijos ya no proviene de la exclusiva relación entre un hombre y una mujer, e incluso puede procrearse aportando material genético de terceros anónimos, lo que supone un importante avance y una quiebra respecto a estas ideas y principios iniciales y obsoletos<sup>26</sup>.

#### 4. La cuestión sobre la filiación del menor: el artículo 116 CC

Una preocupación inminente que plantea el tema de la maternidad subrogada es determinar qué estatus jurídico es aplicable a los menores concebidos a través de una gestación por sustitución, que están al cuidado de personas que son padres de sus hijos con arreglo a las leyes extranjeras. La clave está en razonar sobre el caso concreto e intentar determinar si cualquier tipo de filiación derivada de maternidad subrogada puede afectar a nuestro orden público, puesto que no en todos los casos se cosifica al nacido ni se denigra a la mujer gestante<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> “Estos tres últimos supuestos serían variantes de la denominada *maternidad subrogada gestacional o parcial*, caracterizada como hemos visto por el hecho de que la gestante no aporta material genético propio, disociándose la maternidad genética y la gestación. Se realiza normalmente a través de fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVTE). Aunque es un procedimiento más complicado y de mayores costes psicofísicos y económicos que el de maternidad subrogada tradicional, actualmente es el de mayor relevancia práctica, porque —salvo en el supuesto que hemos visto como d)— se produce una mayor intervención genética por parte de los comitentes —en especial, cuando el óvulo proviene de la propia mujer comitente en parejas heterosexuales—, lo que hace que tiendan más a una variante que aporta mayor proximidad genética con ellos y, a la inversa, la falta de vínculos genéticos con la gestante hace que en ocasiones tienda a verse más favorablemente”. JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)”. *Revista Boliviana de Derecho*. 2014, Nº 18, págs. 405-06.

<sup>25</sup> “Desde este contexto, emergió la figura de la subrogación, la cual puede dividirse en tradicional y gestacional. La primera se presenta cuando una mujer acepta quedar embarazada con la esperma de un hombre casado, y luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé fruto de ese procedimiento, se entiende que los padres del recién nacido son el hombre y su esposa. Por su parte, la subrogación gestacional existe cuando el esperma de un hombre casado se integra con el ovocito o huevo de su esposa, y el embrión que resulta de dicho procedimiento se implanta posteriormente en el útero de otra mujer. Estas modalidades también se conocen con el nombre de subrogación parcial y subrogación total”. RODRÍGUEZ YONG, Camilo Andrés; MARTÍNEZ MUÑOZ, Karol Ximena. “El contrato de gestación subrogada: la experiencia estadounidense”. *Revista de Derecho*. 2012, Vol. 25, Nº 2, pág. 60.

<sup>26</sup> Vid. VILAR GONZÁLEZ, Silvia. “Situación actual de la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho de la UNED*. 2014, Nº 14, pág. 902.

<sup>27</sup> ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia; CARRIZO AGUADO, David. “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...? *La Notaria*. 2014, Nº 2, pág. 60.

Importante es, por tanto, destacar qué pasa en los casos de GS con la filiación del menor, dado que en nuestro Código Civil no se hace referencia a este tipo de situaciones surgidas de un contrato de maternidad subrogada<sup>28</sup>.

Las nuevas concepciones y formaciones de familia son realidades que se han ido formando hace tiempo, incluso antes de que existiese una norma que lo regulase; si bien es cierto que la creación de muchas normas ha propiciado y favorecido que vayan surgiendo nuevos fenómenos y nuevas ideas en torno a estas consideraciones.

En este punto debemos destacar un fragmento de la Sala 1ª del TS (RJ2011/320), que afirma que *“el sistema familiar es plural, es decir, que, desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales”*.

En este sentido, a llamada *“revolución reproductiva”* normalizada actualmente en nuestro ordenamiento por Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA) permite paternidades y maternidades inicialmente inconcebibles que contribuyen a que proliferen nuevos núcleos de convivencia a los que catalogar como modelos familiares. Así, maternidad sin paternidad, paternidad sin maternidad, paternidad o maternidad de ambos miembros de una pareja homosexual o paternidad o maternidad de sujetos inicialmente estériles<sup>29</sup>.

En España esta ley prohíbe los contratos de GS, considerándolos nulos de pleno derecho. Es por este motivo que muchas personas y parejas que quieren ver cumplidos sus deseos de ser padres se ven obligados a tener que traspasar fronteras para poder acceder a la paternidad. Y es aquí donde empieza el problema, dado que nos encontraremos con un conflicto de normas: un país que no admite la GS y uno que sí, por lo que cuando el niño nace y se traslada a su país de residencia se encuentra con el problema de que las normas de su propio país no lo amparan, dejándolo en una situación de desprotección absoluta.

Es por ello, que los cambios sociales y legislativos sobre el concepto de *“familia”* necesitan cada vez más que el Derecho de Familia se adapte a estas nuevas realidades, dado que muchas de estas normas van quedando obsoletas porque siguen identificando el concepto de familia con los modelos tradicionales que ya hemos mencionado. Por tanto, cuando las normas se paralizan y no avanzan con los tiempos, no pueden dar soluciones ajustadas a los conflictos que van surgiendo<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Vid. art. 108 CC, que determina que existen dos tipos de filiación: natural (matrimonial y no matrimonial) y adoptiva.

<sup>29</sup> DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, Mª Soledad. “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal: A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2015, Nº 1, pág. 4.

<sup>30</sup> “A partir de la irrupción de nuevas técnicas de reproducción asistida, el nacimiento del primer bebé probeta en julio de 1978, y, por tanto, de nuevos medios para formar una familia, se han quedado obsoletos los supuestos de filiación previstos en el artículo 108 del Código Civil ( filiación por naturaleza -matrimonial o no matrimonial- y filiación por adopción), mostrándose claramente el Derecho algo rezagado con respecto a la realidad social existente debido a los numerosos debates y dilemas éticos que surgen en torno a estos supuestos, especialmente, en relación con la técnica de la gestación por subrogación, que quiebra claramente los tradicionales principios jurídicos de Derecho romano *«mater semper certa est»* y *«pater est quem nuptiae demonstrant»*, ya que permite separar el hecho de tener hijos de la unión sexual entre el varón y la mujer, e incluso que se pueda procrear sin la participación

Por ejemplo, gracias a que se promulgó la ley 13/2005, se modificaron una serie de normas para contraer matrimonio y se permitió hacerlo a las personas del mismo sexo, lo que supuso un gran avance en esta materia. Pero en los casos de GS todavía no se ha producido este avance, por lo que siguen vigentes normas muy antiguas que no están sabiendo resolver estos nuevos tipos de situaciones y cuyos conceptos tradicionales chocan con la nueva realidad.

El problema para estos casos lo plantea el art. 10 LTRHA, que establece lo siguiente:

*“1. 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.*

*2. La **filiación** de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el **parto**.*

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

Por tanto, de la lectura de este artículo llegamos a la conclusión de que esta Ley, que en principio parece tan innovadora, cojea al tratar la GS y se mantiene en una posición más conservadora, lo que no ayuda en absoluto a aquellas situaciones que, pese a su prohibición, se producen y se dan en la realidad.

Con todo esto, cada vez se hacen más comunes los problemas que giran en torno a la determinación de la filiación del menor como los casos en que el Estado de residencia de los padres comitentes se niegue a conceder un visado al menor para poder viajar a dicho país. Esto provoca serias dificultades tanto para los padres como para los menores que no pueden regresar a su Estado de origen, debiendo permanecer entonces en aquel Estado donde se ha permitido y se ha llevado a cabo el contrato de gestación. Pero el problema es que no pueden permanecer en este Estado de forma indefinida y en muchas ocasiones los padres se ven obligados a volver a su país sin poder llevarse a los niños consigo. Todo esto se agrava en los casos, como veremos más adelante, en que el Estado de origen se niega a conceder la nacionalidad a los menores por haber nacido en un país extranjero, lo que genera una situación de desprotección total de los menores al no otorgarles una filiación cierta.

En fin, son numerosos los impedimentos y las dificultades que surgen en torno a los contratos de GS, sobre todo la incertidumbre normativa que existe a la hora de determinar la filiación de los menores y la situación de desamparo en la que se encuentran en la mayoría de estos casos. Por ello, iremos viendo y explicando a lo largo de este trabajo toda la diversidad de situaciones con el fin de aclarar y dar una solución correcta y adecuada a los problemas que se van planteando.

## **5. Criterios sostenidos por la doctrina en torno a la gestación subrogada**

La maternidad subrogada plantea una gran diversidad de cuestiones tanto éticas como jurídicas, por lo que tiene detractores, gran parte de la doctrina civilista y muchos defensores, especialistas en fertilidad, agrupados en la Sociedad de Reproducción Humana y Embriología (E.S.H.R.E.) y muchos juristas especialistas en Derecho Internacional Privado<sup>31</sup>.

---

biológico-genética de la pareja y/o sin su conocimiento”. VILAR GONZÁLEZ, Silvia. “Situación actual de la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho de la UNED*. 2014, N° 14, pág. 902.

<sup>31</sup> CRUZ MÉNDEZ, José Manuel. “La maternidad subrogada”. *Anuario de la Facultad de Derecho*. 2012-2013, N° 30, pág. 644.

Partiendo del estudio de tres autores fundamentales, podemos extraer una serie de pensamientos y opiniones acerca de este tipo de contratos.

El primero de los argumentos que ofrece el sector más conservador es la de considerar este tipo de contratos como un “*comercio*”, incluso aquellos más atrevidos se aventuran a incardinarlos dentro de los *contratos de arrendamiento de obra y servicio*, siendo las partes implicadas la madre gestante, los comitentes y el médico. Tratamiento y denominación que nos parece totalmente exagerado, porque hay quien olvida que las partes implicadas en este caso son el cuerpo de una mujer y la entrega de un bebé, lo que dista bastante del objeto real de este tipo de contratos<sup>32</sup>.

Asimismo, la utilización de la palabra “*comercio*” nos parece del todo desacertada, ya que se hace referencia al mismo como que se compra el cuerpo de una mujer, y se las explota para que tengan hijos y se les paga por ello<sup>33</sup>. Pero en este tipo de actividades al intervenir el cuerpo humano es lógico que se generen una serie de gastos, pero no implica por ello que se pueda hablar de comercio, dado que los mismos gastos pueden derivarse de la donación de semen o de óvulos, e incluso en los casos en que las personas se someten a la prueba de ciertos medicamentos. El error que tienden a cometer los Tribunales es el de generalizar, y si en un caso se produce este “*comercio*” no puede extenderse a todos los casos, ya que tienen unas consecuencias muy serias, por tanto, hay que estar al caso por caso y no hablar de que “*en todos los casos se produce el comercio del cuerpo de la mujer*”, porque no tiene por qué ser así<sup>34</sup>. Y es tan simple como entenderlo con un ejemplo: pongamos que la hermana de una mujer se ofrece para gestar a su sobrino, porque su hermana no puede. Como vemos, aquí no hay beneficio, porque es su hermana. Por tanto, en este caso no podemos aplicar la generalización de

---

<sup>32</sup> Vid. arts. 1542 a 1603 CC.

<sup>33</sup> “Teniendo en cuenta lo anterior, para salvar el obstáculo del comercio realizado sobre el cuerpo humano, algunos proponen dotar de similitud la adopción a la gestación por sustitución, para evitar la nulidad del contrato de maternidad subrogada. Si bien es cierto, hay voces muy contrarias a esta equiparación entre ambas figuras legales, puesto que ello provocaría dificultad para encontrar mujeres que estén dispuestas a quedarse embarazadas y a entregar al hijo de modo totalmente desinteresado. Incluso el acuerdo por subrogación puede constituir fuente de conflictos de intereses entre los comitentes, la madre sustituta y el hijo, y, en todo caso, algunos autores consideran que no está justificado «crear» una nueva criatura para satisfacer el deseo de paternidad o maternidad, frente al hecho de que ya existen niños que están desamparados y necesitan un entorno familiar donde crecer y educarse”. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia; CARRIZO AGUADO, David. “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...? *La Notaria*. 2014, Nº 2, pág. 64.

<sup>34</sup> “Contrarios a esta figura argumentan que se trata de contratos inmorales y que, de celebrarse un convenio de esa naturaleza, sería nulo, por estar las personas fuera del comercio, no pudiendo ser las mismas objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respecto al ser humano. Para otros supone una explotación de la mujer, debido a que conlleva a la utilización de las mujeres pobres por las ricas o la utilización de las mujeres de países del tercer mundo, por las mujeres del primer mundo. Y los que piensan que la maternidad es un proceso natural, por lo que al incorporar otras variables se desnaturaliza este proceso tornándose moralmente inaceptable. Este escenario ha dado lugar a su rechazo, pues consideran que las mujeres son manipuladas como si fuesen cautivas, siendo ésta una forma más de apropiación, control y explotación de la mujer. La Organización Panamericana de la Salud (O.P.S.), afirma que la mujer que actúa como madre subrogada apremiada por su situación económica, no establece una relación contractual entre iguales. Otro añadido es que el precio es bastante alto, lo cual restringe la posibilidad de acceder a ella solo a personas que tengan suficientes recursos económicos. También existe el argumento que la madre subrogada plantea problemas de difícil solución en el caso de aborto o que a libertad de disposición del cuerpo no puede incluir la comercialización del proceso generativo, sometiendo la voluntad de la mujer a cláusulas limitativas de su libertad respecto al desarrollo del proceso gestacional y de las decisiones que deban tomar respecto al feto mientras dure la gestación.”. Cfr. CRUZ MÉNDEZ, José Manuel. “La maternidad subrogada”. *Anuario de la Facultad de Derecho*. 2012-2013, Nº 30, págs. 644-645.

que el contrato de gestación por sustitución es un “comercio”, ya que hay que demostrar todo ese comercio y que era comprado su consentimiento y que efectivamente a esa mujer se la explotó para tener al bebé. Por tanto, para poder decir que este contrato se trata de un “comercio”, tenemos que demostrarlo, no podemos alegarlo así como así<sup>35</sup>.

En este tipo de argumentos se sitúan, asimismo, la mayoría de corrientes feministas, que entienden que el cuerpo de la mujer siempre ha sido tratado como un objeto y ha sido degradado y explotado. Pero este tipo de contratos se caracterizan principalmente por la libertad de la mujer gestante que decide hacerlo, porque lo elige libremente y bajo su responsabilidad.

Para un sector de la doctrina, la realidad demuestra que las mujeres más pobres o vulnerables son las que se encuentran más expuestas a ese tipo de explotación. De manera especial, en aquellos contextos culturales en los que existe una mayor subordinación de la mujer al varón, y rigen estrictos sistemas patriarcales, las mujeres están especialmente desprotegidas ante la posible instrumentalización de su cuerpo y consiguiente utilización para fines ajenos. Muchas corrientes feministas están en contra de la subrogación del vientre como práctica *lucrativa* “ya que, además de convertir a la mujer en un objeto, conduce a una clara discriminación entre mujeres ricas y pobres, ejercitando una especie de coerción económica sobre la mujer más necesitada”<sup>36</sup>.

Frente a esta postura es merecido hacer una serie de consideraciones.

Un amplio sector de la sociedad habla de la vulnerabilidad y la pobreza de algunas mujeres en ciertos países, condición que puede aprovecharse para que estas gesten a los niños. Pero es cierto que en muchas ocasiones estas mujeres, dado sus condiciones, se ven obligadas también a realizar tareas no muy deseables para poder vivir, como someter su cuerpo a pruebas farmacológicas, o mismamente a prostituirse. Entonces es aquí donde debemos parar y reflexionar: ¿el hecho de que muchas mujeres se vean obligadas a realizar trabajos menos dignos, como en estos casos, supone una explotación de su cuerpo? Y más aún, ¿si estas mujeres no necesitasen el dinero trabajarían en este tipo de oficios y prácticas? No olvidemos que estamos hablando sobre situaciones de pobreza y vulnerabilidad.

---

<sup>35</sup> “En aquellos países en los que la maternidad por subrogación es aceptada legalmente, se la tiende a considerar como un contrato entre las partes, cuyo contenido suele ser denominado “servicio gestacional”. En realidad, se entiende que el propio cuerpo, con todas sus implicaciones físicas y psíquicas, racionales y emocionales, puede ser objeto de una transacción económica. Dicha transacción suele estar muy bien retribuida, debido a las consecuencias físicas y psicológicas que la situación puede acarrear a la portadora. Desde ciertos sectores se sostiene que, a pesar de los problemas que se suscitan, es preferible regular la maternidad por subrogación que prohibirla, ya que siempre va a haber países que la permitan y, de esta forma, se evitaría la especulación y el turismo procreativo”. LÓPEZ GUZMÁN, José; APARISI MIRALLES, Ángela. “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”. *Cuadernos bioéticos*. 2012, Vol. 23, Nº 78, pág. 258.

<sup>36</sup> “En esta línea, para muchos, el contrato de maternidad por subrogación debería estar prohibido de igual forma que se prohíbe, por ejemplo, que los participantes en un ensayo clínico lo hagan por una compensación económica, o sea retribuida la donación de sangre. A este respecto, el Comité Nacional de Ética francés indicó, en 2010, que la gestación por cuenta ajena comportaba riesgos éticos muy graves que ninguna norma jurídica podía evitar. Representa una nueva forma de explotación de la mujer, negando la indisponibilidad del cuerpo humano que, como ya se ha indicado, no puede ser considerado como un objeto de comercio”. LÓPEZ GUZMÁN, José; APARISI MIRALLES, Ángela. “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”. *Cuadernos bioéticos*. 2012, Vol. 23, Nº 78, págs. 259-260.

Entonces llegamos a la última pregunta. Si estas situaciones degradan la dignidad y el cuerpo de la mujer, ¿quiere decir eso que no pueden trabajar como tal porque se está aprovechando de su situación de necesidad? En muchas ocasiones, sí. Pero la diferencia viene en que estas situaciones no son muy parecidas al hecho de ser madre de alquiler. Y sin equiparar una cosa con la otra, ¿qué pasaría en los mencionados casos de prostitución? ¿Quién alquila el cuerpo lo está explotando? Y entonces ¿sería moralmente objetable este tipo de práctica? Estimamos que no.

Seguramente en estos casos haya muchas mujeres que tengan dificultades económicas y con muchas necesidades, pero los motivos que las pueden llevar a decidir realizar este tipo de prácticas son muy variados y más complejos de lo que creemos. De todos ellos podemos extraer un factor común que es la supuesta explotación del cuerpo de las mujeres que tiene escasez de recursos y se encuentra en situaciones delicadas o de pobreza, situaciones que las llevan “*forzosamente*” a realizar actividades que no desean o no les gustaría. No obstante, el hecho de que una mujer se dedique a realizar duras pruebas de fármacos o experimentos con su cuerpo, nadie lo considera inmoral, incluso nadie se atreve a opinar al respecto sobre la consideración de qué supone la prostitución sobre el cuerpo de una mujer. Entonces..., ¿por qué a los casos de GS se les concede esta duda de moralidad? Y ¿por qué se habla entonces en estos casos de GS de explotación, de situación de pobreza y de aprovechamiento de la mujer? Porque si se entiende para uno, ha de entenderse por analogía para todos y cada uno de estos casos que impliquen el sometimiento del cuerpo de la mujer<sup>37</sup>.

Por tanto, ¿qué es lo que podría evitar la explotación de las mujeres en estos casos? ¿Qué digamos que son inmorales? ¿Prohibirlas? Obviamente no, lo que necesitamos es que el Estado regule con cautela todas estas situaciones para evitar que sucedan. Y queremos decir, que, ante situaciones análogas o similares, el tratamiento que se ofrezca para una se ofrezca para el resto.

Lo mismo ocurre con quien opina que este tipo de *contratos* “*atentan contra la dignidad de la persona y con la protección de la infancia*”, ¿y, por ejemplo, la investigación de la paternidad no la vulnera? Como ya hemos dicho anteriormente, se trata de otro caso que debe examinarse aisladamente, sin generalizar, no porque en un caso se vulneren estos principios tienen que vulnerarse en todos<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> “Desde posiciones contrarias, se argumenta que considerar ineficaces estos acuerdos no sólo trivializa el rol de la voluntad en la toma de decisiones reproductivas, sino que contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la imprevisibilidad de las decisiones de las mujeres y a la inevitabilidad de su destino biológico. En último término, la anulación de los acuerdos de maternidad subrogada exalta las experiencias de la gestación y el parto por encima de la formación de decisiones y expectativas emocionales, intelectuales e interpersonales por parte de las mujeres. En una posición intermedia, hallamos posturas eclécticas que parten de la base que debe otorgarse eficacia a estos acuerdos, siempre que garanticen el derecho de la madre subrogada a cambiar de opinión después del parto. Según esta tesis, la posibilidad que algunas candidatas a madre subrogada no comprendan “*ex ante*” el alcance real de la renuncia que están llevando a cabo no justifica la prohibición de la práctica, sino que tan sólo es un incentivo para crear las condiciones óptimas que permitan tomar en consideración las posibles asimetrías informativas”. FARNÓS AMORÓS, Esther. “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2010, Nº 1, págs. 6-7.

<sup>38</sup> “A pesar de los efectos negativos de los cuales ha sido acusada la práctica de la maternidad subrogada, existen varias razones por las cuales las mujeres deciden hacer parte de este procedimiento. en el año 2003 se realizó una encuesta a 34 mujeres que habían sido madres subrogadas. Allí se pidió a estas que identificaran las razones que las motivaron a participar, obteniéndose los siguientes resultados. el 91% (31 personas) de ellas manifestó que había decidido participar en la subrogación porque quería ayudar a la pareja que no tenía hijos, el 15% (5 personas) porque disfrutaba del embarazo, el 6% (2

Sobre el término utilizado en DIPr del “*fórum shopping*” o foro de conveniencia, también es muy criticado por el hecho de que los padres están llevando a cabo una conducta o comportamiento fraudulento al irse a países donde se permite la GS para poder ser padres<sup>39</sup>. Pero como veremos más adelante, no debemos olvidar que aquí hay un interés en juego muy importante, que es el “*interés superior del menor*”, y en estos casos la ley debe ceder a favor de este principio de mayor valor, dado que lo que se pretende es la protección del menor en todo caso, lo que conlleva a que se acepte su filiación en el país de residencia en lugar de denegarse.

Quien se posiciona a favor lo hace argumentando que este tipo de técnicas constituye una buena alternativa para aquellos que no pueden tener hijos<sup>40</sup>. Y en esta postura es importante destacar el informe de la “*European Society of Human Reproduction and Embryology*”, que sostuvo que la gestación por sustitución es un procedimiento aceptable, siempre que sea altruista y para ayudar a una pareja para la que es imposible o tiene médicamente contraindicado para llevar un embarazo<sup>41</sup>. Para la E.S.R.H.E. las

---

personas) por autorrealización (*self-fulfillment*), y finalmente, 3% (1 persona) por el pago de una remuneración. Por su parte, las parejas que han decidido tener un hijo mediante la figura de la maternidad subrogada han tenido como motivaciones principales la infertilidad de la pareja, el tiempo y los costos inherentes a un proceso de adopción, la existencia de una anomalía genética en la esposa que puede ser transmitida al bebé, y la decisión de la mujer, por razones de conveniencia y sin que exista una razón médica, de no tener un hijo por ella misma”. RODRÍGUEZ YONG, Camilo Andrés; MARTÍNEZ MUÑOZ, Karol Ximena. “El contrato de gestación subrogada: la experiencia estadounidense”. *Revista de Derecho*. 2012, Vol. 25, Nº 2, págs. 61-62.

<sup>39</sup> “De ahí, que cuando un ciudadano español se desplaza al extranjero para formalizar un contrato de gestación por sustitución para satisfacer su deseo de maternidad y/o paternidad, está incurriendo en una vulneración o fraude de ley de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12, apartado 4 del Código Civil que consagra que: “Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española”. También podemos decir que recurren a lo que se ha llamado *fórum shopping fraudulento*. Esto es, que contraponen la regulación del país donde es legal la maternidad subrogada y la española que la prohíbe, con la esperanza que, entre dos posibles legislaciones, les sea aplicable la más conveniente a sus intereses”. VELARDE d’AMIL, Yvette. “Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011 826/2011: No inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*. 2012, Nº 3, pág. 64.

<sup>40</sup> “Por otro lado, en la actualidad, este tipo de maternidad ha dejado de ser una opción excepcional, a la que recurrían parejas con imposibilidad de llevar a cabo una gestación. Se trata de una posibilidad que se ofrece a cualquier persona que desee un hijo y no pueda gestarlo, como es el caso, por ejemplo, de los homosexuales. A pesar de tratarse de una técnica sumamente costosa, ha adquirido un especial protagonismo por ser una opción adoptada por numerosos personajes famosos. La publicidad generada por estos procesos ha dotado a la maternidad subrogada de un aura de normalidad que tiende a privar al hecho en sí de su relevancia antropológica”. LÓPEZ GUZMÁN, José; APARISI MIRALLES, Ángela. “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”. *Cuadernos bioéticos*. 2012, Vol. 23, Nº 78, págs. 257-258.

<sup>41</sup> “En un extremo contrario se sitúan aquellos que consideran que las técnicas de reproducción asistida permiten que den vida personas que están impedidas por naturaleza para hacerlo. La reproducción se libera así de sus condicionantes naturales y pasa a depender de la voluntad, de modo que será padre o madre quien quiera serlo, con independencia de la técnica empleada, que no es más que un instrumento para el mejor desarrollo de la personalidad humana. Siguiendo este razonamiento, entienden que las inercias culturales imperantes, elaboradas en torno a estadios técnicos menos evolucionados que los actuales, llevan a sobrevalorar los vínculos creados durante la gestación entre la portadora y el feto, de modo que se considera a la mujer gestante como incapaz de tomar una decisión completamente libre. Frente a esto, reivindican que las mujeres son tan capaces como los hombres de liberarse de los condicionantes que les impone la naturaleza, dado que el embarazo no las convierte en menores de edad. Y, a mayor abundamiento, los defensores de la admisibilidad de la gestación de sustitución sostienen que inadmitir los acuerdos de maternidad subrogada supondría colocar, arbitraria y generalizadamente, las experiencias de la gestación y el parto en un nivel de satisfacción superior al que puede proporcionar a una mujer saber que ha permitido tener hijos a personas que no podían por sí mismas”. BATALLER i

objeciones morales contra el procedimiento no son razones suficientes para prohibir completamente la gestación por sustitución, siendo esencial la existencia de medidas y directrices con el fin de proteger a todas las partes, para garantizar la toma de buenas decisiones y minimizar el riesgo<sup>42</sup>.

En fin, se sostiene que, si bien una de las principales objeciones a la gestación por sustitución es que es inmoral, el argumento de que la ley debe castigar la inmoralidad es antiguo y está desacreditado<sup>43</sup>. La opinión de que la ley debe regular la conducta de acuerdo a la moral ha sido refutada con éxito hace más de 150 años por John Stuart Mill, que introdujo el “*principio del daño*”, un hito de valor incalculable para cualquier sociedad liberal y pluralista. Por lo tanto, se argumenta que la moralidad convencional no debe limitar la libertad de las personas a participar en actividades consensuadas cuando éstas no puedan dañar a otros, conforme se verá luego. En similar sentido, se afirma que el Estado no debe hacer cumplir un conjunto de valores a quienes no comparten esos valores y, en ausencia de daño demostrable para los niños u otras personas involucradas, debería permanecer neutral. Además, porque no hay solución para quien quiere ser madre jurídica, pero necesita de otra para gestar (por razones biológicas o médicas, como por ejemplo para los casos de carencia congénita de útero – síndrome de Rokitanski–). En cambio, si la mujer que quiere tener un hijo precisa del óvulo de otra, sin que presente anomalías fisiológicas para gestar, aparecerá como madre por el parto y, en principio, se ajusta a las exigencias jurídicas para ser la madre legal que pretende ser. Así, ante el análisis comparativo de las situaciones se sostiene que la admisión de la gestación por sustitución se presenta como una solución más

---

RUIZ, Enric. “Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución”. *Actualidad jurídica iberoamericana*. 2015, Nº 2, pág. 781. “Por otro lado, un número cada vez más creciente de doctrinarios se muestran a favor de la gestación por sustitución sobre la base de que ésta importa una manifestación del derecho a procrear. Se argumenta que en la salvaguarda de la dignidad humana no se encuentra en absoluto el único valor fundamental que debe asegurarse frente a la gestación por sustitución, pues hay que pensar también en la protección del matrimonio o de la familia, particularmente en su tradicional función procreadora. También se apela a la libertad reproductiva que importa la libertad de procrear o no, elegir cuándo, con quién y cómo hacerlo, y al derecho de las gestantes a servirse libremente de su cuerpo. También se recurre a los principios de igualdad y no discriminación para argumentar a favor de la regulación y admisión de esta figura atento a que es la única opción que tiene una pareja de dos varones de tener un hijo genéticamente propio”. LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución: realidad y Derecho”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2012, Nº 3, págs. 7-8.

<sup>42</sup> LAMM, Eleonora. “*Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”. Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, págs. 7-335.

<sup>43</sup> “Como siempre sucede ante la aparición de novedades biotecnológicas fuertemente controvertidas, se identifican de inmediato tres tipos de posiciones: la “tecno-entusiasta”, que destaca las nuevas posibilidades de satisfacer la maternidad/paternidad que ofrece esta biotecnología y aboga por la liberalización y la autorregulación; la “prudente”, que alerta acerca de los problemas y riesgos que entraña pero confía en la posibilidad de establecer una adecuada regulación para garantizar su buen uso, y la “tecno-desconfiada”, que entiende que estas intervenciones suponen atentados directos contra bienes fundamentales de las personas o de la sociedad y que, en consecuencia, deberían ser prohibidas con carácter general. En todo caso, existe una creciente presión para que tanto los estados como los organismos internacionales que se ocupan de cuestiones relacionadas con la bioética adopten una posición sobre esta práctica. A nivel internacional no existe ninguna normativa al respecto. Ni el Consejo de Europa, ni la UNESCO –los organismos internacionales que han aprobado las principales normas sobre bioética de alcance internacional– se han pronunciado sobre esta materia hasta ahora”. BELLVER CAPELLA, Vicente. “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones: el caso de la maternidad subrogada internacional”. *Revista SCIO*. 2015, Nº 11, pág. 22.

justa. ¿Por qué es más digno y aceptable que una mujer tenga hijos con óvulos donados, que lo haga recurriendo a la donación de la “capacidad de gestación”<sup>44</sup>?

## II. EL TURISMO REPRODUCTIVO O “FERTILITY TOURISM”.

En los últimos años, venimos asistiendo a la eclosión de un nuevo fenómeno global, propiciado por la situación legal y social existente en diversos países, el denominado “turismo procreativo internacional” o “turismo de fertilidad internacional”, también conocido como “Cross-Border Reproductive Care” (CBRC). En términos generales, puede decirse que este fenómeno tiene lugar cuando ciudadanos que residen en un Estado se desplazan a otro para acceder a una determinada técnica de reproducción asistida (en adelante, TRHA), bien porque el tratamiento en cuestión está prohibido en su país de origen, bien porque el Estado al que se viaja proporciona el mismo 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)<sup>45</sup>.

El “turismo reproductivo” es preocupante por varias razones: es sólo una opción para las personas que pueden económicamente permitírselo; es imposible un absoluto control en la calidad o la seguridad de los servicios ofrecidos que pueden presentar riesgos para las madres y los niños, y que implica y aumenta el riesgo de que las mujeres que viven en países en desarrollo sean explotadas por aquellos que provienen de países más ricos<sup>46</sup>. Además, desde que las prohibiciones legales suelen ser un reflejo del consenso social, es preocupante que algunos pretendan eludir las leyes de un país para ir a otro, donde las leyes son más laxas. El turismo reproductivo también deja entrever la idea de que la reproducción humana es un objeto del comercio. Los términos “baby business” (“negocio de los bebés”) o “industria reproductiva” también ilustran esta integración de la reproducción humana en el dominio del comercio<sup>47</sup>. Algunos autores creen que las

---

<sup>44</sup> Cfr. LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución: realidad y Derecho”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2012, N° 3, pág. 8.

<sup>45</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2014, Vol. 6, N° 2, pág. 149.

<sup>46</sup> “No obstante, son escasos los ordenamientos jurídicos a nivel internacional que regulan la maternidad subrogada de forma favorable. Esta eventualidad no ha impedido que estos países se hayan convertido en el destino elegido por aquellas personas que ven en esta técnica de reproducción humana asistida, su única o su última oportunidad de formar una familia. Ocasionando, el llamado *turismo reproductivo*. Se trata de toda la organización que lleva implícita la elección por las personas interesadas, de la maternidad subrogada como técnica reproductiva y que incluye los viajes previos de contacto con la clínica u hospital que se encargará del procedimiento y la selección de la madre incubadora; la donación de gametos; los sucesivos encuentros para evaluar la evolución del embarazo; el viaje final para asistir al parto y toda la tramitación de los certificados y documentos legales necesarios para poder inscribir en el Registro Civil consular correspondiente, la filiación del nacido”. VELARDE d’AMIL, Yvette. “Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011 826/2011: No inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*. 2012, N° 3, pág. 62.

<sup>47</sup> “El campo de estudio del Derecho internacional privado debe ceñirse, naturalmente, a los supuestos internacionales de gestación por sustitución (= “casos con elementos extranjeros”). En general, los casos más frecuentes son los que se veri can cuando numerosos ciudadanos con residencia habitual en un Estado, como España, cuya legislación es restrictiva sobre el particular se trasladan a países con legislaciones que admiten la gestación por sustitución y que consideran que el menor nacido tras estas técnicas es, legalmente, “hijo” de los comitentes, sea de quien sea el material genético aportado. En tales Estados, los comitentes contratan a la “madre sustituta” / “mujer gestante” y allí nace el hijo. Es frecuente

leyes deberían reforzarse, convirtiendo este tipo de turismo en ilegal. Otros ven una oportunidad de armonizar las leyes y facilitar la legislación para que la gente pueda satisfacer su deseo de tener un hijo donde sea posible y luego volver a casa<sup>48</sup>. Por último, otros ven esta práctica como una garantía de equidad y autonomía para los futuros padres<sup>49</sup>.

La cuestión jurídica por excelencia que surge en estos casos es, desde un estricto enfoque de DIPr., la precisión de la filiación en el orden jurídico español de los menores nacidos en otro país tras una gestación por sustitución. En efecto, tales menores son considerados en ese otro país como “hijos” de los comitentes, lo que contrasta con la postura radical en contrario que existe en España en relación con estos contratos y con la regla de “filiación en favor de la madre gestante” (= “es madre la que pare”). Se trata éste de un tema de extraordinaria complejidad técnico-valorativa sobre la que se han sostenido, fundamentalmente, tres tesis. Estas tres tesis han sido defendidas por diferentes órganos judiciales y administrativos españoles, así como por autores diversos. Conviene, pues, recordar cuáles son estas tesis y también apropiado resulta tratar de dejar claro cuál de ellas es la más correcta en el sistema legal jurídico español<sup>50</sup>.

## 1. Tesis legales sostenidas por la doctrina en torno a este tipo de acuerdos.

### A. Tesis legeforista.

Esta tesis entiende que, si en España está prohibido el contrato de GS, entonces está prohibido en todo el mundo y que esa resolución que se adopta en el extranjero choca entonces con la ley española (art. 10 LTRHA). Al tratarse, por tanto, de una norma imperativa, no se puede burlar yendo a otro país. Lo que viene a determinar esta tesis es

---

también que regresen a España con el menor y con documentación oficial extranjera, registral o judicial, que indica que dicho menor es, en efecto, “hijo” de las personas que contrataron a la madre sustituta, y no de ésta. Bienvenidos al *Fertility Tourism*, -también llamado, de forma políticamente más correcta, “*Cross-border reproductive care*” (CBRC)-, un fenómeno que sólo debe y puede ser abordado con arreglo a los valores, normas y principios del Derecho internacional privado”. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2015, Vol. 7, Nº 2, pág. 49.

<sup>48</sup> “El turismo reproductivo da lugar a diferentes problemas. Especialmente se produce respecto a los niños nacidos en Rusia, Ucrania o la India (según la normativa vigente en la India, a los niños nacidos a través de gestación por sustitución se les extiende un certificado de nacimiento) donde figura la gestación por sustitución, se les extiende un certificado de nacimiento donde figura el nombre del padre, quien aportó el gameto masculino y como nombre la madre subrogante. El niño se encuentra en un limbo jurídico, vulnerando el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño realizado en Nueva York el 20 de noviembre de 1989. Caso contrario es cuando el acuerdo se ha realizado en un país como EE.UU. y conforme a las normas de ciudadanía, el niño que nace allí adquiere la ciudadanía de Estados Unidos y por lo tanto podrá viajar de regreso a su país con un pasaporte estadounidense. Las dificultades comienzan cuando regresan y los comitentes procuran la inscripción del certificado de extranjero y esto es denegado por razones de orden público. Como consecuencia de esta situación, el niño es residente en un Estado que no reconoce a sus padres como padres legales, lo que afecta al derecho del niño a la afiliación, adquirir una nacionalidad, el derecho del niño a la identidad. Prueba de ellos se encuentra el caso de los mellizos M&M resuelto por la Corte de Apelación de Lieja. No obstante, no sucedió lo mismo en Francia, con el conocido caso *Menesson*”. CRUZ MÉNDEZ, José Manuel. “La maternidad subrogada”. *Anuario de la Facultad de Derecho*. 2012-2013, Nº 30, págs. 647-648.

<sup>49</sup> Cfr. LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución: realidad y Derecho”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2012, Nº 3, pág. 22.

<sup>50</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2015, Vol. 7, Nº 2, pág. 52.

que no se da ningún efecto a este contrato, olvidándose de lo que diga el país extranjero que sí lo admite. Lo que pasa es que sigue existiendo, aunque se niegue su realidad. No es un caso que se realice en España, sino que se hace fuera, y en la que intervienen incluso órganos judiciales diferentes y estos casos no podrían tratarse como si fueran internos.

Pese a que esta tesis ha sido sostenida por muchos autores, esta tesis, sin embargo, es incorrecta. No encaja con la regulación positiva de DIPr. aplicable en España. También conviene recordar que esta tesis no ha sido seguida en ningún momento ni por la DGRN ni por el TS ni por el TEDH. En efecto, esta tesis incurre en una serie relevante de errores y por ello debe ser rechazada. Y estos errores podemos mencionarlos en los siguientes: 1) *considerar que el acta o certificación registral extranjera no es una “decisión” adoptada por una autoridad extranjera*; 2) *otorgar al art. 10 Ley 14/2006 un ámbito de aplicación espacial universal*<sup>51</sup>.

Por tanto, esta tesis pasa a descartarse de lleno, dado que se sostiene a través de un “*principio imperialista*”, que se niega a aceptar la filiación de los menores nacidos a través de GS, dado que prima en todos los aspectos lo que diga la ley española, dejando de lado lo que regulen otros ordenamientos.

## **B. Tesis internacionalista**

Aquí lo que pasa es que tenemos una resolución de un tribunal extranjero a la que no se le puede aplicar el derecho español. Por lo tanto, hay que ver si esa decisión cumple con los parámetros de reconocimiento de resoluciones extranjeras en España. Yo no puedo aplicar el derecho español a todo el mundo. No se puede aplicar siempre la ley española por el mero hecho de que sea imperativa, dado que hay más estados con sus leyes y pensamientos (tampoco hay que tragar con todo lo que digan, pero sí tenerlo en cuenta). Por tanto, en este punto se requiere cierto control jurídico y además se debe acreditar que la resolución extranjera no produce efectos contrarios al orden público español (hay que tener en cuenta su alcance) y si no se vulnera, hay que darle reconocimiento y producirá efectos.

Con la elaboración de la Instrucción 5 octubre de 2010 se persigue “*dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor*” y también proteger “*otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución*”, especialmente, se persigue “*la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres*” y también “*controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato*” de gestación por sustitución<sup>52</sup>.

Pese a que esta Instrucción ha sido fuertemente criticada, debemos decir en su favor que, gracias a ella, se ha conseguido dar solución y permitir que muchas situaciones de filiación creadas en el extranjero a través de contratos de GS hayan tenido acceso y hayan podido ser inscritas en el Registro Civil español, en los casos en que no ha existido, y así se ha acreditado, vulneración del orden público.

---

<sup>51</sup> Cfr. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2015, Vol. 7, Nº 2, pág. 56.

<sup>52</sup> Cfr. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2015, Vol. 7, Nº 2, pág. 61.

### C. Tesis intermedia

La DGRN elabora la Instrucción de 5 de octubre de 2010 en la cual, de una manera bien intencionada y creativa, exige que los padres presenten una resolución judicial que diga que el niño es hijo de los padres comitentes (más formal), y salvo casos extremos no supondrá vulneración del orden público, por lo que se podrá inscribir en España. Los Registros Civiles hacen lo que pueden, por lo que está claro que cada vez más se necesita una reforma legal clarificadora, dado que no siempre resuelven de la misma manera. Hay que estar preparados para argumentar a favor siempre de los derechos del niño, más que los del Estado (el interés superior del menor debe tener prevalencia sobre cualquier otro).

Ésta fue la tesis defendida por la RDGRN 18 febrero 2009 (menores nacidos en California y comitentes españoles), por la STS 6 febrero 2014 y por las STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Menesson vs. Francia*, STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*, y STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*. En todos estos casos, ni la DGRN, ni el TS ni el TEDH han defendido la aplicación directa del Derecho del Estado de destino (= se rechaza, pues la tesis legefórista del Derecho del Estado de destino), ni se ha exigido que la filiación de los menores haya quedado jada por resolución judicial y no registral extranjera. Basta, pues, la certificación registral extranjera. Hasta aquí reina el acuerdo entre la DRGN (versión de 2009), el TS y el TEDH. Puede armarse, por tanto, que esta tesis es la que encaja de manera más correcta en el sistema español de DIPr<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> QUIÑONEZ ESCÁMEZ, Ana. “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada: en torno a la DGRN de 18 de febrero de 2009”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2009, Nº 3, pág. 15.

## **CAPITULO SEGUNDO. MODELOS DE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO**

A lo largo de este capítulo explicaremos la importante labor de la Conferencia de La Haya en materia de Derecho Internacional Privado, y en concreto sobre los problemas que plantea en este ámbito la gestación subrogada. Asimismo, haremos hincapié también en las posturas que adoptan en el Derecho Comparado los diferentes países sobre este tipo de contratos, destacando la especial labor de Portugal, como país vecino, a la hora de proceder a la regulación de los mismos. En cuanto a la norma que se prevé en nuestro ordenamiento en torno a estos contratos, se destaca la Ley 14/2006 (en adelante LTRHA). Por último, explicaremos la postura que adoptan nuestros tribunales a la hora de determinar el alcance del orden público, considerado como uno de los principios más relevantes dentro de nuestra legislación.

### **I. LA CONFERENCIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA HAYA<sup>54</sup>**

La Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, como organismo gubernamental, se encarga de dar soluciones y de velar por las necesidades que puedan surgir entre los diferentes estados parte. Es por eso, que no sólo se encarga de elaborar instrumentos jurídicos multilaterales que respondan a estas necesidades, sino que también se encarga de garantizar su seguimiento a nivel mundial<sup>55</sup>.

Gracias a su creación, los Estados han ido creando reglas de derecho internacional privado con el fin de ser capaces de resolver las situaciones, tanto personales como familiares, en las que puede hallarse implicado, dado que este tipo de situaciones cobran más complejidad al hallarse enfrentados diversos ordenamientos jurídicos diferentes. Por ello, la labor de la Conferencia se centra en unificar y homologar todas las reglas a

---

<sup>54</sup> El Estatuto fue adoptado el 31 de octubre de 1951 en la Séptima Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y entró en vigor el 15 de julio de 1955. Se han adoptado modificaciones el 30 de junio de 2005 en la Vigésima Sesión (Acta final, C), aprobadas por los miembros el 30 de septiembre de 2006 y entradas en vigor el 1o de enero de 2007. A 30 de junio de 2005, además de los Estados fundadores mencionados en el Preámbulo, habían aceptado el Estatuto los Estados siguientes: Albania, Argentina, Australia, Bielorrusia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, República Popular de China, Chipre, Corea, Croacia, Egipto, Eslovenia, Estonia, Estados Unidos de América, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Federación de Rusia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Jordania, Letonia, Lituania, Malasia, Malta, Marruecos, México, Mónaco, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, República Checa, República Eslovaca, Rumanía, Serbia y Montenegro, Sri Lanka, Sudáfrica, Surinam, Turquía, Ucrania, Uruguay y Venezuela.

<sup>55</sup> “En esta sede, se trataría de favorecer que las filiaciones constituidas válidamente en un estado que admita esta forma de gestación sean reconocidas en otro estado cuyo ordenamiento prohíba esta práctica, tal y como sucede en España de acuerdo con lo previsto en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA). En todo caso, la labor realizada en esta organización internacional de carácter universal se propone asumir la doctrina del orden público atenuado con el objetivo de favorecer un posible reconocimiento de situaciones creadas legalmente en el extranjero, pero prohibidas en el estado receptor. De esta forma, se trata de desplegar plenos efectos jurídicos derivados de tal técnica reproductiva constituida válidamente al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero, aun cuando esta práctica esté prohibida en el estado en el que se pretende dicho reconocimiento”. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia; CARRIZO AGUADO, David. “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...? *La Notaria*. 2014, N° 2, pág. 61.

fin de dar una misma solución ante problemas similares, tal y como establece su artículo 1:

*“La Conferencia de La Haya tiene por objeto trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado”.*

En concreto, se destaca la intensa cooperación judicial entre los estados en materia de familia y protección del niño, temas clave en el presente trabajo.

Interesante es anotar, la aportación que encontramos en el Informe de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya (*“Preliminary Document Núm. 10 of March, 2012”*), acerca de los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional puesto que en él se recoge el diverso tratamiento que esta forma de maternidad recibe en los diferentes Estados miembros de la Conferencia<sup>56</sup>. Pero, sobre todo, interesa su propuesta de adopción de un instrumento internacional que permita, no tanto la armonización de las normas de Derecho internacional privado relativas al establecimiento de la filiación en aquellos casos en los que media un contrato de gestación por sustitución, sino el establecimiento de un marco de cooperación entre autoridades, que favorecería el reconocimiento de las filiaciones válidamente determinadas en un Estado que admita esta forma de gestación por sustitución en otro Estado cuyo ordenamiento prohíba esta práctica, tal y como sucede en España (artículo 10.1 LTRHA)<sup>57</sup>. En este ámbito del reconocimiento, el documento reseñado propone asumir la doctrina del orden público atenuado para aquellas situaciones legalmente creadas en el extranjero, permitiéndose reconocer los efectos jurídicos derivados de la gestación por sustitución realizada al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero, aun cuando esta práctica esté prohibida en el Estado en el que se pretende dicho reconocimiento<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> En dicho Informe se concluye (ptos. 64, 65 y 66): *“The number of international surrogacy arrangements appears to be growing at a rapid pace and while some States are attempting to resolve these problems, this global phenomenon may ultimately demand a global solution. There is no doubt that the current situation is far from satisfactory for the States and parties involved and, most importantly, for the children born as a result of these arrangements. There is a real concern that the current situation often fails to adequately ensure respect for children’s fundamental rights and interests. In the next year, if Council supports the continuation of work in this field, the Permanent Bureau would continue its work pursuant to the 2011 mandate, and more specifically: (1) circulate a Questionnaire directed to Members in order to obtain further, more detailed information regarding the incidence and nature of the problems being encountered in relation to international surrogacy arrangements, as well as in relation to legal parentage or “filiation” more broadly and also seek Members’ views on the “needs” to be addressed and their thoughts on the approach to be taken; (2) undertake (further) consultations with health, legal professionals and others (including surrogacy agencies) engaged in the field; and (3) carry out further comparative law research concerning the private international law rules relating to legal parentage in order to assess further the desirability and feasibility of the approaches discussed in Section IV(b) above. Subject to the view of the Council, the Permanent Bureau would expect to produce a Final Report on this matter for Council in April 2013 with recommendations as to the appropriate next steps.”*

<sup>57</sup> Desde las primeras sesiones de la Conferencia de La Haya, que datan de 1954, se ha ido consagrando la tendencia hacia la especialización del Derecho Internacional privado convencional, gracias a la colaboración entre sí de numerosos Estados parte. A pesar de que el núcleo principal de materias tratadas ha sido el de la determinación del Derecho aplicable en temas de Derecho Civil y, concretamente, de estatuto personal, no se han excluido las cuestiones de competencia de jueces y autoridades ni de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras.

<sup>58</sup> CARRIZO AGUADO, David. “Galimatías en torno a la maternidad subrogada en el derecho español”. En: Virginia DE CARVALHO LEAL. *“El Derecho y sus razones”*. España, Bubok Editorial, 2013, pág. 79.

## II. POSICIÓN DE LOS DIFERENTES PAÍSES EN TORNO A LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Podemos diferenciar en tres las posturas que los diferentes estados adoptan en relación con la GS.

### 1. Admisión amplia

En primer lugar, varios Estados de EEUU o países como Rusia, India, Ucrania, Georgia o Armenia, permiten acudir a esta técnica a título gratuito o a cambio de contraprestación económica<sup>59</sup>. Es conveniente señalar aquí la nueva incorporación de Portugal a la admisión de los contratos de gestación subrogada, a través de la creación de una nueva ley: la Ley portuguesa N° 25/2016, de 22 de agosto, que regula el acceso a la gestación por sustitución.

Dentro de este primer grupo, EEUU e India son los países con mayor índice de contratos de gestación subrogada en los últimos años.

En EEUU hay diversidad de situaciones, puesto que diez de los estados la prohíben completamente, mientras que otros la admiten en diversos grados, bien a través de leyes o jurisprudencialmente<sup>60</sup>. California concentra el mayor número de centros privados que

---

<sup>59</sup> “El contrato de maternidad subrogada puede clasificarse en altruista y comercial. el primero se presenta cuando la madre no recibe pago alguno por el alquiler de su vientre, o si recibe alguna contraprestación, esta se limita al pago de los gastos derivados del embarazo. Por el contrario, el contrato de maternidad subrogada de carácter comercial existe cuando la madre sí recibe un pago como contraprestación de las obligaciones derivadas del contrato, pago que puede consistir, no solamente en una suma de dinero, sino también en la entrega de objetos, servicios o cualquier otra cosa de valor pecuniario. A partir de las anteriores consideraciones, es posible identificar un conjunto de obligaciones particulares que surgen para las partes del contrato. Para el caso de la madre subrogada, estas consistirán en: 1) permitir ser inseminada artificialmente con la esperma del padre biológico, 2) llevar el feto en su vientre hasta el nacimiento del bebé, y 3) renunciar a los derechos de custodia sobre el recién nacido en favor del padre biológico y su esposa. Por su parte, en contraprestación a las obligaciones asumidas por la madre subrogada, el padre biológico y su esposa se obligan a: 1) pagar todos los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo, 2) asumir la responsabilidad de custodia sobre el recién nacido, y 3) como regla general, pagar a la madre subrogada una compensación”. RODRÍGUEZ YONG, Camilo Andrés; MARTÍNEZ MUÑOZ, Karol Ximena. “El contrato de gestación subrogada: la experiencia estadounidense”. *Revista de Derecho*. 2012, Vol. 25, N° 2, págs. 64-65.

<sup>60</sup> Hay Estados que bien legalmente, bien jurisprudencialmente, permiten la aplicación de esta técnica. Es el caso de Nevada, California, Texas, Arkansas, Illinois, Virginia, Florida, New Hampshire, Delaware, Nueva Jersey, Tennessee, Utah y Washington. Pero no todos ellos presentan las mismas condiciones: algunos aceptan únicamente la gestación subrogada altruista, mientras que otros aceptan también la comercial. Además, no todos permiten el acceso a esta técnica de reproducción asistida a mujeres/hombres solos y a parejas homosexuales, aunque en general sí podemos decir que está permitido el acceso a todo tipo de familias. Otro grupo de Estados, denominado “*surrogacy friendly*” no tienen ninguna ley que regule la gestación subrogada, pero se suelen mostrar favorables a su realización. Son muchos los Estados que adoptan esta postura frente a la subrogación, entre ellos están Alaska, Georgia, Colorado, Idaho, Carolina del Norte, Minnesota, Maryland, Montana, Nuevo México, Dakota del Norte, Rhode Island y Wyoming. En estos Estados son los tribunales correspondientes los que determinan la paternidad en cada caso. Uno de los que más popularidad está adquiriendo en los últimos años es Idaho. Dentro de los Estados que prohíben la gestación subrogada hay algunos que, incluso, la consideran un delito penal y por tanto imponen multas y penas de cárcel, mientras que otros no establecen ninguna pena. Simplemente declaran nulo el acuerdo de subrogación. Para Arizona, Michigan y Nueva York la participación en la subrogación gestacional constituye un delito penal. Así, en Nueva York, por ejemplo, se puede llegar a imponer una multa de hasta 10.000 dólares a los padres de intención. Además, todas aquellas personas que faciliten o intervengan como intermediarios en la gestación subrogada son culpables de un delito grave y se les sanciona también. En Michigan, los padres intencionales pueden ser multados con hasta 50.000 dólares y se les puede imponer una pena de cárcel de hasta un año. En cambio,

ofrecen servicios de maternidad subrogada. Desde la década de 1990, los tribunales californianos han dado carácter vinculante a los acuerdos de maternidad subrogada y, si hay conflicto de intereses, han declarado la filiación del nacido a favor de los miembros de la pareja comitente frente a la madre subrogada. El sistema californiano descansa en el *case law*, dado que no hay reconocimiento legal, pero se admite la eficacia de los acuerdos de subrogación desde el precedente *Johnson vs Calvert* (1993), en que el tribunal estableció la filiación a favor de una pareja comitente partiendo de la teoría de la causalidad, puesto que sin la voluntad (*intention*) de ambos, el nacimiento no habría tenido lugar<sup>61</sup>.

En India se estima que hay 200.000 clínicas privadas que ofrecen servicios de reproducción asistida, la Federación India de la industria afirma que el negocio proyecta generar 2.3 billones de dólares anuales en 2012; por su parte la Comisión Legislativa India al referirse a este mercado lo define como “una mina de oro”<sup>62</sup>.

El Gobierno de la India presentó en octubre de 2015 un nuevo proyecto de ley ante la Corte Suprema que prohibirá a todos los extranjeros la gestación por sustitución. Se trata de un intento de frenar la llegada masiva de extranjeros en busca de una gestante para poder tener un hijo por gestación subrogada. A pesar de la voluntad del gobierno por poner en marcha esta propuesta, han anunciado que se necesitará cierto tiempo para cambiar la ley<sup>63</sup>. De ser aprobada esta propuesta de ley, únicamente podrán recurrir a la gestación subrogada las personas que cumplan las siguientes condiciones: a) *ser de origen indio, extranjero residente en la India o extranjero casado con un ciudadano de*

---

en Indiana, Kansas, Louisiana y Nebraska es considerado nulo cualquier acuerdo o contrato de gestación subrogada ya que se considera que la madre legal del bebé es aquella que ha dado a luz.

<sup>61</sup> BATALLER i RUIZ, Enric. “Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución”. *Actualidad jurídica iberoamericana*. 2015, Nº 2, pág. 782.

<sup>62</sup> Actualmente, la Ley india ya no permite el acceso a la maternidad subrogada a todos los extranjeros, solo a aquellas parejas heterosexuales casadas en cuyo país se permita la gestación subrogada. La legislación india impide que cualquier extranjero que viaje a India con intención de llevar a cabo un tratamiento de gestación subrogada pueda entrar como turista. Esto obliga a los padres que desean practicar la subrogación a solicitar un visado médico especial que solamente se les concede a parejas heterosexuales casadas desde hace al menos dos años. Este visado ha de ir acompañado de los siguientes documentos: 1) Una declaración jurada de los padres solicitantes que van a cuidar a los hijos nacidos a través de gestación subrogada. 2) Un contrato legal entre los futuros padres y la gestante india. 3) Una prueba de que el proceso se ha realizado en una clínica de reproducción registrada y reconocida como tal. 4) Una carta de la clínica confirmando que la compensación en total para la gestante ha sido totalmente pagada según el contrato.

<sup>63</sup> “En la línea prudente de prevención antes propuesta por la que los países de origen deberían velar por que sus niños puedan ser inscritos a nombre de los comitentes de una GpS en los países de éstos, la India ha dictado una norma reciente: la Circular de 17 de diciembre de 2012 del *Union Ministry of home affairs*, por la que el Ministerio de Exteriores o la embajada del país de destino –en nuestro caso, de España– debe certificar que en dicho país de destino se reconoce la subrogación y que el niño podrá entrar en el país como hijo biológico de la pareja comitente. Lo que significa que, no reconociéndose la subrogación en España, se ha cerrado a los adultos españoles la vía de la GpS en la India. De este modo, las autoridades indias ya no permiten a estos adultos españoles que fuercen a las autoridades españolas a reconocer a los niños como hijos suyos –de los comitentes– para no dejarles sin filiación en el Registro Civil: se evita el problema desde su fuente. Luego, la India no solo impone sus propios requisitos locales –como que los extranjeros ya no podrán entrar en la India con dicha finalidad de GpS con visado de turistas sino que habrán de hacerlo con visado médico, o que solo se concede visado médico para la «maternidad subrogada» a parejas heterosexuales que lleven casadas, al menos, dos años, lo que excluye, entre otras, a las parejas del mismo sexo y a las personas individuales– sino que vela por que sean inscribibles los nacimientos también en el país de destino”. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis Fernando. “La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. 2014, Nº 18, pág. 324.

la India; b) ser un matrimonio heterosexual con problemas de fertilidad; y c) estar casados desde hace al menos 5 años<sup>64</sup>.

Asimismo, la gestación subrogada deberá hacerse de forma altruista y la gestante deberá ser un familiar cercano<sup>65</sup>.

En el caso de Portugal, la nueva Ley 25/2016 se atreve a regular y admitir los convenios de gestación subrogada en su país. La entrada en vigor de esta ley ha supuesto la modificación de la Ley portuguesa anterior, 32/2006, de 26 de julio, de procreación médicamente asistida (LPMA), cuyo art. 8.1 denegaba expresamente dicha gestación por sustitución, como hace todavía nuestro art. 10.1 LTRHA<sup>66</sup>.

En cuanto al contenido de esta nueva ley, pese a ser criticada en ocasiones por tener una regulación un poco pobre y por ser discriminatoria y contradictoria en algunos puntos, hemos de decir que ha supuesto un enorme avance a la hora de recoger esta institución jurídica, que la define de la siguiente manera:

*“el convenio de gestación por sustitución es aquel por el que una mujer se dispone a soportar un embarazo por cuenta de otros y a entregar al niño después del parto, renunciando a los poderes y deberes propios de la maternidad...”*

Si bien, debemos hacer mención a los principales extremos y requisitos que se recogen a lo largo de esta ley, dado que se hace necesario el cumplimiento de una serie de factores importantísimos para que los convenios de gestación subrogada que se lleven a cabo se hagan cumpliendo las disposiciones que en esta ley se contienen.

- 1) El convenio gestacional, que tiene carácter excepcional, se formalizará en contrato escrito —supervisado por el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida—, y se realizará con anterioridad al embarazo de la mujer gestante, generado exclusivamente mediante inseminación artificial.
- 2) Sólo pueden ser beneficiarios de este convenio procreativo las parejas casadas o de hecho de sexo diferente o de mujeres, así como todas las mujeres independientemente del estado civil y de la respectiva orientación sexual.

---

<sup>64</sup> “En 2010 el Ministerio de Salud de India definió un documento titulado: *Línea Guía para la Reglamentación de Reproducción Asistida*, entre ellas la maternidad subrogada. A su vez el Consejo Indio de Investigación Médica (ICMR) en 2006 publicó un documento titulado: *Guía ética para la investigación biomédica y la participación de seres humanos*, estos dos documentos estructuran los ejes de la política y la ética de los procedimientos biotecnológicos en India. En ambos documentos se restringen actividades como: la experimentación con embriones vivos, la fecundación entre gametos humanos y animales, la inseminación con espermatozoides de dos hombres distintos a una misma mujer, entre otros aspectos”. AMADOR, Mónica. “Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India”. *Revista CS*. 2010, Nº 6, págs. 199-200.

<sup>65</sup> “Como un primer paso a la regulación, en julio de 2012 fue dictada por su Ministro de Asuntos Interiores una Orden que ya no permite el uso del visado turístico a extranjeros que visiten India a efectos de acceder a la subrogación en dicho país, siendo preceptiva en lo sucesivo la obtención de un visado médico, con requisitos más duros. Dicha orden exige a los comitentes que, mediante un certificado emitido por el Ministerio de Asuntos Exteriores de su país de origen o la Embajada correspondiente en India, acrediten que en dicho país de origen se admite la subrogación y que no tendrán problemas para que el o los bebés entren en el mismo, lo cual ha supuesto infinidad de problemas a diversas parejas españolas que se hallaban en trámites de traer a España a sus hijos y que no lograban acreditar los requisitos de la orden por estar la subrogación prohibida en nuestro país”. VILAR GONZÁLEZ, Silvia. “Situación actual de la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho de la UNED*. 2014, Nº 14, pág. 906.

<sup>66</sup> VELA SÁNCHEZ, Antonio José. “La gestación por sustitución se permite en Portugal: A propósito de la Ley Portuguesa Nº 25/2016, de 22 de agosto”. *Diario La Ley*. 2016, Nº 8868, pág. 2.

- 3) La mujer gestante basta con que tenga 18 años, buen y justificado estado de salud psicofísico y plena capacidad de obrar.
- 4) El convenio de gestación por sustitución sólo será posible en los casos de ausencia de útero, de lesión o enfermedad de este órgano que impida de forma absoluta y definitiva el embarazo de la mujer beneficiaria o en situaciones clínicas que lo justifiquen. Se precisa que se usen los gametos de, al menos, uno de los beneficiarios, sin que, en ningún caso, pueda usarse el material reproductor de la mujer gestante.
- 5) El convenio gestacional nunca tendrá carácter oneroso, de modo que la mujer gestante sólo tendrá derecho al resarcimiento de los gastos derivados de la asistencia sanitaria recibida, incluyendo los gastos de transporte.
- 6) El consentimiento de las partes deberá ser libre, claro, por escrito y debidamente informado de las implicaciones éticas, médicas, sociales y jurídicas probables. Se trata de un consentimiento irrevocable desde que se inicia la técnica reproductiva, por lo que el niño así nacido será considerado como hijo de los beneficiarios.
- 7) Por último, el convenio gestacional contendrá, obligatoriamente, las disposiciones a observar en caso de concurrencia de malformaciones o enfermedades del feto y de eventual interrupción voluntaria del embarazo, derecho este último del que no puede ser privado la mujer gestante si concurren las circunstancias legalmente fijadas.

Aunque la reciente LGS portuguesa no suponga un derroche de técnica jurídica, regule el convenio gestacional en un solo artículo, contenga algunas disposiciones muy cuestionables, bien por su manifiesta discriminación injustificada —por ejemplo, respecto de los posibles beneficiarios varones de la figura permitida—, bien por su probable ineficacia práctica en general —por ejemplo, en cuanto al carácter esencialmente gratuito del convenio de gestación por sustitución—, y adolezca de lagunas jurídicas importantes —requisitos específicos de beneficiarios y de mujer gestante para celebrar el negocio jurídico procreativo en cuestión, etc.—, es de alabar el esfuerzo y la valentía del legislador portugués por regular una figura jurídica tan controvertida pero, a la vez, tan necesaria en la realidad de la sociedad actual, tanto que entiendo que el legislador español deberá tomar buena nota de dicha iniciativa jurídica. Por otra parte, hay que subrayar el trascendental dato de que el legislador portugués no limita el convenio de gestación por sustitución a los nacionales portugueses, de ahí que esta legislación tendrá un evidente efecto llamada respecto de los posibles interesados de otros países, sobre todo respecto de los ciudadanos españoles, a quienes la cercanía de Portugal les supondrá un recorte sustancial de gastos, ya que, actualmente, tienen que desplazarse a países lejanos para llevar a cabo dicho negocio jurídico procreativo<sup>67</sup>.

## 2. Admisión parcial

En segundo lugar, países europeos como Reino Unido, Grecia, Holanda, Bélgica o Dinamarca, y otros como República Sudafricana, Brasil, Ecuador, Israel o Canadá, que la admiten, pero sólo en caso de que se realice altruistamente y concurren ciertos requisitos o condiciones, principalmente relacionados con problemas médicos en la madre comitente que le impidan la gestación. En cuanto a este grupo de países, podemos subdividirlos a su vez en otra categoría:

- Aquellos que contemplan un proceso de pre-aprobación de los acuerdos de gestación por sustitución, de modo que los comitentes y la gestante deberán

---

<sup>67</sup> Cfr. VELA SÁNCHEZ, Antonio José. “La gestación por sustitución se permite en Portugal: A propósito de la Ley Portuguesa N° 25/2016, de 22 de agosto”. *Diario La Ley*. 2016, N° 8868, págs. 11-12.

presentar su arreglo ante un organismo (juez, tribunal o comité) para que lo apruebe antes de iniciar el tratamiento médico. Son precisamente tales organismos los que verifican el cumplimiento de los requisitos legales (Israel, Grecia).

- Aquellos que ponen en marcha un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del niño nacido a resultas de un acuerdo de gestación por sustitución ex post facto, de modo que se produce una transferencia de la filiación a posteriori. Es el caso de Reino Unido, donde la *Surrogacy Arrangements Act* de 1985 castiga penalmente la publicidad y la gestión comercial de los acuerdos de gestación por sustitución, pero diversamente los admite cuando son a título gratuito, por benevolencia y sin intermediarios. La filiación se determina inicialmente por el parto, pero se transfiere a los padres intencionales tras un período de reflexión de seis semanas para la gestante, y siempre que así se solicite ante los tribunales, que, si lo consideran procedente en aras al interés del menor, emitirán una *parental order* de transferencia de la filiación, que en algún caso ha llegado a otorgarse a favor de una persona ya fallecida<sup>68</sup>.

### 3. No admisión

Y finalmente, nos encontramos con un tercer grupo de países que prohíben expresamente cualquier contrato de gestación por sustitución, tanto comercial como altruista, entre los que se encuentra España, la mayor parte de países europeos, como Austria, Italia, Alemania, Hungría, Islandia o Serbia, ciertos Estados de EEUU o Hong Kong, y también países como Arabia Saudí o Pakistán en que sus autoridades religiosas no lo autorizan, entre muchos otros<sup>69</sup>.

La legislación española coincide en la prohibición de la maternidad subrogada con la de países vecinos tales como la francesa, italiana, alemana, holandesa y sueca<sup>70</sup>. El derecho francés es contrario a la gestación por sustitución; en el artículo 16.7 del Código Civil francés, se dispone que toda convención referida a la procreación o a la gestación por cuenta de otro es nula, debiendo entenderse por aplicación del artículo 16.9 del mismo Código, que tal nulidad es de orden público. En la legislación italiana, el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en cualquiera de sus modalidades, según resulta del artículo 12.6 de la Ley de 19 de febrero de 2004, número 40, que dispone que será penado con reclusión de tres meses a dos años y con multa de 600.000 a un millón de euros, quien de cualquier modo realiza, organiza o publicita la subrogación de maternidad. También en Alemania se sanciona la utilización abusiva de las técnicas de reproducción y constituye pena de privación de libertad de hasta tres

---

<sup>68</sup> BATALLER i RUIZ, Enric. “Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución”. *Actualidad jurídica iberoamericana*. 2015, Nº 2, pág. 783.

<sup>69</sup> VILAR GONZÁLEZ, Silvia. “Situación actual de la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho de la UNED*. 2014, Nº 14, pág. 903.

<sup>70</sup> “La Ley de 19 de febrero de 2004, nº 40, que dispone que será castigado con pena de prisión de tres meses a dos años y con multa de 600.000 a 1.000.000 de euros quien de cualquier modo realice, organice o publicite la subrogación de maternidad. También en Alemania se sanciona la utilización abusiva de las técnicas de reproducción y constituye pena de privación de libertad de hasta tres años. En Holanda, el contrato de gestación por sustitución se considera nulo por devenir en causa ilícita y ser contrario a la moral y al orden público. Y en Suecia, de la misma manera, se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada, pero únicamente cuando existe remuneración”. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia; CARRIZO AGUADO, David. “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...? *La Notaria*. 2014, Nº 2, pág. 60.

años. En Holanda el contrato de gestación por sustitución se considera nulo por devenir en causa ilícita, y ser contrario a la moral y al orden público, y en Suecia, de la misma manera se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada pero únicamente cuando existe remuneración. Por ende, los países que no admiten el contrato gestacional, se están enfrentado a decidir si aceptan los efectos derivados de esta situación consolidada en el extranjero, de la cual se deriva efectos en la filiación de sus nacionales que *a priori* son extraños en los países de recepción e incluso parecen contradecir ciertos principios básicos, como puede ser el orden público (Fernández-Sancho estima que “*no sería cierto que la inscripción en nuestro Registro civil de hijos naturales por gestación de sustitución no sea contraria a nuestro orden público internacional. Es manifiestamente contrario a la dignidad que nuestra Constitución y nuestra sociedad reconoce a la mujer. Es contraria a los principios básicos de nuestro Derecho*”). Una preocupación inminente que plantea el tema de la maternidad subrogada, es determinar que status jurídico es aplicable a los menores concebidos a través de una gestación por sustitución, que están al cuidado de personas que son padres de sus hijos con arreglo a las leyes extranjeras<sup>71</sup>.

### **III. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL. LA LEY 14/2006 Y SU ARTÍCULO 10 COMO NORMA IMPERATIVA**

#### **1. Aspectos introductorios de la gestación subrogada a consecuencia de la promulgación de la LTRHA**

La aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los 70 supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología. La novedad y utilidad de estas técnicas hicieron sentir muy pronto en los países de nuestro entorno la necesidad de abordar su regulación.

En España esta necesidad se materializó tempranamente mediante la aprobación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. La Ley española fue una de las primeras en promulgarse entre las legislaciones sobre esta materia desarrolladas en países de nuestro entorno cultural y geográfico. Dicha Ley supuso un indudable avance científico y clínico en la medida en que las técnicas de reproducción asistida, además de coadyuvar a paliar los efectos de la esterilidad, se manifiestan como especialmente útiles para otros fines, tales como los diagnósticos o de investigación.

El importante avance científico constatado en los últimos años, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar respuesta a los diversos problemas que han ido surgiendo, lo que ha hecho necesaria una reforma o revisión en profundidad de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre.

Así, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida insistió desde la promulgación de la citada Ley en la necesidad de acometer con prontitud la reforma de la legislación vigente, con el fin de corregir las deficiencias advertidas y de acomodarla

---

<sup>71</sup> CARRIZO AGUADO, David. “Galimatías en torno a la maternidad subrogada en el derecho español”. En: Virginia DE CARVALHO LEAL. “*El Derecho y sus razones*”. España, Bubok Editorial, 2013, págs. 78-79.

a la realidad actual. Para ello, en sus últimas reuniones ha ido definiendo las líneas directrices que debería seguir la nueva regulación y que esta Ley incorpora<sup>72</sup>.

En el tema que nos interesa, debemos prestar atención al contenido del art. 10 de esta ley— como norma integradora del orden público internacional español—, que es la única norma de nuestro país que dice algo al respecto sobre la gestación subrogada, así:

“1. 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.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

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

En el punto 2 de este artículo el legislador español, a la hora de plantearse quién es la persona que ha de considerarse como madre (genética vs. gestante), da prevalencia a la segunda, y ello basándose en la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los 9 meses de embarazo. Por tanto, madre es quien da a luz. En consideración a esto, según esta ley, el padre será el marido de la mujer que gesta, quien no tiene ningún tipo de vinculación genética con el niño, por lo que corresponderá al padre biológico reclamar la paternidad con la correspondiente demanda en el Juzgado. A simple vista son demasiados inconvenientes para este tipo de situaciones que no deberían tenerlos<sup>73</sup>.

Por tanto, según este precepto, no está permitido en España el nacimiento de hijos mediante la gestación por sustitución<sup>74</sup>. Pero es que, además, aparece tipificada como delito en el art. 221 CP la conducta de quienes, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. Dicha conducta se castiga con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años. Además, en el número 2 del mismo precepto,

---

<sup>72</sup> Exposición de motivos de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.

<sup>73</sup> *Vid.* FD 3º.11 de la STS de 6 de febrero de 2014: “Además, es importante tomar en consideración que la ley no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución. También prevé cuál debe ser el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico. La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina”.

<sup>74</sup> Algunos tribunales españoles al igual que un nutrido sector de la doctrina, en su mayoría civilistas, defienden que la cuestión de la determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, ha de quedar resuelta mediante la *aplicación directa* del art. 10 LTRHA. Consideran que el mencionado precepto es una “*norma material imperativa*” o “*ley de policía*” en tanto que de ende intereses estatales, públicos y de la sociedad española de primer orden. De ahí que el art. 10 LTRHA deba aplicarse de forma obligatoria a todo supuesto, nacional o internacional, que se suscite ante tribunales y autoridades españolas. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, pág. 159.

se castiga a la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero<sup>75</sup>.

En realidad, la propia LTRA parte de la base de la existencia de un derecho a la procreación, que tiene unos límites definibles por el Estado, si bien los contornos no aparecen claramente señalados en la propia Ley. Si fuera posible sostener que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra en su artículo 9 un verdadero derecho fundamental, sería necesario asumir que, desde luego, está subordinado a los dictados de la Ley, pues la propia norma reconoce el derecho de fundar una familia “...según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”<sup>76</sup>.

## 2. La LTRHA y su relación con la STS de 6 febrero de 2014

El sabor agridulce que la Sentencia nos deja reclama un debate en profundidad sobre la naturaleza de la norma del art. 10 de la LTRHA y sobre la necesidad de un cambio jurídico, con tránsito hacia posiciones abiertas, que comprendan, cuando menos, la maternidad subrogada a título gratuito; gura que, de admitirse, ni podría censurarse por encubrir rebaja alguna en la dignidad de la madre portante/ gestante, ni tampoco por fomentar el comercio de lo *extra commercium*.

Pero, incluso si se opta por mantener la redacción de la norma, en ésta o en futuras leyes sobre técnicas de reproducción asistida, sería necesario esclarecer cuál sea exactamente la naturaleza de la norma del art. 10.2 de la Ley 14/2006 LTRHA. Y no por el vicio que padecemos los juristas de especular sobre todo lo especulable, sino porque, según cuál sea su naturaleza, bien una “norma de policía” o bien una “ley interna perteneciente a orden público internacional”, las consecuencias tendrían que ser muy distintas en orden a mantener la viabilidad de un cauce de reconocimiento de certificaciones o de decisiones extranjeras.

En efecto, si mantenemos que el art. 10.2 no es más que una “ley o norma de policía”, entonces no se puede dudar de su carácter de norma de ámbito estrictamente territorial,

---

<sup>75</sup> “En todo caso, no nos consta que haya habido sentencias de tribunales españoles condenando penalmente por GpS y la mayoría de la doctrina ni se plantea la cuestión de la criminalidad de la GpS, sea del tipo que fuere, homóloga o heteróloga. Además, los españoles suelen practicar –¿perpetrar?– la GpS no en España sino en países extranjeros que la admiten y, aunque el propio 221 en su 2º párrafo del CP castiga con la misma pena –de quien entrega al menor– a quien recibe el menor y al intermediario, aun si la entrega del menor se hubiese efectuado en el extranjero, el artículo 23.2.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) exige la doble incriminación: conocerá la jurisdicción española de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurriere el requisito de que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito. De modo que, a menos que se considere que estamos ante tráfico ilegal de personas, en cuyo caso el artículo 23.4.f) LOPJ no exige la doble incriminación, la GpS habida en el extranjero al abrigo de la ley foránea no será penalmente perseguida en España. Además, con la antedicha Instrucción de la DGRN de 2010, la Administración del Estado ha trasladado a la ciudadanía la impresión de haberse legalizado la GpS, al menos cuando se lleva a cabo en país extranjero cuya ley la admita, de modo que los intervinientes difícilmente pueden cometer este delito con conciencia de la antijuridicidad del hecho”. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis Fernando. “La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. 2014, Nº 18, págs. 297-298.

<sup>76</sup> ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”. *Cuadernos de derecho transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, pág. 39.

sin que pueda extenderse a la validez o nulidad de los contratos de maternidad por sustitución que se suscriban más allá de nuestras fronteras. Así resulta de lo dispuesto en el art. 8 del característico, según el cual “*las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos lo que se hallen en territorio español*”.

En cambio, si admitimos que aquella norma pertenece al campo del orden público internacional y que no puede ser modalizado en función del interés superior del menor, cual parece ser el pensamiento de cuantos jueces han expresado en sus resoluciones la voluntad del Estado español, entonces cualquier petición de reconocimiento de decisiones extranjeras o de traslación de actas registrales extranjeras a nuestras *tabulae*, se topará inexorablemente con las distintas normas que incorporan la excepción de orden público internacional, contenidas en los convenios internacionales ratificados por España o en el art. 954 de la LEC de 1881<sup>77</sup>.

No obstante, cabe advertir que en Derecho español no se prohíbe el contrato de gestación por sustitución. Así se desprende de las sanciones previstas por el legislador en tales casos. A efectos civiles, dicho contrato se considera nulo de pleno derecho, y por tanto ineficaz, debiéndose determinar la filiación del nacido mediante esta técnica a través de las reglas generales. Llama la atención, por otro lado, que la LTRHA no prevea entre las normas relativas a las infracciones y sanciones contenidas en las misma (arts. 24 a 27 LTRHA), la realización de la gestación por sustitución. Y finalmente, a efectos penales, si bien es cierto que los arts. 220-222 del Código Penal, regulan los delitos de suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor, no lo es menos que la gestación por sustitución solo podría ser punible si las conductas de la mujer subrogada y de la mujer comitente, pudieran subsumirse en el tipo previsto por tales normas. En cualquier caso, si así fuese debe recordarse que la ley penal queda regida por el principio de territorialidad, por tanto, sólo alcanzaría a los contratos de gestación por sustitución celebrados en España. Por otro lado, la regulación ofrecida por el legislador español a la gestación por sustitución deja completamente desprotegido al hijo nacido por tal técnica. Entre otras razones, porque atribuyendo la maternidad a la madre gestante, sin tener en cuenta ninguna otra consideración, se desconocen los derechos del hijo, que se verá obligado a depender del cumplimiento voluntario de los deberes inherentes a la maternidad por parte de una mujer que no tenía intención de ser madre<sup>78</sup>.

### **3. Marco legal del orden público. Tipos.**

El orden público, como concepto específico del Derecho Internacional privado, se define como una excepción a la aplicación de la ley extranjera competente, a causa de su incompatibilidad manifiesta con aquellos principios y valores que se consideran fundamentales en el ordenamiento jurídico del foro<sup>79</sup>. En nuestro Código Civil aparece recogido en el art. 12.3, que dice lo siguiente:

---

<sup>77</sup> ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”. *Cuadernos de derecho transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, págs. 43-44.

<sup>78</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, págs. 152-153.

<sup>79</sup> “De este modo, el concepto de orden público es relativo, inestable, variando en el tiempo y en el espacio. Por dicha característica diferenciadora, el aplicador de la ley es obligado a estar atento al estado de la situación en la época en que juzgará la cuestión, sin tener en cuenta la mentalidad prevaleciente en la época en que ocurrieron los hechos. Así, solamente será negada la aplicación de una

*“En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”.*

Como veremos en los epígrafes siguientes, la excepción de orden público ha sido constantemente invocada por los tribunales con el fin de ampararse en la misma para así no dar validez ni efectos a los convenios de gestación subrogada<sup>80</sup>. Pero lo importante aquí es saber cuándo y con qué motivos debemos aplicar esta excepción, porque no en todos los casos existen este tipo de circunstancias excepcionales para poder aplicarlo, como por ejemplo en los supuestos que haya engaño o pobreza extrema. En estos casos es evidente que aparezca justificado el hecho de acudir al orden público, pero si no se demuestran esas situaciones no se puede recurrir a él y dejar sin validez la resolución extranjera. En la jurisprudencia actual los datos del caso van a ser siempre relevantes, por lo que hay que estar al caso concreto para saber si se vulnera el orden público o no y no hacer simples y meras generalizaciones.

En España podemos decir que son tres los tipos de orden público. Por un lado, estaría el orden público internacional atenuado, que se caracteriza por excluir la aplicación de la institución de Derecho extranjero sólo en su dimensión constitutiva, esencial o nuclear, permitiendo, para preservar la seguridad jurídica internacional, que tal institución o relación jurídica constituida fuera de España despliegue en nuestro suelo ciertos efectos refutables como no nucleares, secundarios o marginales, orientados hacia planos jurídicos distintos.

En cambio, el orden público internacional de proximidad es el que sólo excluye la aplicación del Derecho extranjero cuando la situación privada internacional se mantiene tan próxima a la esfera del Estado del foro que puede poner en peligro las bases del

---

ley extranjera si esa es contraria al orden público vigente en el foro en el momento en que el caso esté siendo juzgado”. PÉREZ SOLFT, Iván. *¿Orden público internacional Vs. orden público interno y buenas costumbres?*”. *IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho*. 2012, Nº 4, pág. 7.

<sup>80</sup> “El orden público internacional constituye el “conjunto de principios jurídicos públicos, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad en un pueblo y época determinada”. Muchos de estos principios se encuentran recogidos en la Constitución y en los instrumentos legales internacionales en vigor para España que recogen derechos humanos y derechos fundamentales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Puede suceder que cuando se trata de reconocer efectos en España a una decisión extranjera que resuelve o constata la existencia de una situación jurídica que afecta a unos concretos sujetos particulares, ésta pueda causar un daño grave a la cohesión y a la estructura jurídica de la sociedad española. En tal caso, el rechazo del reconocimiento es más que aconsejable. La preservación de la cohesión y la estructura jurídica de la sociedad española reviste un interés público que está por encima del beneficio que dicho reconocimiento pudiera reportar a los particulares. El orden público internacional presenta las siguientes características: 1) Opera, siempre, de modo restrictivo y proporcionado. Ello significa que debe intervenir solo y exclusivamente si con ello se desprende una “necesidad social imperiosa”. 2) Por otro lado, el orden público ha de ser “actual”, esto es, deben tenerse presentes los principios básicos del Derecho español en el momento en que se pretende dotar de eficacia a una decisión extranjera. 3) Cabe otorgar un reconocimiento y/ o exequatur parcial en el caso de que sólo determinados pronunciamientos contenidos en la decisión extranjera resulten contrarios al orden público internacional español. 4) El orden público internacional español solo debe intervenir cuando la decisión extranjera se re ere a situaciones suficientemente vinculadas con España. 5) El hecho de que el juez del Estado de origen haya aplicado al fondo del asunto una Ley distinta a la que, en el mismo supuesto, hubiera aplicado el juez español, no supone vulneración alguna a orden público internacional español. 6) La interpretación e intervención del orden público internacional español es siempre restrictiva. De ahí que para que el orden público español puede operar la decisión extranjera debe comportar una contradicción manifiesta y flagrante con los principios que lo integran. *Debe conducir a un resultado inadmisibile en el caso concreto, por lo que los datos del supuesto en cuestión son siempre relevantes*”. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, pág. 158.

comportamiento y las normas de cohesión de la sociedad. Según la teoría del “orden público internacional de proximidad” (*Inlandsbeziehung* en la doctrina y en la literatura alemanas) se justifica la aplicación del orden público, con el consiguiente rechazo de la aplicación de la ley extranjera, cuando exista una conexión importante entre la situación privada internacional y el Estado del foro<sup>81</sup>.

No obstante, no nos detendremos más en este punto, dado que analizaremos el tema en profundidad en el próximo capítulo, a través del análisis de una importante sentencia del TS, donde será de aplicación esta cuestión.

#### 4. ¿Qué pasa con el artículo 14 CE?

En este sentido, nos gustaría incluir como punto de debate el art. 14 de nuestra Constitución que establece lo siguiente:

*“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.*

Por tanto, si de la lectura de este precepto obtenemos que no debe existir discriminación por razón del nacimiento, entonces ¿estarían los tribunales y las autoridades competentes españolas vulnerando este derecho fundamental, contenido en nuestra norma suprema, a la hora de no admitir y no reconocer la identidad de los niños que nacen a partir de estos convenios de gestación subrogada<sup>82</sup>?

Y lo mismo ocurre con el art. 39.1 y 2 CE, que prevé que los poderes públicos deben asegurar la protección de los hijos y la igualdad de los mismos con independencia de su filiación, por lo que entendemos que ningún sentido tiene el hecho de denegar el acceso de la filiación de estos menores al Registro de nuestro país, dado que debe triunfar la aplicación de estos preceptos en interés de los mismos<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”. *Cuadernos de derecho transnacional*. 2014, Vol. 6, N° 2, pág. 19.

<sup>82</sup> Como destaca la STC 200/2001, de 4 de octubre, dentro de la prohibición de discriminación del art. 14 CE y, específicamente, dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación (SSTC 7/1994, de 17 de enero, 74/1997, de 21 de abril; 67/1998, de 18 de marzo), de modo que éstas deben entenderse absolutamente equiparadas. Igualmente ha declarado el Tribunal Constitucional que el art. 14 CE opera aquí con el trasfondo del art. 39.2 y 3 en cuanto obliga a los poderes públicos a asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación” (STC 7/1994, de 17 de enero), y a los padres a “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio”, de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad de tratamiento incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE, ya que *la filiación no admite categorías jurídicas intermedias* (SSTC 67/1998, de 18 de marzo, y 200/2001, de 4 de octubre, y 154/2006 de 22 de mayo).

<sup>83</sup> “Es evidente la conexión entre procreación y el libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 CE, entendido éste, como un principio constitucional, que significa la autonomía de la persona para elegir, libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con las propias preferencias. En este caso, la opción vital es concebir, o no, un hijo, decisión personalísima, en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola, ni prohibiéndola, debiendo respetar lo que resulte del ejercicio de la libertad de cada ciudadano. La libertad de procreación significa el reconocimiento a la persona de un ámbito de decisión (concebir, o no un hijo) sustraído a la injerencia estatal, pero de esta libertad no se desprende un derecho a exigir a los poderes públicos que éstos hagan efectiva la pretensión de tener hijos. Concretamente, no existe un derecho a exigir al Estado que permita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a cualquier persona, en cualquier circunstancia y, de cualquier modo. Es, por ello, legítimo que se limite el acceso a dichas técnicas con el fin de proteger

Por último, tampoco debemos olvidar hacer mención de la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que en su art. 2 consagra un principio esencial: el interés superior del menor como criterio prevalente respecto a las acciones y decisiones en las que aparezca implicado, debiendo preservarse siempre su identidad frente a cualquier tipo de discriminación.

### **CAPITULO TERCERO. FILIACIÓN DETERMINADA EN EL EXTRANJERO MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL: INTERPRETACIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES ESPAÑOLAS**

#### **I. LA RDGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2009**

##### **1. Criterios generales adoptados inicialmente por la DGRN**

En nuestro Derecho, la polémica en torno a la inscripción del nacimiento y filiación de los niños nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución comienza con la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009<sup>84</sup>.

Desde entonces, el recurso a la gestación por sustitución fuera de las fronteras de España se ha generalizado. A pesar de ser una práctica “prohibida” en nuestro Estado, las autoridades españolas no ponían ningún impedimento a la hora de inscribir a los nacidos en el extranjero mediante este tipo de técnica<sup>85</sup>. Pero, todo ello cambió en noviembre de 2008 cuando un auto del encargado del Registro civil del Consulado de España en Los Ángeles, denegó a dos ciudadanos españoles varones, casados en España en 2005, la inscripción del nacimiento de sus hijos gemelos nacidos en San Diego, en octubre de 2008<sup>86</sup>.

La DGRN dictó una resolución, el 18 de febrero de 2009, a través de la cual se ordenaba a proceder a la inscripción, del nacimiento y la filiación, de dos menores nacidos a través de un contrato de gestación por sustitución en EEUU. Frente a ello, el MF impugnó dicha resolución, siendo posteriormente revocada en 2010 por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia. Frente a esta decisión, se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, que, llegando a la misma conclusión, procedió

---

intereses distintos a los de sus potenciales usuarios, como son la dignidad, tanto de las madres portadoras, como de los hijos concebidos mediante gestación por sustitución”. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho Español”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. 2016, Nº 4, pág. 353.

<sup>84</sup> Ciertamente, que ya en el año 2003, gracias a los medios de comunicación, pudimos enterarnos de la noticia de que una famosa aristócrata de nuestro país viajaría a EEUU con el fin de asistir al parto de sus gemelas. El hecho de inscribir la filiación de las niñas no supuso ningún inconveniente para la familia, ni las autoridades consulares se negaron a concederla.

<sup>85</sup> Tal y como podemos ver, el acceso al Registro Civil español de los nacimientos de niños nacidos en el extranjero a través del recurso a la gestación por sustitución es una cuestión especialmente controvertida. Entre los argumentos que suelen esgrimirse en contra de tal posibilidad destacan, como ya hemos visto, sin duda el tenor literal del artículo 10.1 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que declara la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, y la supuesta contrariedad de la gestación por sustitución con nuestro orden público.

<sup>86</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, pág. 154.

a la desestimación del recurso y a confirmar la sentencia de instancia. Finalmente, se llegó a la sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014, que también accedió a confirmar la decisión de los tribunales inferiores, que ahora mismo explicaremos<sup>87</sup>.

Cuando la filiación consta en un Registro extranjero y se pretende que conste también, en el mismo sentido, en el Registro civil español, son aplicables: el art. 23 LRC, art. 81 RRC, art. 86 RRC, art. 88 RRC y art. 323 LEC. Tal y como se desprende de tales preceptos, para que una certificación registral extranjera de nacimiento y/o filiación, como cualquier otro documento público, pueda acceder al Registro civil español debe cumplir las siguientes exigencias: a) El documento extranjero ha de ser “*público*”, esto es, debe de haber sido autorizado por una autoridad extranjera. Debe tratarse de un documento en cuya confección se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento pueda ser considerado como “*documento público*” o documento que hace “*prueba plena en juicio*” (art. 323.2o. LEC); b) El documento debe haber sido intervenido por autoridad pública extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las desarrolladas por autoridad española en la materia; c) El documento público extranjero debe venir acompañado de legalización (art. 88 RRC) y de traducción (art. 86 RRC) y; d) El acto o *negotium* contenido en el documento ha de ser válido. Al Registro solo acceden documentos en los que constan actos válidos. Este control de legalidad del acto contenido en el documento, se deduce del art. 23 LRC y art. 81 RRC. Pero, ¿conforme a qué ley debe comprobarse la validez de dicho acto<sup>88</sup>?

El fundamento en el que sustenta su Resolución lo encuentra la DGRN en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, que establece que “*El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las Leyes o a los Tratados internacionales*”. En virtud de este precepto entiende la DGRN que la misión del Encargado del Registro civil consular se tiene que limitar a realizar un control formal de legalidad de la decisión registral extranjera en forma de certificación registral, sin entrar a valorar si el contenido de ésta se adecua o no al derecho positivo de nuestro ordenamiento jurídico<sup>89</sup>. Esto es, el

---

<sup>87</sup> “Las consecuencias de la no inscripción en el Registro Civil español de un acta de filiación otorgada en el extranjero en circunstancias como la descrita en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 pueden ser devastadoras para el interés superior del niño nacido en el extranjero, con una filiación dada fuera de España, incompatible con la procedente según la ley española. El niño tendría dos filiaciones legamente reconocidas en distintos Estados. Incluso una vez producida, erróneamente o no, la transcripción del acta extranjera en el Registro Civil español, podría ser anulada en virtud de acción contenciosa de estado, promovida por el Ministerio Fiscal. Los menores, en uno u otro caso, no podrían hacer valer en España las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, conforme a la ley tolerante del Estado de su nacimiento. Su madre sería, a los efectos del ordenamiento jurídico patrio, *la que nunca quiso serlo* y la posibilidad de hacer madre a la que siempre tuvo *intención procreativa*, quedaría a las expensas de una adopción del hijo del cónyuge o del hijo de la pareja no matrimonial, de una adopción por un *extraneus* en el caso de que el niño no tuviera material genético de ninguno de los comitentes”. ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”. *Cuadernos de derecho transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, pág. 11.

<sup>88</sup> Cfr. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, pág. 155.

<sup>89</sup> Pese a ello, la DGRN, revocando la decisión previa del Encargado del Registro Consular, ordenó en su Resolución de 18 de febrero de 2009 la inscripción de la doble paternidad de unos gemelos nacidos mediante gestación por sustitución en California. La inscripción practicada a resultas de dicha

Registrador debe comprobar que existe una “decisión” válida adoptada por las autoridades extranjeras competentes y que en ella se constata el nacimiento y la filiación de los nacidos. Constatado esto, la validez extraterritorial de las decisiones extranjeras en España obliga a inscribir la certificación sin entrar a analizar el contenido de la misma. Por consiguiente, la DGRN considera que son los Tribunales los que deben resolver las cuestiones de fondo que plantea el supuesto relativo a la filiación de los bebés y a la validez o no del contrato<sup>90</sup>.

Como vemos, esta RDGRN de 18 febrero de 2009 constituye una decisión pionera en relación con este delicado y complejo tema. Para ello, la RDGRN 18 febrero 2009 utiliza con maestría las mejores técnicas del Derecho internacional privado y se muestra, sin duda alguna, vanguardista y audaz en la solución del caso<sup>91</sup>. La RDGRN 18 febrero 2009 pone de relieve que los oscuros tiempos del aislacionismo jurídico español han quedado plenamente superados. En efecto, la DGRN ofrece, en esta resolución, una solución legal de tecnología punta, que muestra la alta calidad de la ciencia jurídica internacional-privatista que hoy día se practica en España. Una solución que sintoniza con las tendencias que, en esta materia, comienza a mostrar el Derecho comparado. Desde ese punto de vista, puede también subrayarse que, a la hora de resolver problemas jurídicos de Derecho internacional privado, España ya no es la cenicienta de Europa. Y que el Derecho internacional privado ya no constituye un “*Arte Povera*”, sino el Battlefield en el que las distintas propuestas de método debaten entre sí en un diálogo cualificado dirigido a mejorar la vida internacional de los particulares. Para comprender correctamente la riqueza de matices de esta RDGRN 18 febrero 2009 es preciso, igualmente, acabar con prejuicios propios del pensamiento vertical y abrir las ventanas al típico *modus operandi* de la DGRN. Porque para la DGRN, el DIPr. es una “*creación coral*”, una “*opera aperta*” que crece y adquiere nuevas dimensiones cada vez que un lector aporta su propia perspectiva personal<sup>92</sup>.

## 2. Mecanismos de reconocimiento de resoluciones extranjeras

El criterio de la DGRN ha sido el de acogerse al mecanismo de reconocimiento de la certificación registral extranjera, considerando que la filiación que viene determinada en un Registro civil extranjero no debe ser un mero hecho, dado que cuando una autoridad extranjera inscribe en el Registro el nacimiento de un menor y su filiación

---

Resolución fue anulada en sede judicial y poco tiempo después, el 5 de octubre de 2010, la DGRN dictó una Instrucción con la finalidad de establecer las pautas a seguir por los Encargados del Registro Civil ante supuestos de esta naturaleza. La Instrucción confirma la posición favorable de la DGRN hacia la inscripción de estos nacimientos, pero introduce una serie de requisitos adicionales con la finalidad de salvaguardar los intereses del menor y de la madre gestante.

<sup>90</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Victoria. “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”. *Anuario Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*. 2012, N<sup>o</sup> 5, págs. 371-372.

<sup>91</sup> “Pues bien, la cuestión controvertida no era de “Derecho aplicable a la filiación”, sino una cuestión de “efectos jurídicos en España de una decisión pública extranjera”, es decir, de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”. Por tanto, para decidir en torno al eventual acceso de la decisión registral californiana al Registro Civil español, las autoridades registrales españolas no debieron aplicar las normas de conflicto, ni tampoco la ley sustantiva de- signada por tales normas de conflicto, esto es, la LTRHA”. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia; CARRIZO AGUADO, David. “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...? *La Notaria*. 2014, N<sup>o</sup> 2, pág. 61.

<sup>92</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2009, Vol. 1, N<sup>o</sup> 2, págs. 295-296.

correspondiente, no sólo está haciendo constar esos hechos, sino que además los está calificando jurídicamente<sup>93</sup>.

Por ello, la DGRN deja a un lado la norma de conflicto del foro, prestando especial atención al control de los siguientes extremos: a) que la autoridad extranjera sea internacionalmente competente; b) que se hayan respetado los derechos de defensa en el Estado de origen y; c) que no sea contraria al orden público internacional español. Además, la perspectiva del “reconocimiento de decisiones” potencia y facilita la vida internacional de los particulares. Cuanto más elevada es la movilidad internacional de los particulares, mayor es la necesidad de reconocimiento, en otros Estados, de las situaciones legales (filiación en este caso) creadas en un Estado<sup>94</sup>.

Como vemos, se ha constatado que la DGRN sujeta la eficacia probatoria de los documentos extranjeros al método del reconocimiento (artículo 81 RRC y 323 LEC). En el control de legalidad rechaza el método conflictual y no exige tampoco el reconocimiento de la sentencia californiana (aunque sí hace referencia a algunas condiciones de exequátur). Se centra en la certificación registral extranjera más que en la sentencia californiana, aunque, entre ambas exista una relación de causa-efecto. En todo caso, es el límite del orden público internacional la pieza clave del control, en el marco del reconocimiento, lo que permite atender a un orden público aligerado: o, más bien, atento a la eficacia en el territorio de las situaciones jurídicas ya creadas en el extranjero. Esto requiere, empero, que en el momento de la creación de la relación jurídica ésta se encontrara alejada del foro. Tal ocurriría, por ejemplo, si los promotores de la inscripción fueran un matrimonio entre español y norteamericano, residente en California, que hubiera tenido un hijo por medio de maternidad subrogada y solicitaran su inscripción en el Registro consular o en el Registro de la localidad española donde viven tras su instalación en España. Pero no es éste el caso que nos ocupa. Los vínculos con el territorio español son intensos, lo que disminuye las posibilidades de atenuación del orden público o el que se considere que estamos ante un supuesto de eficacia extraterritorial de las situaciones válidamente creadas (sin fraude de ley) en el extranjero. Asimismo, la DGRN precisa que incumbe a los tribunales el tratar las cuestiones de fondo relativas a la filiación y al contrato, y al reconocimiento de la sentencia extranjera, lo que se solventa a través de otros métodos en el Derecho internacional<sup>95</sup>.

En definitiva, consideramos que, desde la óptica del Derecho Internacional Privado, el acceso de las calificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe

---

<sup>93</sup> “A tenor de tal método de reconocimiento (sea cual sea la calificación retenida: documento, acto público, sentencia o situación) no se indaga la ley competente (la ley española ni se aplica ni es la competente), y el control basado en el límite del orden público internacional es excepcional y relativo en el espacio y en el tiempo. Este exige una valoración, en el momento actual e *in casu* del impacto o de los efectos nocivos que produciría la recepción de tal decisión en el foro (país de reconocimiento)”. QUIÑONEZ ESCÁMEZ, Ana. “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada: en torno a la DGRN de 18 de febrero de 2009”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2009, N° 3, pág. 24.

<sup>94</sup> *Vid.* RDGRN 18 febrero 2009, FD II *in fine*: “Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son sólo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una “decisión” por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación”.

<sup>95</sup> QUIÑONEZ ESCÁMEZ, Ana. “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada: en torno a la DGRN de 18 de febrero de 2009”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2009, N° 3, pág. 16.

valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Por tanto, se excluye la aplicación del art. 9.4 CC y tampoco será aplicable la ley sustantiva a la que tales normas de conflicto conducen, que es la LTRHA<sup>96</sup>.

## II. LA INSTRUCCIÓN DE LA DGRN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010

Posterior a la resolución de 2009, la DGRN dictó una nueva instrucción, de 5 de octubre de 2010, que alude al régimen registral de la filiación de los nacidos a través de gestación subrogada<sup>97</sup>. Lo que pretende esta Instrucción es intentar dotar de seguridad jurídica al régimen de la filiación en España de los menores nacidos por gestación subrogada cuando la filiación ha sido acreditada por las autoridades de otro país, pero ello con una serie de límites que ahora explicaremos<sup>98</sup>.

Indica la DGRN que con esta Instrucción de 5 octubre 2010, se persigue “*dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor*” y también proteger “*otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución*”, especialmente, se persigue “*la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres*” y también “*controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato*” de gestación por sustitución. Para asegurar la protección de dichos intereses, la Instrucción citada establece los siguientes puntos clave<sup>99</sup>.

- 1) Exige que haya recaído una resolución judicial en el extranjero sobre la filiación de los menores nacidos por GS. Es decir, con esta exigencia lo que se pretende es que los interesados no solo presenten la solicitud de inscripción de filiación, sino también y junto a ella la resolución judicial dictada por el tribunal competente extranjero en la que se determine la filiación del niño. En consecuencia, y como indica la misma Instrucción, en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia; CARRIZO AGUADO, David. “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...? *La Notaria*. 2014, Nº 2, pág. 63.

<sup>97</sup> BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

<sup>98</sup> “En esta instrucción, si bien cambia el criterio mantenido en la resolución de 18 de febrero de 2009, continúa admitiendo la posibilidad de inscribir en el Registro civil los nacimientos producidos en el extranjero consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, siempre que al menos uno de sus solicitantes sea español. La razón que justifica esta decisión de la DGRN vuelve a ser la protección del interés del menor, “facilitando la comunidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por un Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida por España”. En definitiva, no coincide con el criterio de su Resolución de 2008, pero facilita la inscripción de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”. CARCELLER SALAS, Antonio. “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2011, Nº 10, pág. 3.

<sup>99</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “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”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2011, Vol. 3, Nº 1, pág. 249.

<sup>100</sup> Cfr. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre

- 2) Exigencia de exequátur en España de la resolución judicial extranjera, en caso de que haya recaído en un procedimiento contencioso, según el art. 954 LEC.
- 3) Reconocimiento incidental en los casos en que la resolución judicial se haya dictado a consecuencia de un proceso de jurisdicción voluntaria, para lo cual no se haría necesario el exequátur. Por ello, bastará con que el encargado del Registro Civil efectúe tal reconocimiento, para el cual se hace necesario el control de una serie de extremos.
- 4) Control de los extremos del reconocimiento incidental por el encargado del RC, que deberá acreditar lo siguiente: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualquier otro documento que se hubiere presentado; b) que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia en judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; c) que se hubieren 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 transcurrido, sin que quién tenga reconocida facultad de revocación, o la hubiere ejercitado<sup>101</sup>.
- 5) La necesidad de exequátur es una decisión que se hace depender del buen criterio del Encargado del Registro civil, quien valorará si la resolución judicial se dictó en el marco de un procedimiento contencioso o de uno con naturaleza de jurisdicción voluntaria<sup>102</sup>.

Por consiguiente, la atribución de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución debe basarse en una previa resolución judicial, que (salvo que resulte de aplicación un Convenio Internacional) habrá de ser objeto de exequátur, conforme al procedimiento establecido en los arts. 954 y ss. LEC de 1881 (tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas, fiscales, administrativas y del orden social)<sup>103</sup>.

A raíz de su contenido, la Instrucción ha sido objeto de numerosas críticas, dado que es contradictoria y confusa en numerosos puntos y nada tiene que ver, y ni siquiera

---

2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2011, Vol. 3, Nº 1, pág. 249.

<sup>101</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, pág. 163.

<sup>102</sup> “Pues bien, si la resolución judicial extranjera que determina la filiación del menor ha sido dictada en un procedimiento contencioso será necesario instar por el particular el exequátur ante los Juzgados de Primera Instancia (arts. 954 Y 955 LEC). En este caso deberá presentarse ante el Encargado del Registro Civil, la solicitud de inscripción, así como el Auto que pone fin al exequátur. Pero si la resolución judicial ha sido dictada en un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, únicamente se exige que el Encargado del Registro Civil realice un control incidental de la misma asegurándose se cumplen los siguientes aspectos; la regularidad y autenticidad formal de la resolución; que la competencia del Tribunal extranjero que ha dictado la resolución se fundamenta en criterios equivalentes a los existentes en la ley española; que los derechos procesales de las partes interesadas se han garantizado debidamente; que se ha protegido debidamente el interés del menor y los derechos de la madre gestante y finalmente, que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables o sometidos a un plazo de revocación”. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Victoria. “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”. *Anuario Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*. 2012, Nº 5, págs. 375-376.

<sup>103</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho Español”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. 2016, Nº 4, pág. 356.

completar a su predecesora<sup>104</sup>. Todo ello hasta el punto de que hay quien considera que la Instrucción DGRN 5 octubre 2010 constituye un ejemplo de burocratización artificial del Derecho internacional privado, una *glissade* administrativa que falsea el correcto funcionamiento del Derecho internacional privado español. Este fenómeno se produce al carecer dicha Instrucción de las bases metodológicas jurídico-internacionales precisas para proporcionar una solución jurídica de calidad a un fenómeno poliédrico complejo como es el relativo a la filiación de los menores nacidos en otros países a través de las técnicas de gestación por sustitución. El futuro nadie lo conoce. Queda sólo esperar que la diosa fortuna salga al encuentro de los menores afectados (= *melius* damnificados) por esta Instrucción DGRN 5 octubre 2010 y les proporcione, en ese futuro incierto, un mejor tratamiento legal acorde con el principio del “interés superior del menor”, tal y como recogen las normas españolas vigentes de Derecho internacional privado y tristemente olvidado por la Instrucción<sup>105</sup>.

En favor de esta instrucción debe subrayarse que ha conseguido que numerosos supuestos de filiación acreditada en el extranjero puedan inscribirse en el Registro Civil español en casos en los que no existe ninguna vulneración del orden público internacional español. Pese a sus carencias técnicas, -nadie es perfecto-, esta Instrucción ha proporcionado un tratamiento jurídico bastante correcto de estos supuestos<sup>106</sup>. En ningún caso, pese a las injustas diatribas recibidas en dicho sentido, se ha legalizado la gestación por sustitución en el Derecho español por vía reglamentaria. La instrucción aborda problemas de Derecho internacional privado, no de Derecho civil. En ese escenario, ha procurado poner en claro los motivos concretos que sí suponen una vulneración del orden público internacional español y aquéllos que no implican violación de dicho orden público. No potencia ni fomenta ni permite el fraude a la ley española, sino que trata de dar solución a casos en los que la filiación de los nacidos en el extranjero tras una gestación por sustitución ha sido legalmente fijada<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> “La Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 ha tenido, sin embargo, la virtud de regularizar, aunque tal vez no a través de la mejor técnica jurídica, la situación de diversas familias españolas, cuyos hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, se encontraban en un limbo jurídico. Pero, también ha tenido el gran defecto de originar jurisprudencia contradictoria en el ámbito del procedimiento de *exequatur*”. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, pág. 164.

<sup>105</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “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”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2011, Vol. 3, Nº 1, págs. 261-262.

<sup>106</sup> *Vid.* RDGRN 30 noviembre 2011 [gestación por sustitución en los Estados Unidos], RDGRN 30 noviembre 2011 [gestación por sustitución en los Estados Unidos], RDGRN 12 diciembre 2011 [gestación por sustitución en los Estados Unidos], RDGRN 23 septiembre 2011 [gestación por sustitución en California], RDGRN 23 septiembre 2011 [gestación por sustitución en California], RDGRN 23 septiembre 2011 [gestación por sustitución en India: rechazo de la inscripción], RDGRN 9 junio 2011 [gestación por sustitución en California], RDGRN 9 junio 2011 [gestación por sustitución en California], RDGRN 9 junio 2011 [gestación por sustitución], RDGRN 27 junio 2011 [gestación por sustitución en Chicago], RDGRN 3 mayo 2011 [gestación por sustitución en Estados Unidos], RDGRN 6 mayo 2011 [gestación por sustitución en Estados Unidos], RDGRN 6 mayo 2011 [gestación por sustitución en India: falta de resolución judicial extranjera], RDGRN 6 mayo 2011 [gestación por sustitución en Estados Unidos].

<sup>107</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2015, Vol. 7, Nº 2, págs. 65-66.

### III. LA POSICIÓN ADOPTADA POR NUESTRO TRIBUNAL SUPREMO

#### 1. La STS de 6 de febrero de 2014<sup>108</sup>

Para un mayor entendimiento de la importancia que esta sentencia del TS ha suscitado en nuestra jurisprudencia, conviene hacer una exposición sucinta de todos sus aspectos fundamentales, haciendo especial énfasis en dos materias que aquí interesan especialmente: la excepción de orden público como límite a la admisión de estos acuerdos, y el interés superior del menor, como criterio prevalente respecto al resto de principios.

##### A. Antecedentes de hecho

El contenido de esta sentencia se centra en la demanda que el MF interpone el 28 de enero de 2010 contra la DGRN y dos particulares, D. Ginés y D. Estanislao. El principal motivo que alega el MF en la demanda es la infracción de la Ley 14/2006, dado que considera que la resolución adoptada por la DGRN es contraria al orden público español, por lo que solicita su cancelación y la denegación del acceso de la misma al Registro Civil español<sup>109</sup>.

Dicha demanda es admitida a trámite, procediéndose a su traslado a la parte demandada, quienes solicitan que se desestime, y ante la cual se persona el Abogado del Estado, en defensa de la DGRN, pidiendo que se confirme la resolución de la misma.

Frente a esto, el Juez de 1ª Instancia de Valencia dicta sentencia (núm. 193/2010), de 15 de septiembre, en la que se procede a estimar la demanda interpuesta por el MF contra la resolución de la DGRN, y deja sin efecto la inscripción del nacimiento de los menores que se ha realizado en el Registro Civil de Los Ángeles, procediéndose a la cancelación de la misma.

Frente a ello, D. Estanislao y D. Ginés interponen recurso de apelación contra tal sentencia, a lo que el MF manifiesta su oposición. Del recurso conoce la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia (núm. 826/2011), de 23 de noviembre, y resuelve desestimando dicho recurso y procede a la confirmación de la sentencia apelada.

Ante esta actuación, los afectados vuelven a interponer recurso contra la sentencia de la Audiencia, esta vez de casación ante el TS, alegando como único motivo la infracción del art. 14 CE<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> STS núm. 245/2012, de 6 de febrero de 2014.

<sup>109</sup> Dos varones españoles casados entre sí en 2005 solicitan al Registro Civil de Los Ángeles la inscripción del nacimiento de sus dos hijos, nacidos el 24 de octubre de 2008 por gestación subrogada. Para ello, adjuntan el certificado en el que figuran como padres de los menores. Frente a ello, el encargado del Registro Civil Consular deniega la inscripción haciendo mención al art. 10 LTRHA. Por ello, los interesados interpusieron recurso ante la DGRN solicitando la revocación de la decisión del encargado del Registro Civil Consular de Los Ángeles y que se procediese a la inscripción de la filiación de los menores, acreditada en California, en el RC español. La DGRN dictó resolución el 18 de febrero de 2009 en la que se ordenaba que se procediese a la inscripción de los menores, tal y como constaba en las certificaciones extranjeras. Asimismo, se consideró que dicha resolución no vulneraba el orden público, que evitaba discriminación por razón del sexo y que además protegía el interés superior de los menores. A partir de aquí, el MF interpuso demanda a fin de impugnar dicha resolución del 2009, dado que infringía el art. 10 LTRHA y era contraria al orden público.

<sup>110</sup> Dicho recurso se interpuso por los afectados alegando un único motivo: la vulneración del art. 14 CE, por los siguientes motivos: Discriminación, dado que no se permitía la inscripción en el Registro Civil de la filiación por naturaleza de los menores. Vulneración del interés superior del menor, porque se

El TS dicta auto con fecha de 16 de mayo de 2012, admitiendo el recurso. En este punto, el Abogado del Estado no se persona, y el MF lo hace solicitando la desestimación de dicho recurso.

El Pleno del TS dicta providencia de 5 diciembre de 2012, señalando nueva fecha para la votación<sup>111</sup>. Es importante destacar aquí el voto particular disconforme formulado por D. José Antonio Seijas Quintana.

---

privaba a los niños de su filiación y de su derecho a una identidad única. Que el reconocimiento de la filiación en California no vulnera el orden público español, que impide ejecutar el contrato, pero no el acceso al RC de la filiación.

<sup>111</sup> *Valoración de la Sala: reconocimiento de resoluciones extranjeras y orden público internacional español.* Se discute sobre el reconocimiento o no en España del nacimiento de los menores en California, así como la determinación de su filiación, a través de un contrato de gestación subrogada. La Sala aplica la técnica del reconocimiento (arts. 81 y 85 RRC), y no del conflicto de leyes, tal y como se desprende de la lectura de esta sentencia: “*Existe ya una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas. Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español*” [Para proceder al control de las cuestiones de fondo de la certificación extranjera, según estos preceptos, debe tenerse en cuenta que la misma sea regular, auténtica y que no exista duda sobre la realidad del hecho y su legalidad conforme a la ley española]. También se hace referencia al *orden público atenuado*, donde la intensidad de la atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica en España, y se llega a la conclusión de que los vínculos en este caso son muy intensos, dado que los comitentes fueron a California con el objetivo de realizar el contrato de GS porque en España estaba prohibida. En cuanto al *interés superior del menor* alegado por los recurrentes, la Sala considera que se trata de un concepto jurídico indeterminado, en torno al cual no existe unanimidad (*Vid.* art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, art. 39 CE y LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor). Los recurrentes llegan a la consideración de que para satisfacer este interés superior debe reconocerse la filiación en España y confirmarse la resolución de la DGRN. Lo que concluye la Sala en este punto, es que no puede invocarse este interés superior de manera indiscriminada, porque con ello lo único que se conseguiría es hacer tabla rasa a cualquier vulneración. Lo que se aconseja es ponderar todos los intereses en conflicto, como lo pueden ser también la dignidad e integridad de la mujer. En torno al “*derecho a la identidad única*”, se considera que no hay una vinculación efectiva con EEUU, dado que sólo se trasladaron allí para llevar a cabo el contrato de GS, por lo que no se corre ese riesgo de tener dos identidades. Del “*derecho a la vida privada y familiar*” (art. 8 CEDH) se entiende que la injerencia en estos casos está justificada, bien porque así lo dispone la ley, bien porque es necesaria en la sociedad, por lo que tampoco cabe alegar la vulneración de este derecho [FD 11 de la Sentencia: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia”)]. Finalmente, se habla de la “*desprotección*” a la que quedan sometida los menores al no reconocerse su filiación, llegando incluso a hablar de su traslado a un orfanato, lo que la Sala no considera probado en ningún caso, al igual que tampoco ha quedado acreditado quién aportó los gametos a dicho proceso, ni quien es el padre, pero sí queda acreditada una relación familiar *de facto*, dado que se ha producido una integración efectiva de los menores en la familia, constituida por los recurrentes. Por último, se menciona la conveniencia del art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, llegando a la siguiente conclusión: “*Ha de precisarse también que, a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido*”. Después del análisis de estos conceptos y de numerosas cuestiones, la decisión a la que llega la Sala es la de desestimar el recurso de casación, e insta al MF a que lleve a cabo las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores para su protección, al haber quedado integrados en un núcleo familiar *de facto*.

## **B. Voto particular discrepante de D. José Antonio Seijas Quintana**

La opinión del Magistrado se centra en manifestar su desacuerdo con la solución a la que ha llegado la Sala centrándose en los siguientes motivos, de los cuales prestaremos especial atención al concepto de orden público y al de interés superior del menor al ser las cuestiones que especialmente interesan en este trabajo:

- 1) En primer lugar, en lo que respecta al reconocimiento de resolución extranjera, el problema ante el que nos encontramos no debería ser el de cuál es la ley aplicable a tal filiación, sino que lo que habría que hacer es reconocer en España ese documento auténtico que sí lo ha sido en California, dado que está amparado en el principio de igualdad e interés superior del menor.
- 2) En segundo lugar, se entiende que no es aplicable el art. 10 LTRHA, dado que la filiación ya ha sido determinada por una autoridad extranjera, con que lo que habría que resolver es si esa decisión es o no contraria al orden público o no.
- 3) Se discrepa con mayor medida sobre la consideración que la Sala otorga al concepto de orden público, y ello por lo siguiente:
  - a) En primer lugar, lo que trata de discutirse aquí no es la adecuación del contrato de GS a la legislación española, sino que lo que se pretende es el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa. Y es por ello que el concepto de orden público ha de considerarse desde la perspectiva del interés del menor, como principal afectado.
  - b) En segundo lugar, se habla de la vulneración de la dignidad de la mujer, entre otros derechos. Esta afirmación no se puede generalizar ni se compadece con las reglas jurídicas de un Estado con el que compartimos ámbitos privilegiados de cooperación jurídica, en el seno de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, como son los Estados Unidos de Norteamérica. Pero es que, además: a) supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso; b) no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante; c) el consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias, y d) tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere. Es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica<sup>112</sup>.
  - c) En tercer lugar, se hace alusión al derecho comparado, dado que cada vez más se está produciendo una flexibilización y regularización de estos acuerdos en los diferentes países.
  - d) En cuarto lugar, no puede ponerse de ejemplo de vulneración de orden público el Informe preliminar de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, dado que su principal objetivo es el de uniformar y regular la normativa en los diferentes Estados sobre este tipo de acuerdos.
  - e) Por último, se llega a la conclusión de que la vulneración del orden público sólo puede determinarse y corroborarse caso por caso, tarea que corresponde a los tribunales españoles.

---

<sup>112</sup> Punto 3 del voto particular de la sentencia.

Sin duda, la sentencia de la que se discrepa tutela la excepción del orden público de una forma preventiva, más allá de lo que resulta del supuesto sometido a la consideración de la Sala mediante el recurso de casación. Obligación del legislador será establecer un marco legal que garantice los derechos de todas las partes implicadas, no tanto de los menores, ajenos a esta suerte de relaciones mercantiles, como de las madres subrogadas, que renuncian a sus derechos como madres, especialmente de aquellas que provienen de grupos económicamente desfavorecidos, y de los que pretenden ser padres. Obligación de los Jueces y Tribunales es resolver y tutelar situaciones concretas, como la que es objeto del recurso<sup>113</sup>.

- 4) Por otro lado, es importante hacer mención a la discrepancia que se mantiene también en torno a la afección grave a la que queda sometido el interés superior del menor. Se entiende que a los menores “*se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados unos niños que siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles*”. Situación que pretende quedar solucionada en la sentencia dado que la labor de determinar la filiación e integración de los menores compete al MF. Lo que se pretende es que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses<sup>114</sup>. El magistrado concluye su argumento diciendo que no basta el interés en abstracto, y que, por tanto, “*no hay*

---

<sup>113</sup> “En este punto, es significativo mostrar los pronunciamientos de *dos sentencias* emanadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 26 de junio de 2014. En sendos fallos, el Alto Tribunal europeo estima que no reconocer la filiación de hijos nacidos de madres de alquiler en el extranjero podría afectar a la identidad de los menores, porque prohibir totalmente el establecimiento de un vínculo de filiación entre un padre y sus hijos biológicos vulnera el art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950”. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia; CARRIZO AGUADO, David. “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...? *La Notaria*. 2014, N° 2, pág. 62.

<sup>114</sup> Voto particular en torno al interés superior del menor: “se reitera la normativa que se cita y se recuerda que este interés del menor es superior y también de orden público y este principio no se defiende contra los niños sino a partir de una regulación que impida su conculcación. El derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público y “el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado” por parte de las autoridades públicas o instituciones privadas (STSJ de Madrid Sala de lo Social de 13 de marzo de 2013). Este interés se protege antes y después de la gestación. Se hizo por los tribunales americanos en el primer caso. Se ha negado en el segundo. Se ignora una nueva realidad y no se procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos, y es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, como la del caso italiano, y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que prevalece sobre otras consideraciones, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 2 de octubre 2003 -caso García Avello, y 14 de octubre de 2008- caso Grunkin y Paul). En esta línea, se cita la sentencia del TEDH, que también recoge la sentencia de la que trae causa este voto particular, dictada el 28 de junio de 2007 -caso Wagner-en interpretación del artículo 8 del Convenio. La Convención, dice, es “un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales”, añadiendo la sentencia de 10 de abril de 2012 -caso K.A.B.-: “No puede sustituirse a las autoridades nacionales en esta tarea ni, por lo tanto, pronunciarse sobre la decisión judicial relativa al interés superior del niño o sobre la adopción de éste, pero le corresponde indagar si, en la aplicación e interpretación de las disposiciones legales aplicables, se respetaron las garantías del artículo 8 del Convenio, teniendo en cuenta, en particular, el interés superior del niño (véase, mutatis mutandis, Neulinger y Shuruk c. Suiza [GC], nº 41615/07, § 141, CEDDH 2010...)”.

*orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada”.*

## **2. La vulneración del orden público español según el Tribunal Supremo**

En cuanto a la consideración sobre la vulneración del orden público internacional español derivada de la certificación registral extranjera que acredita la filiación de los menores nacidos a través de un contrato de gestación subrogada, podemos destacar dos grandes tendencias que existen sobre ello<sup>115</sup>.

En primer lugar, la perspectiva encabezada por el TS, que afirma que una certificación extranjera, registral o judicial, que acredita la filiación de un menor nacido a través de un proceso de gestación por sustitución vulnera, necesariamente, esto es, en todo caso, el orden público internacional español<sup>116</sup>.

Un problema específico puede surgir en el ámbito de la UE. Como se indicaba al inicio de este trabajo, determinados Estados miembros admiten la gestación por sustitución (caso de Reino Unido y Grecia, por ejemplo). De tal forma, puede darse el caso de una filiación determinada en alguno de estos países, en los que el nacido se considere hijo, no de la mujer que dio a luz, sino de los comitentes o padres de intención. Por tanto, el nacido será considerado hijo de unas determinadas personas con arreglo al Derecho de dicho país extranjero, y de otras diferentes con arreglo al Derecho español. En tales supuestos, se vulneraría el derecho a la “*libre circulación*” del nacido en la UE (art. 21 TFUE) en tanto que cada vez que cruzara la frontera, cambiaría su filiación, produciéndose con ello riesgos de confusión sobre la identidad o la filiación del sujeto, que pueden causarle graves inconvenientes tanto de orden profesional como privado. En tales casos, y aplicando la jurisprudencia del TJUE ya existente en materia de nombre y apellidos, los Estados miembros deberían de respetar la filiación determinada conforme al Derecho de otro Estado miembro, salvo que ello vulnere su orden público internacional, esto es, si dicho reconocimiento infringe los principios jurídicos fundamentales en los que dicho Estado basa la convivencia y la paz social<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> “En resumen, para el TS, la vulneración del orden público internacional español tiene lugar por estos tres motivos: (a) La filiación determinada en el extranjero por certificación registral no puede aceptarse en España porque supondría tratar a la mujer gestante y al niño como mercancías, lo que daña la dignidad de ambos: es el “discurso de la dignidad”; (b) Sólo los comitentes ricos podrían beneficiarse de una filiación atribuida en un país extranjero a su favor, lo que crea dos clases de comitentes, los ricos (=únicos que podrían “ser padres”) y los no tan ricos (=que no podrían ser “padres” porque no pueden permitirse acceder a una gestación por sustitución): es el “discurso de la discriminación económica”; (c) La filiación acreditada en el extranjero ha sido buscada a propósito y de modo artificial, en un movimiento fraudulento de los particulares, para burlar la aplicación del Derecho material imperativo español que regula la filiación de los nacidos tras una gestación por sustitución. Es el “discurso del fraude””. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*”. 2015, Vol. 7, Nº 2, pág. 74.

<sup>116</sup> “El TS lleva a cabo el control del OP respecto de una determinada institución (la GS) y no respecto de los efectos que supondría la inscripción de un concreto documento extranjero en España. Se trata de un control en abstracto que es incompatible con el reconocimiento incidental de una certificación registral extranjera que era mero reflejo registral de una resolución judicial previa y que únicamente requería, como correctamente apunta el voto particular de la sentencia, comprobar si *en el caso concreto* se vulneraba el OP internacional español”. FARNÓS AMORÓS, Esther. “La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología”. *Anuario de Derecho Civil*. 2015, Tomo 68, fasc. I, pág. 37.

<sup>117</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, pág. 162.

Pero es que, incluso defendiendo la existencia de una hipotética prohibición implícita de la gestación por sustitución en nuestro Derecho, deducir que de tal prohibición podría derivarse la contrariedad de esta figura con nuestro orden público se antoja un salto demasiado grande. Un sector doctrinal entiende que la gestación por sustitución no parece contradecir los grandes principios que inspiran la bioética y que nuestra Constitución recoge (principio de dignidad y de daño, es decir, no causar un daño injustificado, de autonomía y de igualdad). De hecho, no parece contradecir el orden público de ninguno de los ordenamientos pertenecientes al constitucionalismo contemporáneo y prueba de ello es que diversos países de nuestro entorno, con un elenco de valores y principios compartidos con el nuestro, reconocen esta figura. Como señala S. Álvarez, “La dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo gestó y, en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño”. En cuanto a la madre gestante, difícilmente se puede decir que se atente contra su dignidad cuando consciente y voluntariamente acepta someterse a esta práctica<sup>118</sup>.

En segundo lugar, el enfoque seguido por el TEDH y por la RDGRN de 18 febrero de 2009, que indica todo lo contrario, esto es, que una decisión extranjera, registral o judicial, que acredita la filiación de un menor nacido a través de un proceso de gestación por sustitución no vulnera *per se / ex ipsa natura sua* el orden público internacional español y aún más: que el reconocimiento de dicha decisión en el Estado de destino es, con extrema frecuencia, necesario para salvaguardar el “*interés del menor*”<sup>119</sup>.

Un sector doctrinal sostiene que la GS *per se*, en abstracto, no es contraria a nuestro orden público internacional, pero puede ser incompatible si, por ejemplo, mediante violencia se ha forzado la voluntad de la gestante. Cree que difícilmente se puede decir que se atenta contra la dignidad de la gestante cuando consciente y voluntariamente acepta someterse a esta práctica. En esta línea, catedráticos de DIPr. afirman que la dignidad de la gestante está tan salvaguardada cuando consciente y libremente decide prestar su cuerpo para gestar como cuando consciente y libremente decide ingresar en un convento de clausura. Y añade que la dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo parió y, en supuestos ordinarios, no se le causa ningún daño. En cambio, la dignidad del nacido se vulnera flagrantemente cuando es desprovisto de nacionalidad o de filiación<sup>120</sup>. Ambos internacionalistas coinciden en que, al igual que la GS, la adopción también puede generar un tráfico ilegítimo que menoscabe la dignidad de los niños y de sus madres, pero ello no significa que *per se* sea contraria al orden público español sino únicamente que debe ser regulada estrictamente para evitar que puedan verse vulnerados valores esenciales de nuestro ordenamiento<sup>121</sup>.

Ahora bien, que la gestación por sustitución no resulte *per se* contraria al orden público español no impide que en determinados casos el reconocimiento de relaciones de

---

<sup>118</sup> HEREDIA CERVANTES, Iván. “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”. *Anuario de Derecho Civil*. 2013, Tomo 66, fasc. II, pág. 710.

<sup>119</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2015, Vol. 7, Nº 2, pág. 67.

<sup>120</sup> Vid. M<sup>a</sup> Luisa Bayarri Martí. “Maternidad por subrogación: su reconocimiento en España”. [10/07/2015] Disponible en: [www.noticias.juridicas.com](http://www.noticias.juridicas.com)

<sup>121</sup> MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis Fernando. “La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. 2014, Nº 18, págs. 307-308.

filiación establecidas en el extranjero al amparo de esta técnica sí pueda vulnerar nuestro orden público. Baste con pensar en supuestos en los que se hubiera empleado violencia contra la mujer o cualquier otro medio para forzar su voluntad. Tal y como se ha señalado desde nuestra doctrina, la clave de la defensa de los intereses en juego en los supuestos de gestación por sustitución está en establecer una regulación que impida su conculcación. El paralelismo con la adopción resulta evidente: al igual que sucede en la gestación por sustitución, la adopción puede generar un tráfico ilegítimo que menoscabe la dignidad de los niños y de sus madres, pero ello no significa que globalmente considerada sea contraria al orden público español sino únicamente, que debe ser estrictamente regulada para evitar que puedan verse vulnerados valores esenciales e irrenunciables de nuestro ordenamiento. De nuevo hay que tener presente que la realidad es muy rica por lo que el hecho de que se hayan identificado los supuestos más relevantes que pueden integrar el orden público en este ámbito no impide, claro está, que en algún momento pudiera llegar a plantearse ante nuestras autoridades registrales determinados supuestos en los que el reconocimiento de la filiación derivada de una gestación por sustitución pudiera poner en peligro otros valores esenciales de nuestro ordenamiento. Cuando ello fuera así, y al margen de la posible revisión de la Instrucción de 2010, el reconocimiento también debería ser denegado<sup>122</sup>.

### 3. Soluciones al conflicto: la acción de reclamación de la paternidad o adopción

Para aminorar los efectos negativos que produce sobre los menores la falta de reconocimiento en España de la filiación de los menores acreditada por la certificación registral extranjera, efectos negativos, y esto es grave, de los que el TS es plenamente consciente, sugiere el TS dos soluciones compatibles entre sí: (a) Que el progenitor biológico de los menores reclame judicialmente la filiación de los menores; (b) Que los comitentes soliciten *ex novo*, en España, la adopción del menor o su acogimiento familiar<sup>123</sup>. Ambas soluciones, como se verá, comportan notables perjuicios para los menores<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> HEREDIA CERVANTES, Iván. “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”. *Anuario de Derecho Civil*. 2013, Tomo 66, fasc. II, págs. 711-712.

<sup>123</sup> STS 6 febrero 2014, FD 5.11.

<sup>124</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2015, Vol. 7, Nº 2, págs. 92-93. “Puesto que en el caso no había constancia de cuál de los dos recurrentes era el padre biológico de los menores, si es que alguno lo era, el TS insta al ministerio fiscal a ejercitar las acciones pertinentes para determinar, en la medida de lo posible, su correcta filiación, tomando en cuenta su efectiva integración en un núcleo familiar *de facto* y la ruptura de todo vínculo con la gestante. Con ello, el TS hace una remisión a la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, en los términos del artículo 10.3 LTRHA, y a la adopción respecto del otro recurrente. Este criterio, además de ignorar la realidad social, acaba conduciendo, por una vía más gravosa, a la misma solución que demandaban los recurrentes, por lo que resulta insatisfactoria para los ciudadanos españoles que acceden en la actualidad a la GS y, lo más importante, para los menores implicados. Si la opción que ofrece a los recurrentes la mayoría de la Sala pretende, en último término, garantizar el interés superior de aquéllos, ¿por qué la mayoría no tiene en cuenta este mismo interés cuando se trata de reconocer efectos en España al acuerdo de GS celebrado en el extranjero? Puesto que el interés del menor parte de su proyección hacia futuro, resulta especialmente sorprendente que en el caso que nos ocupa el TS articule una vía alternativa y más gravosa para alcanzar su protección y no proteja su interés de forma inmediata en el caso concreto”. FARNÓS AMORÓS, Esther. “La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología”. *Anuario de Derecho Civil*. 2015, Tomo 68, fasc. I, pág. 41.

En cuanto a la solución que exige que los progenitores insten acciones de reclamación de la paternidad de los menores, sectores internacional-privatistas entienden que esta solución no es del todo adecuada para el interés de los menores, y ello por los siguientes motivos:

Primero, los progenitores no están obligados a ejercitar la acción de reclamación de la paternidad, pero es lógico que si no se hace “*el niño no tiene padres*”, lo que se entiende que difiere bastante de la naturaleza esencial del interés superior del menor. Por tanto, ¿qué pasaría entonces, si por error, tal y como sucedió en el caso Campanelli, se utiliza un material genético de otro varón?

Entonces, ¿cuál es la situación jurídica del menor en tanto se llevan a cabo estas acciones? Nadie dice nada.

Y, por último, si uno de los padres lleva a cabo esta acción de reclamación de paternidad, y el otro no, ¿el niño sólo es hijo de un solo padre?

Queda claro que estas son, entre otras, diversas situaciones que pueden darse en la práctica a la hora de reclamar la paternidad, pero no encontramos en ningún sitio, precepto o regulación alguna que lo establezca<sup>125</sup>.

Pasando a la otra solución que prevé el tribunal, la adopción o acogimiento familiar, conviene destacar antes de nada la ST alemana de 10 diciembre de 2014 (caso XII ZB 463/13), que entiende, que al igual que en supuesto anterior, el hecho de no reconocer la filiación de un menor, establecida en otro país, y que sea adoptado por quien no aporta los gametos (del progenitor que no es padre/madre biológico/a) perjudica gravemente al interés del menor por los siguiente:

Primero, porque se considera que el resultado que se pretende alcanzar con la adopción no es mejor que el que podría conseguirse si se reconociese en España la filiación del niño.

Segundo, la adopción no tendría cabida en EEUU, dado que allí los progenitores figuran como padres, no como adoptantes. Por lo tanto, se estaría perjudicando a la identidad del menor, porque en España figuraría como hijo adoptivo y en EEUU como hijo biológico.

Y, por último, es importante saber que nadie está obligado a adoptar, pero si en estos casos no se hace, el menor se haya en una situación de desprotección total, ello sumado a que el TS no garantiza en ningún caso que esa adopción vaya a producirse, por tanto, de no llevarse a cabo ¿cuál sería la solución? Y para acabar, si partimos de este caso, en que los menores nacen en el año 2008, y no se produce una “*solución*” hasta 2014, ¿qué pasa con los derechos sucesorios de estos niños si sus padres llegan a fallecer en ese lapso de tiempo?

#### **4. El avance de las decisiones del TS: sentencias recientes**

Finalmente, debe resaltarse el tratamiento que la gestación por sustitución está recibiendo por parte de los tribunales españoles en el orden social<sup>126</sup>. Así se estima que los padres que sean considerados como tales por una resolución o acta registral extranjera o por sentencia extranjera, de los nacidos mediante gestación por sustitución, pueden gozar del derecho a permiso de maternidad y la subsiguiente prestación, en

---

<sup>125</sup> Vid. Luis Javier Sánchez. “¿Cómo se debería regular en España la maternidad subrogada en el futuro?” [11/01/2017] Disponible en: [www.conflegal.com](http://www.conflegal.com)

<sup>126</sup> Vid. SSTS 19/10/2016, 25/10/2016 y 16/11/2016.

virtud del art. 133 bis LGSS y del art. 2.2 RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Según dicho precepto: *“Se consideran equiparables a la adopción y al acogimiento pre-adoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento pre-adoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación (...)”*<sup>127</sup>.

Las últimas sentencias del TS se centran en interpretar las normas del TEDH y en la aplicación que efectúa del art. 8 CEDH, que invoca el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte, de los arts. 14 y 39.2 CE, disponiendo este último que es tarea de los poderes públicos la de asegurar la protección integral de los hijos.

Asimismo, tal y como se desprende del FD 2º de la STS 7 de marzo de 2016, *“evidente es que la prestación, en su origen, estaba prevista para el supuesto tradicional del parto de una criatura, para cubrir el periodo de descanso inmediatamente posterior de la madre. No obstante, en la actualidad, pacífico resulta que la prestación tiene como objetivo la protección del menor, no del progenitor. Y, en consecuencia, puede ser disfrutada por cualquier progenitor, con independencia de su sexo, tal y como dispone el art. 133 ter de la LGSS”*. Además, apunta en su FD 7º *“que semejante contrato no tenga validez en nuestro ordenamiento jurídico no significa que sea necesariamente contrario a nuestro ordenamiento jurídico. La gestación por sustitución está siendo regulada por cada vez más estados de nuestro entorno. Y en nuestro ámbito cada vez más colectivos proponen su regulación. Que hasta hace poco fuera una figura ignorada por nuestra Legislación, y que actualmente se considere nula, no significa que, en un futuro, incluso próximo, no pueda ser reconocida”*.

La misma posición han adoptado las sentencias más recientes del TS de ese mismo año, como son las de 19 y 25 de octubre de 2016 y de 19 de noviembre de 2016.

Por tanto, todo parece indicar que se está produciendo un avance en torno a los contratos de GS en nuestro ordenamiento jurídico, considerando como referencia las recientes decisiones del TEDH, de las que nuestros tribunales están tomando ejemplo. En esta dirección, parece que el TS ya no se centra tanto en dar sentido al art. 10

---

<sup>127</sup> “En los casos de contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero, carece de sentido invocar en esta sede el art.10 Ley 14/2006 cuya finalidad es proteger la maternidad biológica, no la prestación de maternidad o paternidad, concebida en aras a la protección del menor. De lo contrario, el menor quedaría desprotegido ante la imposibilidad de que la “madre biológica” ejercitara tal derecho. No conceder la prestación de maternidad o paternidad en tales supuestos, vulneraría el art. 14 CE. Dada la finalidad social de la prestación, que atiende al interés del menor, se estaría discriminando al hijo por haber nacido a través de gestación por sustitución. El derecho a la no discriminación en función de la filiación integra el orden público internacional español. La prestación de paternidad o maternidad son técnicas sociales tutelativas del menor, formas de garantizarle una mayor atención, la denegación de la prestación supone en realidad privarlos de la asistencia y dedicación que a través de la prestación se abona a los padres (art. 39 CE). Razones para equiparar esta situación a la adopción o al acogimiento: la posición que ocupan los progenitores respecto del nacido, adoptado o acogido, es la misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en las que están inmersos; existe identidad de razón desde el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico distinto a la adopción o al acogimiento pero idóneo por haberse inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación. La solución opuesta sería contraria al espíritu de la LO 3/2007”. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, págs. 164-165.

LTRHA como norma imperativa (tal y como veíamos en la sentencia de 6 de febrero de 2014), a través del cual ni estas situaciones ni sus efectos tendrían cabida en nuestra legislación. En este caso, manifestamos nuestro asertivo a estas últimas decisiones del TS, quien considera que, a la hora de otorgar estas prestaciones a favor de los progenitores, ha de estarse siempre a la atención y al interés de los menores como principio superior y prevalente en materia de SS (en contraposición con el criterio sostenido por la LTRHA)<sup>128</sup>.

Por ello, todo hace pensar que en un futuro no muy lejano pueda producirse una regulación de estas situaciones, dado que llegará el momento en que se haga necesario que todos estos pronunciamientos, que ahora corresponde hacer a los tribunales bajo su criterio, tengan que venir recogidos en una norma clara que así lo determine. De hecho, ya hay una iniciativa del Partido Popular en la que se pretende someter a debate en el Congreso la maternidad subrogada, con el fin de regularla, dado que sólo así podrá conseguirse que esos efectos más desfavorables derivados de estos acuerdos (aprovechamiento en situaciones de pobreza o de escasez económica) desaparezcan<sup>129</sup>.

#### **CAPITULO CUARTO. LA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH A LOS SUPUESTOS DE FILIACIÓN DETERMINADA EN EL EXTRANJERO MEDIANTE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE GESTACIÓN SUBROGADA**

##### **I. LA POSICIÓN DEL TEDH: EL CRITERIO PREVALENTE DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL RESPETO AL DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR.**

Como hemos visto, todos estos casos han llegado al TEDH, dado que los tribunales estatales no son capaces de dar una solución unánime a este fenómeno cada vez más habitual en la práctica.

Para llegar a las soluciones que hemos visto, el TEDH tiene en cuenta dos cosas: la primera, el interés superior del menor, que en estos casos es el mayor perjudicado dado que tiene serios problemas para inscribirse en el Registro Civil; el segundo, el respeto a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH, que hay que entenderlo también dentro de la esfera privada del menor, dado que son numerosos inconvenientes también los que se le plantean, desde sus derechos a la personalidad hasta los derechos de herencia que puedan derivarse sobre él<sup>130</sup>. Por tanto, analizaremos en profundidad en qué consisten verdaderamente estos dos conceptos.

---

<sup>128</sup> Vid. Antonio F. De la Gándara. “*El TSJC concede prestaciones de maternidad a una pareja gay con un hijo de 'vientre de alquiler'*”. [18/01/2017] Disponible en: [www.canarias7.es](http://www.canarias7.es)

<sup>129</sup> El avance en el criterio de la jurisprudencia española a la hora de otorgar este tipo de prestaciones a aquellas personas que han acudido a contratos de gestación subrogada no se ha visto condicionado por las SSTJE de 18 de marzo de 2014 (Asunto C-363/12 y Asunto C-167/12), que niegan el derecho a percibir prestaciones de la SS a estas familias, argumentando que el Derecho de la Unión Europea no exige que una madre subrogante, que haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, disponga de un permiso de maternidad o equivalente, porque la Directiva sobre las trabajadoras embarazadas sólo prevé ciertas exigencias mínimas en materia de protección, teniendo los Estados miembros libertad para aplicar reglas más favorables en beneficio de las madres subrogantes.

<sup>130</sup> “Como consecuencia de esta situación, el niño es residente en un Estado que no reconoce a sus padres como sus padres legales, lo que afecta al derecho del niño a la filiación, a adquirir una

## 1. El hijo como objeto de litigio

Una vez que el niño nace, son numerosos los problemas que empiezan a plantearse dado que los padres comitentes no lo tienen fácil a la hora de volver con sus hijos al lugar en el que van a residir<sup>131</sup>.

Las posteriores sentencias confirman el planteamiento sostenido hasta ahora por parte de la doctrina favorable a reconocer un estatuto jurídico al niño concebido en el extranjero a partir de un vientre de alquiler, especialmente de cara a la determinación de la filiación, la nacionalidad y los derechos sucesorios, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos de diferente signo derivados de su condición de verdadero hijo de los padres que pretenden su inscripción<sup>132</sup>.

Pero, ¿qué debemos entender y que engloba el “*interés superior del menor*”? Para hacernos una idea, basta con acudir a los arts. 3 y 7 de la Convención de los Derechos del Niño, que podemos considerar incluidos dentro de este interés superior<sup>133</sup>.

Son numerosas las posiciones que en torno a este concepto adopta la doctrina<sup>134</sup>. Partiendo de la base de que “*el interés superior de los menores es el argumento principal al que recurre la DGRN para otorgar efectos a una institución, la maternidad*

---

nacionalidad, el derecho del niño a la identidad, la obligación de los Estados de asegurar que los niños no sean apátridas (etc.), con todas sus consecuencias prácticas”. LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución: realidad y Derecho”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2012, N° 3, pág. 26.

<sup>131</sup> “Nótese que los problemas pueden surgir tanto de la falta de nacionalidad que puede padecer la niña o el niño o de la necesidad de obtener los documentos o autorizaciones de viaje para desplazarse a otro Estado como de la falta de emplazamiento filiatorio respecto de los comitentes; o de ambos. El primero de estos problemas se presenta especialmente cuando en el Estado de origen se sigue el principio *ius sanguinis*; el segundo, cuando en el Estado de origen no está regulada la GS y, además, rige el principio *matter sempre certa est*”. LAMM, Eleonora; RUBAJA, Nieve. “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”. *Revista de bioética y derecho*. 2016, N° 37, pág. 152.

<sup>132</sup> FLORES RODRÍGUEZ, JESÚS. “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo”. *Revista de Derecho Privado*. 2014, N° 27, pág. 80.

<sup>133</sup> El tenor literal de estos preceptos establece: **Artículo 3:** “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”. **Artículo 7:** “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

<sup>134</sup> “La protección del interés superior del menor es primordial, ya que se deben establecer de forma clara cuáles son los criterios de acceso a la inscripción en el Registro civil de España de los menores nacidos fuera de ella mediante un contrato de gestación por sustitución. Es importante tener en cuenta los criterios de adquisición de la nacionalidad española cuando uno de los progenitores tiene esa nacionalidad, sería el caso, de la donación de semen por parte del varón progenitor”. RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca. “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos”. *Revista sobre la infancia y adolescencia*. 2014, N° 6, pág. 46.

subrogada, prohibida en España por el art. 10.1 LTRHA<sup>135</sup>”, hay quienes piensan que “el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones. Es una solución de justicia material que trata de facilitar la vida de los menores y de su familia en nuestro territorio dando a los certificados de nacimiento extranjeros la fe pública registral, y una presunción *iuris tantum* de veracidad y legalidad”<sup>136</sup>. Otros entienden que el menor en estos casos se halla completamente desprotegido hasta el punto de encontrarse en una situación incierta o en un “limbo jurídico”: “como consecuencia de esta situación, el niño es apátrida y con filiación incierta”<sup>137</sup>. El niño se encuentra en un limbo jurídico y “atascado” en estos Estados (Rusia, India, EEUU etc.) y los comitentes, no pueden permanecer allí indefinidamente, debido a los controles de inmigración”<sup>138</sup>.

Otra parte del sector se sitúa en una posición diferente de las anteriores y entiende que dicho principio no puede invocarse sin más para invalidar otras consideraciones, sino que ese interés tiene que ponderarse: “en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor es una “consideración primordial” a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños. Tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración, porque pueden concurrir otros bienes con los que habrá que realizar ponderación, igualmente consagrados en la Constitución Española y en los tratados internacionales, a saber, el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, la evitación de la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes pobres, y la necesidad de impedir la mercantilización de la gestación y la filiación”<sup>139</sup>. De esta manera, otra parte entiende que el interés del niño y el interés de los menores *in casu* deben articularse conjuntamente, de tal manera que uno no prevalezca sobre el otro, y sólo la unión de ambos permitirá a los Tribunales tomar la decisión adecuada sobre el futuro de los menores implicados en cada caso concreto<sup>140</sup>.

---

<sup>135</sup> FARNÓS AMORÓS, Esther. “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2010, Nº 1, pág. 14.

<sup>136</sup> BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la Ley, la biología y el afecto”. *Bitácora Millennium DIPr*. 2015, Nº 1, pág. 15.

<sup>137</sup> “En definitiva, estos casos, entre muchos otros, ponen de relieve que la maternidad por subrogación no es, como algunos entienden, una práctica acordada entre adultos que no perjudica a terceros y que, necesariamente, produce beneficios para todos los sujetos implicados. Por el contrario, tiene consecuencias negativas para las partes más vulnerables y, especialmente, cosifica al hijo, subordinándolo a los deseos de los adultos. LÓPEZ GUZMÁN, José; APARISI MIRALLES, Ángela. “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”. *Cuadernos bioéticos*. 2012, Vol. 23, Nº 78, págs. 262-263.

<sup>138</sup> Cfr. LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución: realidad y Derecho”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2012, Nº 3, pág. 23.

<sup>139</sup> Cfr. BATALLER i RUIZ, Enric. “Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución”. *Actualidad jurídica iberoamericana*. 2015, Nº 2, pág. 785.

<sup>140</sup> “La cláusula del “interés superior del Niño” en los pleitos que le conciernen conduce a la DGRN a ordenar, sin prejuzgar la cuestión de fondo (filiación), la transcripción de las menciones contenidas (incluida la doble filiación paterna) en los certificados de nacimiento extranjeros en el Registro Civil español. Es una solución de justicia material que trata de facilitar la vida de los menores y de su familia en nuestro territorio dando a los certificados de nacimiento extranjeros la fe pública registral, y una presunción *iuris tantum* de veracidad y legalidad. La solución retenida atiende al interés de los menores en el caso concreto. Sin embargo, el mismo principio (el interés superior del Niño) puede

De la lectura de todas las definiciones llegamos a la conclusión de que efectivamente aludir al principio del interés superior del menor es un concepto que resulta muy controvertido a la hora de llegar a una solución aplicando el derecho para los tribunales<sup>141</sup>.

Es cierto que aludir a este principio no puede hacerse a la ligera, dado que han de tenerse en consideración también otros muchos parámetros y no sólo ese en exclusiva, pero lo mismo pasa cuando las autoridades pretenden hacer que este tipo de “contratos” quede sin valor por el mero hecho de alegar la excepción de orden público que quedaría por encima de todo, y que tampoco puede invocarse así como así dado que han de tenerse en cuenta muchas otras consideraciones, porque los realmente afectados en estos casos son los niños<sup>142</sup>.

---

conducir a una solución opuesta en éste ámbito de la maternidad subrogada, pues el interés del “Niño”, de todos los niños en general, exige poner a la persona humana al abrigo del comercio; es decir, de los efectos perversos que entraña la mercantilización de la práctica médica y el contrato de gestación por sustitución. En otras palabras, el que un niño pueda ser “objeto” de contrato o la solución médica a algunos casos de infertilidad; y, el que jóvenes, en situación de precariedad, devengan instrumentos de alienación o explotación en manos de intermediarios. Cabe tener en cuenta que en algunos países la mujer casada gestante no tiene capacidad de obrar (contratar), y más que hablar de un “consentimiento informado” hay que hablar una elección económica y familiar. Se trata de evitar, asimismo, el “derecho al niño” (que invertiría el derecho *del* niño a una familia, al que se han referido el TEDH en el caso de la adopción). El interés del Niño y el interés de los menores *in casu* han de conjugarse. El principio es vacío sin cierta dosis de pragmatismo, pero el pragmatismo es ciego si niega el principio (valores) que prohíbe la maternidad subrogada. Sólo la unión de ambos, el principio y cierta dosis de pragmatismo, permite a las autoridades decidir *in casu* de acuerdo a los principios y a la justicia material que sustentan el interés superior del menor. Éste siempre de buena fe y que no han de cargar con el fraude de los padres”. QUIÑONEZ ESCÁMEZ, Ana. “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada: en torno a la DGRN de 18 de febrero de 2009”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2009, Nº 3, págs. 39-40.

<sup>141</sup> “No hay que olvidar—como advierte finalmente el Tribunal—que el no reconocimiento de la filiación a favor de los padres solicitantes no tiene consecuencias exclusivamente sobre estos últimos, quienes se habrían limitado a elegir una modalidad de procreación reprochada por el Estado donde se pretende hacer valer. Al contrario, también tendría sus consecuencias sobre el menor al resultar afectado significativamente el derecho a que se respete su vida privada garantizado por la Convención, pues esta implica que cada uno pueda configurar la “sustancia de su identidad”, comprendida en ella su filiación. Se origina de esta forma “un grave problema de compatibilidad con el interés superior del niño, interés que debe guiar cualquier decisión que le concierna”, y que debe resolverse en favor de este último”. FLORES RODRÍGUEZ, JESÚS. “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo”. *Revista de Derecho Privado*. 2014, Nº 27, pág. 82.

<sup>142</sup> “El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que en casos como este tiene la consideración de “concepto esencialmente controvertido” al expresar un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social. En cualquier caso, la aplicación de la cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor no permite al juez alcanzar cualquier resultado: la concreción de dicho interés del menor debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no los personales puntos de vista del juez; sirve para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. Debe ponderarse con los demás bienes jurídicos concurrentes, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. La protección del interés superior de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales, sino que habrá de partir, de ser ciertos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores”. JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación

Entendemos, por ello, que aparte del interés superior del menor haya quien opine que también tenga que tenerse en cuenta la dignidad de la mujer o la cautela de mercantilización a la que puede quedar sometida este tipo de gestación, cosa que no discutimos, pero hay que decir que en este caso cuando se habla de la palabra “*contrato*” se entiende que ambas partes están de acuerdo y al fin y al cabo van a ser los niños menores los que carguen con las consecuencias y con las decisiones que han tomado otras personas por ellos, porque evidentemente ellos no lo han elegido.

Por eso es aquí donde debemos pararnos y entender y reflexionar que queramos o no la parte débil en este tipo de relaciones jurídicas es siempre el niño, que es sobre quien recaen todos los problemas de inscripción del nacimiento, de la filiación, de su nacionalidad, su personalidad, etc., y por eso los Tribunales deben ser cautos a la hora de aplicar este principio y deben tenerlo siempre presente, independientemente de que les parezca bien o mal que se permitan este tipo de contratos, pero en quien realmente deben fijarse es en los menores que se ven involucrados en este tipo de prácticas ya que son quienes se encuentran con mil y un problemas cuando son trasladados a su lugar de residencia.

En fin, cuando hablamos de interés superior del menor, principio recogido en numerosos Tratados Internacionales, nos referimos a toda una serie de circunstancias que les permitan tener un óptimo desarrollo y una buena calidad de vida<sup>143</sup>. Asimismo, cuando un menor aparezca involucrado en algún aspecto de su vida y otras personas tengan que decidir por él, ha de tomarse la solución que más le convenga y más le beneficie, que en este caso es inscribirse como hijo de X personas en el país en el que van a convivir, y nos guste o no, ha de prevalecer siempre este interés sobre el orden público, porque, independientemente de que las formas del contrato sean admitidas o no en el país de residencia, no por estos hechos pueden quedarse los niños sin identidad, porque este tipo de soluciones no nos llevan a ningún sitio.

Por tanto, llegamos a la consideración de que pese a que el mencionado interés superior del menor se trate hoy en día de un concepto jurídico indeterminado está claro que debe prevalecer en todo lo que afecte a su persona, y son los jueces y Tribunales los encargados de hacer los juicios de valor necesarios con el fin de que este principio no quede desvalorizado por otras consideraciones y de que los menores puedan ver cumplidos sus derechos de forma efectiva<sup>144</sup>.

---

por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)”. *Revista Boliviana de Derecho*. 2014, N° 18, pág. 404.

<sup>143</sup> “Es sin duda en el interés del menor donde reside la justificación del establecimiento de un vínculo de filiación jurídico materialmente seguro. De esta forma, Se evitaría que las consecuencias negativas del fraude de ley que pudiera haberse cometido por los padres recayesen fundamentalmente sobre aquél, y ello pese a que signifique, *de facto*, atenuadamente, la derogación de la prohibición establecida en el Derecho español o en el francés cuyas consecuencias punitivas sería necesario revisar”. FLORES RODRÍGUEZ, JESÚS. “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo”. *Revista de Derecho Privado*. 2014, N° 27, pág. 83.

<sup>144</sup> “El TEDH observó que, aunque los países gozan de un amplio margen de apreciación, en virtud de las difíciles cuestiones éticas involucradas y la falta de consenso sobre esta materia en Europa, ese margen de apreciación debía volverse estrecho cuando se trataba de la filiación, que involucra un aspecto clave de la identidad de los individuos”. LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su impacto”. *Ars Iuris Salmanticensis: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*. 2014, Vol. 2, N° 2, pág. 46.

## 2. El artículo 8 CEDH

Otro de los puntos controvertidos ante los Tribunales es el artículo 8 CEDH, sobre el respeto a la vida privada y familiar<sup>145</sup>.

Aunque los Estados firmantes de la Convención disponen de un “*margen de apreciación importante*” a falta de consenso para apreciar conforme al art. 8 CEDH lo que es “*necesario*” en una “*sociedad democrática*”, dicho margen debe ser reducido, matizado o relativizado cuando el problema se refiere a la filiación, en la medida en que esta constituye un aspecto esencial de la identidad del niño. Así pues, resulta “*conveniente atenuar el margen de apreciación del que disponen los Estados en estos asuntos*”. En efecto, “*cuando un aspecto particularmente importante de la existencia o de la identidad del individuo está en juego, el margen dejado al Estado se encontrará de ordinario restringido*”. Por tanto, resulta preciso llegar a un equilibrio entre el interés de la colectividad a que sus miembros acaten las decisiones adoptadas democráticamente en su seno y el interés de los ciudadanos—especialmente el interés superior del niño—a disfrutar plenamente de los derechos concernientes a su vida privada y familiar. Así pues, la ausencia de reconocimiento de un Estado del vínculo de filiación con los padres de intención puede tener como consecuencia la destrucción de su propia vida familiar<sup>146</sup>.

Respecto al derecho a la vida privada, el TEDH señala que “*el derecho a la identidad*” forma parte integral del mismo. Así sucede con la filiación con la que se inscribe cada individuo. El respeto a la vida privada exige que cada persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano. En este caso concreto, existe una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación<sup>147</sup>.

En todas las sentencias que estudiaremos, el TEDH llega a la firme conclusión de que no existe vulneración del artículo 8 CEDH respecto de los padres comitentes—en todos los casos los demandantes—y lo argumenta de la siguiente forma: “*la jurisprudencia reiterada del TEDH entiende que para que exista vulneración de tal precepto deben cumplirse una serie de exigencias, es decir, debe analizarse si tal injerencia está justificada, algo que sucede cuando: a) está prevista por la ley y; b) se persiguen fines legítimos, siendo necesaria en una sociedad democrática para poder atenderlos (art. 8.2 CEDH)*<sup>148</sup>. El término “*necesidad*” implica una injerencia fundada sobre una

---

<sup>145</sup> El tenor de este precepto establece lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

<sup>146</sup> FLORES RODRÍGUEZ, JESÚS. “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo”. *Revista de Derecho Privado*. 2014, Nº 27, pág. 81.

<sup>147</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, pág. 171.

<sup>148</sup> El apartado 2 del art.8 CEDH establece: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

*necesidad social imperiosa y, sobre todo, proporcional al fin legítimo perseguido*”<sup>149</sup>. Por eso, en los casos objeto de estudio se llega a la consideración de que no existe vulneración de este precepto respecto de los padres, pero cosa diferente pasa en el caso de los hijos menores implicados, como iremos viendo más adelante.

Volviendo a lo anterior, es importante destacar también que el TEDH ha reconocido en varias ocasiones un tal derecho en el marco del Convenio Europeo de 1950, en sus Sentencias de 27 de octubre de 1994, caso K contra Bélgica, y de 7 de marzo de 2006, caso E contra el Reino Unido<sup>150</sup>. En el párrafo 57 de esta última establece el Tribunal que el derecho a la vida privada comprende, entre otros, “*aspectos de la identidad física y social del individuo, singularmente el derecho a la autodeterminación, el derecho al desarrollo personal y el derecho a entablar y mantener relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior*”, siendo así que tal derecho comprendería igualmente el “*derecho al respecto a la decisión de tener hijos o de no tenerlos*”. Asimismo, a tenor de la jurisprudencia del TEDH, para que la injerencia pueda resultar compatible con los términos del Convenio y no suponga violación del mismo, es imprescindible que responda a una necesidad social imperiosa y sea proporcionada al fin perseguido. Además, en la sentencia comentada, el Tribunal considera que la denegación de reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera que implique una injerencia en la vida privada y familiar con base en la interpretación del orden público, según la cual la denegación del reconocimiento no responda a una necesidad social imperiosa, se traduce en un empleo arbitrario y desproporcionado de la noción de orden público; de tal manera que ello determinaría se deba considerar también transgredido el art. 6 del propio Convenio Europeo<sup>151</sup>.

De la misma manera, La Conferencia de La Haya se alinea con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en varias ocasiones ha puesto de manifiesto cómo, en relación con decisiones en el ámbito del estado civil y el Derecho de familia, el no reconocimiento de una decisión extranjera por un Estado que forma parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos puede constituir una violación de ciertos derechos fundamentales establecidos en el propio Convenio, particularmente, del “*derecho al respeto a la vida privada y familiar*”<sup>152</sup>.

En el caso de los contratos de gestación por sustitución concurren ambos elementos. De un lado, no existe consenso entre los Estados sobre su regulación, pero al mismo tiempo está en juego un aspecto esencial de la identidad de los individuos que afecta a su filiación. Por tanto, en este caso concreto se ha de buscar un justo equilibrio entre los

---

<sup>149</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, págs. 172.

<sup>150</sup> Así, el TEDH, en su Sentencia de 3 de mayo de 2011 (Negreponitis–Gianninis contra Grecia, Asunto C–56759/08), relativa a una adopción constituida en USA, el Tribunal confirma el criterio que ya había desarrollado en su Sentencia de 28 de junio de 2007 en el asunto Wagner y J.M.W.L. contra Luxemburgo, en el sentido de favorecer el reconocimiento de decisiones extranjeras en los Estados miembros del Convenio Europeo, pues concluye que las obligaciones positivas conectadas al deber de los Estados de respetar la vida familiar, consagrado en el art. 8 del Convenio, se proyectan sobre las relaciones de estado civil y familiares constituidas en el extranjero, de modo que la negativa al reconocimiento de decisiones extranjeras en virtud de las cuales se constituyen tales relaciones, suponen una injerencia en tal derecho reconocido en ese precepto.

<sup>151</sup> ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”. *Cuadernos de derecho transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, págs. 22 y 45.

<sup>152</sup> CRUZ MÉNDEZ, José Manuel. “La maternidad subrogada”. *Anuario de la Facultad de Derecho*. 2012-2013, Nº 30, págs. 648.

intereses de los Estados y aquellos de los individuos directamente afectados, y haciéndolo se debe tener en cuenta el principio esencial del interés superior del menor, según el cual, cada vez que está en juego la situación de un niño, el interés superior de éste ha de prevalecer<sup>153</sup>.

Por todo lo anterior, ante el interés superior del menor en que sea preservada su vida privada e identidad personal así como su vida familiar mediante la admisión de filiación en el Estado de destino, todos los argumentos contrarios a ello están irremediabilmente abocados al fracaso más absoluto. El argumento del fraude de ley o *Fórum Shopping*, el argumento de que los Estados partes son libres de legislar contra la filiación determinada por una gestación por sustitución, la persecución del delito y de la criminalidad, el respeto a la Ley del Estado de destino, etc. Todos fracasan. El orden público internacional puede esgrimirse contra el reconocimiento de esta filiación en el Estado de destino, pero sólo “*en teoría*”. Sin embargo, dejados aparte los casos, no examinados por el TEDH, de compraventa de menores, corrupción de autoridades, vicios del consentimiento de la mujer gestante o de la mujer donante del material biológico, explotación de la situación de necesidad de la mujer gestante, violencia, etc., este orden público internacional del Estado de destino no puede detener la admisión de dicha filiación en tal Estado. Merece enfatizarse, en especial, que, a juicio del TEDH, el argumento del *Fórum Shopping* o movimiento estratégico-fraudulento, tan querido por un sector de la doctrina civilista e internacional privatista española y, naturalmente, por el TS, no puede emplearse para detener, en el Estado de destino, la admisión de la filiación acreditada en el extranjero tras una gestación por sustitución<sup>154</sup>. En efecto, el

---

<sup>153</sup> “Respecto al derecho a la vida privada de las menores, el TEDH recuerda que “el respeto de la vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, algo que incluye su filiación, un aspecto esencial de la identidad del individuo está en juego desde el momento en que afecta a la filiación”. Denegando el reconocimiento de efectos a la sentencia extranjera, se admite la filiación de los menores conforme al derecho de otro Estado pero, paradójicamente, en el foro se impide la condición de hijos con todas las consecuencias negativas que ello conlleva, –nacionalidad, efectos sucesorios, responsabilidad parental, etc.– Es esta contradicción, y los obstáculos que se derivan de ella, la que atenta contra la identidad de las personas, y hace que el Estado que deniega la inscripción de la filiación en tales casos, sobrepase el margen de apreciación que le está permitido (art. 8 CEDH)”. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, pág. 172.

<sup>154</sup> “El Art. 12.4 del Código Civil dispone que “*se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española*”. Aunque la doctrina científica no suele reconocer un papel destacado al fraude de ley en el campo del Derecho Internacional Privado, ni en España ni en el extranjero, principalmente por conducir en el plano finalístico a unas consecuencias parejas a las del correctivo de orden público internacional, el Tribunal Supremo ha utilizado la dialéctica del fraude en el terreno del reconocimiento de decisiones extranjeras, para efectuar un control de competencia de las mismas, cuando las partes han salido de su propio suelo buscando un foro de conveniencia. Es fácil llegar a pensar que quienes viajan a un Estado cuyo Derecho permite fijar la filiación en base a una composición entre padres comitentes y madre portante o gestante, están sustrayéndose, sencillamente, a una norma imperativa del ordenamiento jurídico, de manera que su comportamiento tendría encaje tanto en el citado art. 12.4 como en la gura genérica del fraude de ley del art. 6.4 del Código Civil. Sin embargo, aunque es patente que los sujetos imposibilitados de procrear marchan al extranjero para hacer allí lo que les prohíbe el Derecho del Estado de procedencia –España en este caso– sus motivaciones últimas merecen una reflexión acerca de los exactos motivos que les determinan a desplazarse. El más evidente es el de que, en España, no encontrarían una mujer dispuesta desde el momento de la concepción a renunciar a la maternidad, por consideraciones derivadas del propio art. 10 de la LTRA, y de las ingenuas y limitadas alternativas al aborto que proporciona la Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. (Cfr. arts. 14 y 17). Otro, quizás menos visible, puede ser el de la mejor calidad de los servicios sanitarios asociados a las técnicas de reproducción asistida que hayan de emplearse en el caso concreto según las

TEDH indica que sancionar este movimiento jurídico estratégico internacional realizado por los comitentes con un rechazo a la validez de la filiación en el Estado de destino sería excesivo, pues dañaría el derecho a la vida privada de los menores. Es, incluso, “inhumano”. Este derecho a la vida privada, a la identidad del menor, prevalece sobre el derecho del Estado a reprimir movimientos estratégicos de los adultos más o menos fraudulentos<sup>155</sup>.

A continuación, estudiaremos con cautela el tipo de decisiones que ha tomado este tribunal para estos casos tan controvertidos pero cada vez más frecuentes en la sociedad. Para ello, tomaremos en consideración los dos extremos que los Estados pueden tomar a la hora de regular y reflexionar sobre la maternidad subrogada: de un lado, tenemos a los Estados, que son “libres” de regular este procedimiento de maternidad subrogada como quieran (prohibiéndolo, admitiéndolo, etc.); pero de otro lado tenemos a las partes implicadas, y es ahí donde el margen de libertad de los Estados tiene que ser modulado para poder proteger los intereses superiores que se ven implicados cuando de por medio hay menores.

---

particulares circunstancias del sujeto o sujetos comitentes, o acaso el inferior coste de tales servicios”. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”. *Cuadernos de derecho transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, pág. 35.

<sup>155</sup> Frente a lo anterior, si se examina con mayor detenimiento la globalidad de los pronunciamientos del TEDH, se observa que el razonamiento seguido por dicho tribunal conduce, de modo necesario, a la admisión, en el Estado de destino, de la filiación legalmente acreditada en el Estado de origen (STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, Lebassee vs. Francia, FD 75; STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, Mennesson vs. Francia, FD 100). En efecto, en caso contrario (= esto es, si no se reconoce la filiación acreditada en el extranjero) se vulnera, siempre, el art. 8 CEDH, esto es, el derecho a la vida privada y a la identidad del menor, y/o, en su caso, el derecho de todos los sujetos implicados a una “vida familiar”. Por tanto, el TEDH indica que no es preciso que un Estado parte en el Convenio europeo de derechos humanos de 4 noviembre 1950 proceda necesariamente a la admisión de la filiación extranjera de los nacidos en virtud de gestación por sustitución, pero “hace” todo lo contrario. En efecto, para el TEDH, la admisión de tal filiación en el Estado de destino es siempre necesaria para respetar la vida privada de los menores y su identidad, y puede ser necesaria, en su caso, también para proteger la vida familiar de los menores y de sus comitentes” (...). “En verdad, la libertad de los Estados partes para denegar el reconocimiento de la filiación legalmente acreditada en otro país en estos casos de gestación subrogada es una libertad legislativa “reducida a cero”, como muy bien pone de relieve el voto disidente contenido en la STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia, Opinion en partie dissidente commune des judges Raimondi and Spano, FD 15 in fine*. Una visión desde la perspectiva de la “teoría narrativa” de los pronunciamientos judiciales conduce, pues, a una conclusión totalmente contraria a la que se alcanza desde el punto de vista de la “teoría especulativa” con una mera lectura literal de estas sentencias del TEDH. Esto es, si el analista de esta jurisprudencia se pregunta no sobre “lo que es” (= la lectura oficial de las sentencias del TEDH, “*was ist*”), sino sobre “lo que sucede” o ha sucedido (= la realidad a la que conducen las sentencias del TEDH, “*was geschah*”), el resultado es claro, como muestra el antes citado FD 15 del voto disidente de la STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia, (Opinion en partie dissidente commune des judges Raimondi and Spano)*”. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2015, Vol. 7, Nº 2, págs. 103-104.

## II. LOS CASOS SUSCITADOS ANTE EL TEDH

### 1. Asunto *Paradiso y Campanelli contra Italia*<sup>156</sup>

#### A. Hechos

El caso que veremos a continuación implica a un matrimonio italiano (Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli), que tras la falta de éxito en el intento de tener un hijo a través de la fecundación in vitro, deciden recurrir a la maternidad subrogada a través de una empresa rusa que les pondría en contacto con la madre gestante. Lo que trata de hacerse ver en este supuesto es que en este caso se dijo que la pareja no llegó a aportar material genético propio, por lo que los problemas se acrecentarían todavía más, como veremos a continuación.

Pues bien, tras realizar el oportuno papeleo, la madre gestante dio a luz al niño en el mes de febrero de 2011, y fue inscrito como hijo del matrimonio conforme a la ley rusa. Asimismo, el Consulado de Italia en Moscú entregó al menor su pasaporte para poder desplazarse a Italia. Pasados seis meses, y ya una vez en Italia, el matrimonio acudió a inscribir al niño en Collerorto, pero su solicitud no sólo fue denegada, sino que además el Consulado afirmó que el expediente de nacimiento contenía información falsa, dado que no constaba la forma en la que el niño había nacido: a través de un contrato de maternidad subrogada, práctica que está prohibida en el ordenamiento jurídico italiano. En mayo de ese mismo año el matrimonio fue acusado de haber alterado el estado civil del menor y de haber incumplido la ley italiana.

Con esto, el Tribunal de Menores de Campobasso solicitó que se diese en adopción al niño, ya que, a su juicio, el menor había sido abandonado, dado que en la legislación italiana la gestante por subrogación es quien se considera como madre.

Por ello, el marido decidió someterse a una prueba de paternidad para dejar claro que efectivamente él era su padre biológico dado que era él quién había aportado material genético. Pero para su sorpresa, las pruebas dieron negativo, dado que la empresa rusa había confundido su material genético con el de un donante anónimo.

Entonces el Tribunal de Menores ordenó quitarle el niño a la pareja puesto que no existía filiación con el niño por parte de ninguno, prohibiéndoles todo tipo de contacto con el menor. A todo esto, el niño fue enviado a un hogar de acogida, información que nunca se facilitó al matrimonio.

En el año 2013, el niño fue dado en adopción a una familia y recibió una nueva identidad en la que se hacía constar que era hijo de padres desconocidos.

Finalmente, en junio de ese mismo año, el Tribunal de Menores italiano declaró que el matrimonio no podía intervenir en el proceso de adopción dado que no eran sus padres biológicos ni familiares del niño.

En abril de 2013 se confirma la negativa de inscribir el certificado ruso por contrariar el orden público, por la inexactitud de la información que contiene y por la falta de lazo genético con los pretendidos padres. Es así como estos apelan y llevan el caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que dictó sentencia el 27 de enero de 2015 condenando a Italia por haber infringido algunos aspectos del CEDH, en concreto el artículo 8.

---

<sup>156</sup> FERACI, Ornella. “Maternità surrogata conclusa all’estero e convenzione europea dei diritti dell’uomo: riflessioni a margine della sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2015, Vol. 7, Nº 2, págs. 420-439.

## B. Decisión del TEDH<sup>157</sup>

La decisión del TEDH en este caso gira en torno a la vulneración del artículo 8 del CEDH, haciendo hincapié en el respeto a la vida privada y a la vida familiar de los menores que nacen en el extranjero a través del método de la maternidad subrogada, que en la mayoría de los casos está prohibida en el país de origen.

En este caso, las autoridades italianas denegaron la inscripción del menor porque se consideraba contraria al orden público y decidieron tomar la medida de quitarle el niño a esos padres y darlo en adopción, solapándose en que el contrato de maternidad subrogada estaba prohibido en Italia.

Lo llamativo de este caso y lo que lo diferencia del resto es que en este caso las autoridades italianas deciden por su propio pie dar al menor en adopción por el simple hecho de haber nacido a través de un contrato de maternidad subrogada y por no existir relación biológica con los padres comitentes, dejando a un lado el período de convivencia que esa “*familia de hecho*” experimentó en el momento de nacer el menor y hasta antes de volver a Italia. Decisión que según el TEDH deber responder a una necesidad imperiosa y ha de ser proporcionada con el objetivo que se persigue, es decir, que los motivos para tomar esa decisión sean suficientes y pertinentes.

Por tanto, el hecho de haber separado al menor de sus padres se considera una medida extrema en la que no se han respetado en ningún caso los intereses del menor. Medida a la que sólo debe acudir en último caso y que sólo estaría justificada para proteger al niño en caso de que hubiese una amenaza para él, como el maltrato físico, la violencia o abusos sexuales<sup>158</sup>.

Como podemos ver en esta sentencia, el TEDH no se centra tanto en el propio contrato de maternidad subrogada, sino más bien en la medida tan extrema acordada por las autoridades italianas en tanto que vulneran el artículo 8 CEDH y en las graves y drásticas consecuencias que ha provocado su decisión sobre los vínculos afectivos del menor, que durante la sustanciación de los procedimientos se encontraba totalmente desprotegido.

No obstante, dicho pronunciamiento ha sido objeto de revisión, dando lugar al pronunciamiento de la STEDH de 24 de enero de 2017, en la que la Sala toma un giro radical y opuesto respecto de la decisión adoptada en 2015: da la razón a Italia y lo hace justificando que los padres no tienen derecho a serlo, dado que ese derecho no lo

---

<sup>157</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, rec. núm. 25358/12, 27/01/2015 Caso Paradiso y Campanelli v. Italia. (JUR 2015\24183).

<sup>158</sup> “El TEDH estimó que las autoridades italianas habían vulnerado el art. 8 CEDH (derecho a una vida familiar) al imponer una medida extrema (= la total separación del menor respecto de los comitentes) que no era necesaria ni proporcionada, pues dicha medida extrema debe reservarse para el caso en el que el menor se halla en situación de grave “peligro” (= abusos sexuales, violencia, riesgo para la salud física o psicológica, desequilibrios psíquicos de los padres, etc.). Ninguna situación de “grave peligro” se acreditó en este caso. El TEDH no se pronunció sobre la validez en Italia del vínculo de filiación establecido legalmente en Rusia sino exclusivamente sobre el derecho de los particulares implicados a tener una “vida familiar”. Vida familiar que, naturalmente, era imposible si el menor era separado forzosamente de los comitentes a pesar de que el menor no se encontraba en ninguna situación de “peligro”. Los comitentes no reclamaron ante el TEDH que el vínculo de filiación legalmente establecido en Rusia fuera reconocido en Italia, razón por la que el TEDH no se pronunció sobre esta cuestión ni a favor ni en contra, lo que ha sido recordado, con razón, por el ATS 11 marzo 2015”. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2015, Vol. 7, Nº 2, pág. 96.

establece el CEDH, y además debe prevalecer el interés del niño sobre este derecho. En el mismo sentido, la Sala concluye que no existió nunca un lazo biológico entre los padres y el niño y que además habían mantenido una relación corta de convivencia, alrededor de seis meses de duración (por lo que no se habla tampoco de la existencia de núcleo familiar *de facto*), con lo cual entendió que el menor no sufriría ningún tipo de daño psicológico al ser dado en acogida y posterior adopción por otra familia.

Pese a esta extraña situación, entendemos que esta última resolución está fuera de lugar, al igual que lo está el hecho de que las autoridades italianas pongan en acogida a un menor que ya tiene unos padres, porque, aunque quieran hacernos ver lo contrario, no debemos olvidar que la gestación subrogada adopta diversas formas, entre las que se encuentra la modalidad de que ninguno de los padres comitentes o de intención aporte material genético. Por tanto, en los casos que así sea, ¿debería permitírsele a un Estado ese tipo de control radical sobre el destino de un niño en los casos en que ninguno de los progenitores aporte material genético, por ejemplo, si ambos fueran infértiles?

## **2. Asuntos *Mennesson* y *Lebassee* contra Francia<sup>159</sup>**

### **A. Hechos**

El segundo de los casos que vamos a estudiar se trata de dos matrimonios heterosexuales franceses (Dominique y Sylvie Mennesson y Francis y Monique Lebassee) que acuden a EEUU (a California y Minesota respectivamente) para iniciar un proceso de maternidad subrogada dado que tenían problemas de fertilidad y a que en Francia no se permite esta práctica.

En los dos casos se utilizó material genético de los varones, por lo que los menores que naciesen serían hijos biológicos suyos.

Una vez que nacieron las niñas, las dos familias volvieron a Francia, donde procedieron a la inscripción de las menores, inscripción que les fue denegada dado que la gestación por sustitución es ilegal en Francia y todos los contratos celebrados con este objeto son nulos de pleno derecho por vulnerar el orden público, por lo que las niñas no fueron reconocidas legalmente.

El Estado francés ante esta decisión alegó que no se vulneraba ningún aspecto del respeto a la vida privada y familiar dado que se les permitió a las niñas vivir en Francia con sus respectivas familias— pero sin ser reconocidas como ciudadanas francesas— y mantuvo la relación legal reconocida en EEUU en la que las familias figuraban como padres de las niñas.

### **B. Decisión del TEDH**

El TEDH considera que denegar la inscripción en el Registro Civil francés de estas niñas vulnera el artículo 8 CEDH que reconoce el derecho que tienen los niños al respeto a su vida privada, que puede verse afectada por la indeterminación de su

---

<sup>159</sup> DURÁN AYAGO, Antonia. “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson* c. France (n.º 65192/11) y caso *Lebassee* c. France (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución”. *Ars Iuris Salmanticensis: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*. 2014, Vol. 2, Nº 2, págs. 280-282.

identidad filial<sup>160</sup>. Indeterminación que, además, lleva a privarlos de la nacionalidad francesa y de todos los derechos que se derivan de la misma<sup>161</sup>. Más cuando, como recalcan ambas sentencias, las niñas en los dos casos eran hijas biológicas de los padres y las autoridades francesas se negaron a reconocer este hecho, vulnerando claramente un derecho básico del menor<sup>162</sup>.

Hay que tener en cuenta que el TEDH reconoce, como no podía ser de otro modo, el derecho que tienen todos los Estados a regular de la forma que consideren la gestación por sustitución (admitiéndola, prohibiéndola, ignorándola), pero también incide en que en este caso rechazar la filiación de los menores por el hecho de haber nacido a través de gestación por sustitución ignorando la paternidad biológica que en ambos casos existía es excederse en el proceder de valoración por parte de las autoridades francesas.

De otro lado, el TEDH no considera que se haya violado el derecho al respeto a la vida familiar de los padres intencionales, dado que, en ambos casos, habían podido vivir como familia, aunque jurídicamente no se les hubiera reconocido el vínculo legal de filiación entre ellos y sus hijos<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> “A juicio del TEDH, la denegación del reconocimiento en Francia de las sentencias norteamericanas que establecían la filiación de los niños nacidos en los EEUU en virtud de gestación por sustitución, vulneraba el art. 8 CEDH. Dicho precepto indica que los Estados partes en el CEDH deben respetar “la vida privada y familiar” de las personas. Al ser menores varios de los afectados, se produce, según los recurrentes, un evidente perjuicio para el “interés superior del menor” derivado del hecho del rechazo, en Francia, al reconocimiento de una filiación legalmente establecida en el extranjero en relación con los niños en cuestión. El TEDH da la razón a los padres y a los hijos gemelos: el derecho a una vida privada de los menores (art. 8 CEDH) exige que éstos sean considerados “hijos” de ambos comitentes en Francia, aunque sólo uno de éstos era padre biológico de estos niños. Esto es, para respetar el derecho a una vida privada de los menores, resulta preciso reconocer en Francia el vínculo de filiación establecido en EE.UU. Así lo admite, de manera transparente la DGRN en su Consulta DGRN 11 julio 2011 FD VIII: es necesario el reconocimiento de dicha filiación en el Estado de destino para no vulnerar el art. 8 CEDH. El reconocimiento en el Estado de destino de dicha filiación acreditada legalmente en el Estado de origen es necesario para no vulnerar el art. 8 CEDH. Por otro lado, el TEDH estima que no ha habido, *in casu*, infracción del derecho a una vida familiar en Francia puesto que, aunque los menores no fueron considerados hijos de los “*intended parents*”, no se les impidió vivir en Francia como una familia”. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2015, Vol. 7, Nº 2, pág. 95.

<sup>161</sup> “Para el Tribunal las sentencias francesas que excluían o negaban por completo el establecimiento de una relación jurídica de filiación entre las hijas nacidas como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución que era totalmente legítimo bajo las normas del Estado en que se realizó, desconociendo a quiénes figuraban según esa legislación como padres, generaron un estado de inseguridad jurídica en el derecho francés y sobrepasaron el amplio margen de apreciación de los Estados. El TEDH observó que, aunque los países gozan de un amplio margen de apreciación, en virtud de las difíciles cuestiones éticas involucradas y la falta de consenso sobre esta materia en Europa, ese margen de apreciación debía volverse estrecho cuando se trataba de la filiación, que involucra un aspecto clave de la identidad de los individuos”. LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su impacto”. *Ars Iuris Salmanticensis: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*. 2014, Vol. 2, Nº 2, pág. 46.

<sup>162</sup> Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson c. France* (nº 65192/11) y caso *Labassee c. France* (nº 65941/11) de 26 de junio de 2014.

<sup>163</sup> DURÁN AYAGO, Antonia. “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson c. France* (nº 65192/11) y caso *Labassee c. France* (nº 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución”. *Ars Iuris Salmanticensis: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*. 2014, Vol. 2, Nº 2, págs. 280-282.

### 3. Asuntos *Foulon y Bouvet* contra Francia<sup>164</sup>

#### A. Hechos

Los demandantes en el primer caso son la familia Foulon formada por Didier Foulon—nacional francés—, y su hija Emilie Sanja Laurane Foulon, nacida en Bombay (India) el 31 de julio de 2009.

En el segundo caso, los demandantes son Philippe Bouvet—nacional francés—, y sus hijos Adrien y Romain Bouvet, que han nacido en Bombay (India) el 26 de abril de 2010.

En ambos casos, los solicitantes han sido capaces de obtener el reconocimiento por parte del derecho francés de su filiación biológica, según lo establecido en la India.

Las autoridades francesas, al establecer que ambos padres han acudido al método de la gestación por sustitución—prohibida en Francia—se niegan a transcribir las actas de nacimiento emitidas en la India y en la que figuraban como padres de los niños.

La familia Foulon acude al Registro Civil francés con el fin de que transcriban el certificado de nacimiento emitido en la India en la que se hace constar que es el padre biológico de la menor. Ante esta petición el Fiscal de Nantes se niega a dicha inscripción dado que el recurso a este tipo de métodos está prohibido según el artículo 16.7 del CC francés.

Frente a esto, la familia decide acudir al Tribunal Regional de Nantes para poder obtener dicha transcripción de la certificación del nacimiento de la menor, a lo que ésta fue estimada. Ante esto, el Fiscal se opuso ante el Tribunal de Apelación, que le dio la razón, ante lo cual los Foulon se vieron obligados a interponer recurso de casación, siendo rechazado por el “*Court Cassation*”.

En cuanto al segundo de los casos, Philippe Bouvet—padre de Adrien y Romain Bouvet— acude al Consulado de Francia en Bombay para que estos transcriban las actas del nacimiento de sus hijos al Registro Civil de Francia, pero se rechazan las mismas y se insta a las autoridades consulares francesas en la India a que suspendan esa transcripción de nacimiento de los niños.

Frente a esto, el señor Bouvet acudió al “*Tribunal de Grande Instance de Nantes*” y consiguió que tribunal decretase la inscripción de nacimiento de los niños que antes había sido rechazada. Decisión que fue confirmada posteriormente por el “*Court of Appeal*”, que dictaminó que los certificados de nacimientos de los niños cumplían con los requisitos del artículo 47 CC y que por consiguiente no estaba justificado el recurso al orden público para rechazar la inscripción de las partidas de nacimiento. Esta decisión fue recurrida en casación por el “*Public Prosecutor*”.

El 13 de septiembre de 2013, el “*Court of Cassation*” francés, tras un estudio de los hechos, decidió sobre el asunto negándose a transcribir dichos certificados de nacimiento—al considerar que existía fraude de ley—, dado que los niños habían nacido a través del método de maternidad subrogada y resultaba contrario a la legislación francesa<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> Sentencias del TEDH, casos *Foulon y Bouvet* c. France (rec. núm. 9063/14 y 10410/14).

<sup>165</sup> Pronunciamientos STEDH: “41. *Par des lettres du 13 novembre 2015, auxquelles se trouve joint le texte de déclarations unilatérales, le Gouvernement invite la Cour à rayer les requêtes du rôle en application de l'article 37 § 1 c) de la Convention.* 42. *Ayant examiné les termes de ces déclarations*

Los demandantes—tanto el señor Foulon como Bouvet—en ambos casos invocaron el artículo 8 CEDH alegando que se había producido una violación de sus derechos a la vida privada y familiar, como resultado de la negativa de transcribir las actas de nacimiento de la India de los niños en el Registro Civil francés sobre la base de que el Sr. Didier Foulon y el Sr. Philippe Bouvet habían recurrido a un contrato de maternidad subrogada. Asimismo, denunciaban las dificultades experimentadas para poder obtener una tarjeta de identidad, un pasaporte francés o un certificado de nacionalidad, lo cual les provocaba obstáculos administrativos de manera sistemática ya fuese para las matrículas en el colegio, la percepción de prestaciones sociales, la afiliación a la seguridad social o para la obtención de un permiso de paternidad. De modo que consideraban que su derecho fundamental a la vida privada, así como el interés superior del niño habían sido vulnerados por esta negativa a inscribir a los hijos en el Registro Civil.

En cuanto a la decisión final, el TEDH, en base al artículo 8 CEDH, falló que no existía una vulneración de la vida privada y familiar de los demandantes, sino que efectivamente existía una violación del derecho a la vida privada y familiar de los menores al no haberse respetado estos derechos.

## **B. Decisión del TEDH<sup>166</sup>**

En estos dos recientes casos, el TEDH llega a la misma conclusión que en los asuntos “*Mennesson y Lebassee*”, en el que dictaminó que no existía violación del artículo 8 CEDH respecto de los demandantes, pero sí de los menores implicados, dado que considera que la situación en todos los casos es similar, y condena a Francia a abonar a los hijos la cantidad de 5.000 euros en concepto de daños morales y la cantidad de 15.000 euros a cada uno de los padres<sup>167</sup>.

Es importante destacar en este punto que el Tribunal toma buena nota de las indicaciones del Gobierno francés, según las cuales, posteriormente a la introducción de las demandas presentes y al pronunciamiento de la sentencia en los casos “*Mennesson y Lebassee*”, el “*Court Cassation*”, en dos sentencias del 3 de julio de 2015, ha procedido a un giro de su jurisprudencia.

Este giro de jurisprudencia se centra en lo siguiente: “*que cuando hay un acto extranjero admitido en un Estado y el mismo permite establecer un lazo de filiación del hijo con el padre biológico, no se puede poner ningún obstáculo a la transcripción de esa filiación biológica que ha sido creada en ese Estado*”. Es decir, en este caso, la filiación fue creada e inscrita en la India, por tanto, las autoridades francesas no pueden

---

*unilatérales, la Cour estime qu’elles n’offrent pas une base suffisante pour conclure que le respect des droits de l’homme n’exige pas la poursuite de l’examen des requêtes. Elle constate en particulier que, si le droit positif français a évolué depuis qu’elle a adopté les arrêts Mennesson et Labassee précités (voir les paragraphes 36-38 ci-dessus), des interrogations subsistent quant à la situation des enfants nés à l’étranger d’une gestation pour autrui lorsque, comme en l’espèce et dans ces deux affaires, les juridictions françaises ont rendu une décision définitive annulant ou refusant la transcription de leurs actes de naissance étrangers dans les registres français (voir les paragraphes 52-54 et 56 ci-dessous). La procédure relative à l’exécution des arrêts Mennesson et Labassee est du reste toujours pendante devant le Comité des Ministres du Conseil de l’Europe.*

43. *Partant, la Cour rejette la demande du Gouvernement tendant à la radiation des requêtes du rôle”.*

<sup>166</sup> Pronunciamientos 55-58 de la STEDH de 21 julio de 2016, casos *Foulon y Bouvet c. France* (rec. núm. 9063/14 y 10410/14).

<sup>167</sup> *Vid.* Pronunciamientos 63-66 de la Sentencia.

oponerse a inscribir esa filiación en Francia cuando es perfectamente ajustada a la legalidad (en concreto, se ajusta a lo dispuesto en el artículo 47 del CC francés<sup>168</sup>).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la decisión del TEDH no obliga a la jurisdicción francesa a inscribir en el Registro Civil a los hijos nacidos por gestación subrogada y tampoco pone en cuestión la prohibición de la gestación subrogada por la legislación francesa, sino que pone de relieve la necesidad urgente de adoptar un procedimiento que aporte soluciones a estos conflictos.

El Gobierno francés, que representa a la parte contraria en este caso, declara estar reflexionando sobre la posibilidad de un procedimiento de revisión en materia civil con el objetivo de aportar soluciones a este tipo de situaciones. Por ello, el legislador francés no puede seguir eludiendo la cuestión por temor a dar la razón a los defensores de la gestación subrogada, y deberá adoptar medidas concretas para acabar con este vacío legal.

### **III. LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA DE LAS DECISIONES DEL TEDH Y EL IMPACTO DE SUS DECISIONES EN EL RESTO DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS**

A la luz de todos los puntos que hemos ido estudiando hay que destacar, como es lógico, el poder de decisión que tiene el TEDH, quien, como hemos visto, ha sido el encargado de decidir el futuro de estos casos, pese a que en todos los países implicados el hecho de acudir a la maternidad subrogada no se encuentre admitido.

¿Y qué es lo que dice en este punto el TEDH? Pues bien, lo que dice el TEDH en estos casos es muy sencillo: que en un país se admita una determinada filiación en favor de unos menores que han sido tenidos a través gestación subrogada (que se admite en EEUU, Rusia e India) no quiere decir que se admita en los demás, dado que los Estados son libres de regular estas materias con total discrecionalidad, y como hemos visto, nos encontramos con el problema de que en los países de futura residencia de los menores, como son Francia e Italia, la filiación constituida por maternidad subrogada no se admite, considerándose los contratos así formados “*prohibidos*” o “*nulos de pleno derecho*”. Por tanto, la solución aparente parece muy fácil si cada Estado es libre de aceptar o no en su ordenamiento jurídico este tipo de filiación de los menores como consecuencia de la maternidad subrogada.

---

<sup>168</sup> “Cualquier acta relativa al estado civil de los franceses y de los extranjeros realizada en un país extranjero y redactada en las formas usuales de ese país dará fe, salvo si otras actas o documentos poseídos, otros datos o elementos extraídos de la propia acta, determinaran que dicho documento es irregular, falso, o que los hechos que se declaran en él no se corresponden con la realidad. En caso de duda, la administración, a la que se haya acudido para solicitar el establecimiento, la transcripción o la expedición de un acta o de un título, aplazará su respuesta e informará al interesado de que, en un plazo de dos meses, podrá acudir al Fiscal de Nantes para que proceda a la verificación de la autenticidad del acta. Si éste estimara que no es procedente la solicitud de verificación que se le ha hecho, el Fiscal advertirá de ello al interesado y a la administración en el plazo de un mes. Si compartiera las dudas de la administración, el Fiscal de Nantes, en un plazo que no podrá ser superior a seis meses y que podrá ser renovado una vez si así lo requiere la investigación, procederá a realizar todas las investigaciones necesarias, en particular acudiendo a las autoridades consulares competentes. Informará lo antes posible al interesado y a la administración sobre el resultado de dicha investigación. A la vista de los resultados de las investigaciones llevadas a cabo, el Fiscal podrá acudir al “Tribunal de Grande Instance de Nantes”, para que resuelva sobre la validez del acta, tras haber ordenado eventualmente todas las medidas de instrucción que considere necesarias”.

Pero..., ¿qué es lo que hace realmente el TEDH? Pues, todo lo contrario, y es que el problema se agrava cuando está de por medio el interés del menor. Por lo que el TEDH dicta a los Estados que admitan este tipo de filiación cuando haya sido legalmente acreditada en el extranjero respecto de los menores nacidos por gestación por sustitución y en favor de los padres comitentes. Por tanto, parece cuestionable la primera afirmación del TEDH de que los Estados regulen libremente este tipo de situaciones, porque lo interesante aquí ya no es la admisión o no de esta práctica, sino la protección de la identidad del menor cuya filiación ha sido determinada legalmente en el Estado de origen y que sólo puede llevarse a cabo en el Estado de destino mediante la admisión de su filiación en dicho Estado tal y como ha sido establecida en el Estado de origen.

Dicho esto, era de esperar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos terminara admitiendo—como así ha hecho—que la prohibición del vínculo de filiación del niño procedente de una situación de maternidad subrogada (a la vista del art. 16-7 del Código Civil francés y del art. 10 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida española), pese a lo manifestado por ahora por el Tribunal Supremo español y la Corte de casación francesa, tenga finalmente que ser considerada como una “*injerencia del Estado en la vida privada de la familia*”, a la vista de la abstención que el artículo 8.2 de la Convención impone a cada Estado en estas situaciones<sup>169</sup>.

En consecuencia, se deben evitar condicionantes tales como el “*orden público internacional*”, el “*principio del favor filii*” y el “*interés del menor*” para otorgar validez o no a situaciones nacidas en otros países en donde son perfectamente legales; encajar en la *praxis* estos postulados de interpretación tan subjetiva puede conllevar a un futuro incierto, desde que se da por finalizada la relación contractual entre los comitentes y la gestante, generando así verdaderas situaciones de vulneración de derechos, esencialmente en los menores objeto de la subrogación maternal. La infancia, por sus especiales características derivadas de su falta de madurez y de su escasa experiencia vital, es más vulnerable ante situaciones injustas. Siendo conscientes de ello, todos los operadores jurídicos, tanto a nivel estatal como internacional, deben valorar sus disposiciones y/o actuaciones bajo la premisa de la defensa del menor y evitar que se produzca un limbo jurídico y social en la vida diaria del menor<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup> FLORES RODRÍGUEZ, JESÚS. “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo”. *Revista de Derecho Privado*. 2014, N° 27, pág. 88.

<sup>170</sup> ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia; CARRIZO AGUADO, David. “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...? *La Notaria*. 2014, N° 2, pág. 65.

## CONCLUSIONES ALCANZADAS

**Primera. “El nuevo concepto de familia”.** Nos ha quedado claro que a consecuencia de la libre circulación de personas y de las nuevas formas de familia (monoparentales, homosexuales), que antes no eran tan frecuentes, han surgido nuevas necesidades en torno a la maternidad y paternidad, lo que ha llevado a que muchas parejas o personas que no pueden tener hijos por problemas de fertilidad acudan a la maternidad subrogada. En España el problema estriba en que la Ley 14/2006 declara nulos de pleno derecho estos contratos, lo que obliga a las personas que acuden a ella a desplazarse a otro país donde sí se permita. ¿Se considera esta conducta fraudulenta? Hay quien piensa que sí, y que, por ello, al intentar burlar las normas españolas, no debe otorgarse su reconocimiento cuando se pretenda. Pero entonces, ¿las normas españolas operarían como absolutas frente a las demás? Entendemos que no, porque el derecho español no puede aplicarse a todo el mundo, y mucho menos por el hecho de que sea una norma imperativa, dado que hay más países con su propia regulación y sus normas. Por ello, creemos que lo más correcto sería establecer un control jurídico en torno a estos contratos, que podría consistir en acreditar que esa resolución extranjera no produce efectos contrarios al orden público, y así poder darle reconocimiento y validez en nuestro ordenamiento. Dentro de esta tarea de control, se hace necesario examinar caso por caso todas las peculiaridades de cada contrato de gestación de forma aislada e individual, dado que acudir a la técnica de que “en todos los casos a una mujer pobre se le obliga a gestar a un bebe a cambio de dinero” y de que “se está comercializando con un niño” para hacer valer la excepción de orden público, nos parece ilógico, puesto que no tiene cabida hacer simples y meras generalizaciones, sino que hay que demostrarlo, y si no se demuestra debería otorgarse este reconocimiento. Porque... ¿qué pasa entonces con la filiación del menor? ¿queda desprotegido? ¿y con sus derechos sucesorios? ¿si fallece su progenitor o progenitores, qué sucede con su futuro? ¿quién lo ampara (nuestro CC no lo hace)? Demasiadas preguntas que desgraciadamente carecen de respuesta.

**Segunda. “Turismo reproductivo y derechos de las partes”.** En cuanto al turismo reproductivo, como fenómeno preocupante de huida a aquellos países que sí permiten la gestación subrogada por aquellos que pretenden acceder a la paternidad, ¿qué es lo que nos alarma y no debería hacerlo? Primero, se entiende que a este tipo de técnicas sólo pueden acudir aquellas personas económicamente pudientes, a lo que nos gustaría poner un claro ejemplo: coste aproximado de una adopción internacional en Rusia= en torno a 40.000, lo mismo que un contrato de gestación subrogada. Coste de una adopción internacional en India= en torno a 15.000€, lo mismo que la gestación subrogada. Por tanto, consideramos que este razonamiento carece de valor. Segundo, en torno al argumento de que se trata de un comercio ilícito y de que se explota a las mujeres, ¿no se comercializa también con un niño en una adopción internacional? ¿no pueden darse los casos de que esos niños sean despojados de familias pobres para darlos en adopción a otras familias que puedan mantenerlos? Lo que queremos hacer ver es que, en este tipo de conductas y situaciones, lo que debe pretenderse es su regulación estricta para evitar que los valores esenciales de nuestro ordenamiento puedan verse vulnerados. Pueden esgrimirse infinidad de argumentos, pero carecerán de valor si no pueden demostrarse.

**Tercera. “La labor de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado”.** Nos parece muy importante la función que a nivel del derecho internacional está desempeñando la Conferencia de la Haya, cuya misión es la de armonizar las diferentes regulaciones de los Estados con el fin de que, a través de la cooperación entre

los mismos, sean capaces de resolver aquellos problemas que se deriven de los contratos de gestación subrogada a la hora de establecer la filiación de los menores. Por ello, su máximo objetivo consistiría en lograr el establecimiento de un marco de coordinación entre autoridades, que favorecería el reconocimiento de las filiaciones válidamente determinadas en un Estado que admita esta forma de gestación por sustitución, en otro Estado cuyo ordenamiento prohíba esta práctica, tal y como sucede en España. En este punto nos parece importante abordar las distintas posiciones que adoptan los países en torno a la regulación y consideración de los contratos de gestación subrogada, que hemos dividido en tres: 1) Países que los admiten; 2) países que los admiten de forma parcial, bajo una serie de requisitos; y 3) países que no los admiten, como es el caso de España. En cuanto a la admisión de los contratos de gestación subrogada, nos gustaría hacer referencia a Portugal, que ha tomado la iniciativa de proceder a su regulación con la creación de la reciente Ley 25/2016. Si bien es cierto que esta ley adolece de algunos defectos, como el de establecer la edad mínima para ser madre gestante en 18 años o el de no permitir que las parejas de hombres homosexuales acudan a ella, supone un enorme avance y un estrepitoso esfuerzo al decidir regular esta figura jurídica tan controvertida, pero, a la vez, tan necesaria en la realidad de la sociedad actual, tanto que entendemos que el legislador español deberá tomar buena nota de dicha iniciativa jurídica.

**Cuarta. “La Ley 14/2006 o LTRHA”.** El artículo 10 de esta ley declara nulos de pleno derecho los contratos de gestación subrogada. Además, considera que la filiación de los niños así nacidos vendrá determinada por el parto, con lo cual *“madre es quien da a luz”*. Entonces, ¿el padre del bebé es el marido de la mujer que lo gesta? No. El padre biológico lo que tendrá que hacer es interponer una demanda en el Juzgado para reclamar la paternidad. No obstante, creemos que el legislador español debería clarificar esta situación, y establecer una norma que zanjara el tema, creando la necesaria seguridad jurídica, puesto que actualmente no cabe duda de que se ha generado una contradicción entre lo que establece la legislación, y la práctica jurídica, haciendo depender la inscripción registral (del nacimiento y la filiación de los niños) de la interpretación jurisprudencial. Además, no hay que olvidar que, en última instancia, es el interés superior de los menores el que está en juego, y es la satisfacción de éste interés superior la que, en todo caso, debe prevalecer.

**Quinta. “Derechos constitucionales del menor”.** Relacionado con lo anterior, merece prestar atención a una serie de derechos que establece nuestra CE. El art. 14 CE prevé que no puede existir discriminación por razón del nacimiento. Con lo cual, ¿se está produciendo una discriminación para con los niños que nazcan gracias a la maternidad subrogada al no permitirse su inscripción? Y lo mismo ocurre con el art. 39.1 y 2 CE, que prevé que los poderes públicos deben asegurar la protección de los hijos y la igualdad de los mismos con independencia de su filiación, por lo que entendemos que ningún sentido tiene el hecho de denegar el acceso de la filiación de estos menores al Registro de nuestro país, dado que debe triunfar la aplicación de estos preceptos en interés de los mismos, siempre y cuando no se demuestre una vulneración del orden público. Por último, importante en este sentido es hacer referencia al art. 2 de la Ley 1/1996, de Protección del Menor, que aboga también por considerar el interés superior del menor como criterio prevalente respecto a las acciones y decisiones en las que pueda aparecer implicado, debiendo preservarse siempre su identidad frente a cualquier tipo de discriminación. En suma, es cierto que en los contratos de gestación subrogada hay más intereses en juego, como puede ser la dignidad de la madre gestante, pero no olvidemos que ella tiene la libertad de decidir si llevar a cabo no el contrato, opción que

no tiene el niño, porque otras personas van a decidir por él, por tanto, al no estar en una posición de igualdad, es evidente que se le dote de una mayor protección y se hable de interés superior del menor como criterio prevalente frente al resto.

**Sexta. “Los criterios de la DGRN”.** A raíz de polémicas que surgen a la hora de determinar la filiación de los menores nacidos a través de gestación subrogada y de la inscripción del nacimiento en el RC, la DGRN dicta una primera resolución el 18 de febrero de 2009, a través de la cual ordena la inscripción del nacimiento de dos menores nacidos en EEUU a través de un contrato de gestación subrogada, que después originó la STS de 6 de febrero de 2014 que también estudiaremos. Lo que pasa aquí es que hay un conflicto de intereses: la DGRN que sí prevé el reconocimiento del acta extranjera y la inscripción de los menores en España frente a la decisión de los tribunales que apoyan lo contrario basándose en la prohibición del art. 10 LTRHA. Nos parece que en este caso la solución más acorde, destinada además a proteger al menor, sería la de aceptar e incorporar a nuestro ordenamiento esa resolución que sí es válida en el extranjero y cuyo reconocimiento se pretende en España. Solo así podrían suplirse todos estos defectos de los que adolecen nuestras leyes internas.

En cuanto a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sigue más o menos la misma línea que la DGRN del año 2009, pero añade una formalidad: que los padres que pretendan el reconocimiento de una resolución extranjera en España acrediten en la misma que son los padres del niño, y ello no supondrá, salvo casos extremos, vulneración del orden público, lo que permitirá que la situación del menor pueda inscribirse en España sin mayores inconvenientes. Como vemos, esta Instrucción ha dejado sin contenido efectivo la prohibición de la gestación subrogada al contemplar la inscripción en el Registro Civil de niños frutos de esta técnica siempre que el procedimiento se haya llevado a cabo en un país en el que dicha técnica esté regulada, que uno de los padres sea español y que exista una resolución judicial que garantice, entre otros aspectos, los derechos de la mujer gestante. En fin, resulta sorprendente que, pese a la poca distancia de tiempo que ha transcurrido entre la promulgación de la Ley 14/2006 y las resoluciones de la DGRN de 2009 y 2010, haya una diferencia tan abismal de sus criterios a la hora de tratar los contratos de gestación subrogada.

**Séptima. “La STS de 6 febrero de 2014 y la vulneración del orden público”.** Los antecedentes de esta sentencia son claros: una pareja homosexual acude a California para concertar un contrato de gestación subrogada, del que nacen dos niños. Al pretender volver a España e inscribir el nacimiento y reconocer la filiación se topan con que los tribunales no lo admiten. La pareja, inmersa en una serie de procedimientos que se inician en el Juzgado de 1ª Instancia de Valencia en el año 2010, no encuentra una “solución”, por así decirlo, hasta el año 2014 ante el TS. El pronunciamiento del tribunal, que cuenta con un voto particular disidente, desestima el recurso de casación que había interpuesto la pareja, pero con la coletilla de que el MF se encargue de ejecutar todas aquellas acciones que permitan la correcta determinación de la filiación de los menores en aras a conseguir la efectiva protección de los mismos.

La perspectiva que adopta el TS a la hora de otorgar o no reconocimiento a una certificación extranjera que acredita la filiación de los menores nacidos a través de GS es la de considerar que la misma vulnera necesariamente el orden público internacional español. El caso es que, incluso defendiendo la existencia de una hipotética prohibición implícita de la gestación por sustitución en nuestro Derecho, deducir que de tal prohibición podría derivarse la contrariedad de esta figura con nuestro orden público, creemos, se antoja un salto demasiado grande. Tal y como hizo mención el magistrado José Antonio Seijas Quintana en su voto particular en la mencionada sentencia: “no hay

*orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada”.*

**Octava. “Las posibles “soluciones” al conflicto: reclamación de paternidad/adopción”.** Para contrarrestar los efectos negativos que puede suponer el no reconocimiento de la filiación de los menores nacidos por GS, el TS propone dos soluciones: 1) que el progenitor biológico reclame la filiación de los menores, y 2) que los padres soliciten en España la adopción o acogimiento de los niños. Todo ello sin parecer ser muy consciente de los perjuicios que ello puede suponer sobre los menores. En relación con la acción de reclamación de la filiación, ¿qué pasa si los padres no quieren ejercitarla? ¿o si la ejercita uno y el otro no? ¿quiénes son, entonces, los padres del niño? Legalmente nadie. En cuanto a la adopción o acogimiento, se entiende que podría vulnerar la identidad del menor, al aparecer como hijo biológico en un país, y como hijo adoptivo en otro. Además, si nadie está obligado a adoptar, ¿en qué situación queda el menor si los padres no lo hacen? En fin, entendemos que estas soluciones incoherentes que se pretenden aportar nunca van a ser mejores que el hecho de reconocer la filiación del niño.

**Novena. “El avance de las decisiones del TS”.** Consideramos muy importante la labor que está tomando recientemente el TS en relación a los contratos de GS, ya que ha accedido al reconocimiento en numerosas ocasiones de las prestaciones de maternidad y paternidad de nuestro sistema de Seguridad Social a favor de aquellos progenitores que han sido padres gracias a la GS. Y ello lo hace equiparando esta forma de paternidad a la adopción y acogimiento pre-adoptivo, con el fin de asegurar una efectiva protección de los hijos. Es evidente la evolución que, en entorno a la GS, está adquiriendo nuestra jurisprudencia, lo que esperamos que se manifieste en una pronta regulación de la misma.

**Décima. “La protección del menor: interés superior y art. 8 CEDH”.** En cuanto al interés superior del menor, son numerosas las opiniones que en torno a él formula la doctrina. Hay quien entiende que es un principio necesario que trata de facilitar la vida de los menores y de sus familias, dado que tendría que respetarse siempre y en todo caso cuando surjan situaciones en las que aparezcan involucrados, además esta posición aparecería amparada por los art. 3 y 7 CDN, que abogan por efectiva protección de los intereses del niño. Por otro lado, se sitúan las posiciones contrarias, que opinan que este principio no puede invocarse para desvirtuar otros, sino que habrá de ponderarlo con el resto de intereses que también puedan verse perjudicados. Diversas opiniones que no llegan a un criterio unánime. Entendemos, al igual que lo hace el TEDH, que lo mejor es que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. En lo que respecta al art. 8 CEDH, que establece el respeto al derecho a la vida privada y familiar, se entiende que el margen de apreciación y de intervención de los Estados en torno a él debe reducirse y modularse cuando está en juego la identidad de un individuo, y que además debe producirse un equilibrio efectivo entre las necesidades sociales de un Estado y los intereses de sus ciudadanos, en concreto el interés superior del niño. Asimismo, a criterio del TEDH, sólo podrá producirse una injerencia por parte del Estado cuando esté perfectamente justificada y sea de imperiosa necesidad, de lo contrario, deben prevalecer estos principios. Es decir, consideramos que este derecho a la vida privada y a la identidad del menor debe prevalecer sobre el derecho del Estado a reprimir movimientos estratégicos de los adultos más o menos fraudulentos.

**Undécima. “Los casos suscitados ante el TEDH”.** En torno a este punto, trataremos lo más breve posible los diferentes casos que han llegado hasta el TEDH, con sus correspondientes soluciones.

**1) Asunto Paradiso y Campanelli contra Italia.** En el año 2011 un matrimonio italiano, tras recurrir infructuosamente a diversas vías para lograr tener un hijo, deciden trasladarse a Rusia para concertar un contrato de GS, en el que el marido aportaría sus gametos. Cuando el niño nació y quisieron inscribirlo en Italia, las autoridades se negaron y además acusaron al matrimonio de haber falseado la filiación del menor, dado que no constaba que fuera su hijo y que además la GS no estaba admitida en el país. El padre se sometió a una prueba de ADN, pero dio negativo, porque al parecer, la clínica rusa había introducido por error los gametos de otra persona. Frente a esto, las autoridades italianas solicitaron dar en adopción al menor, al considerar que había sido abandonado. Ante esta situación se llevó el caso al TEDH, que determinó que se había vulnerado el art. 8 CEDH en relación con el menor y consideraba la actitud de las autoridades desproporcionada, por lo que condenó a Italia a indemnizar a la pareja. Lo llamativo de este caso, es que la reciente sentencia del mismo tribunal, con fecha 24 de enero de 2017, da un giro radical respecto de la decisión anterior al dar la razón a Italia, considerando que los padres no tenían derecho a serlo en virtud del CEDH, y que los seis meses de convivencia con el menor no suponen ningún tipo de perjuicio sobre el menor, con lo cual aplaude la decisión de las autoridades italianas de quitar el niño a una familia y darlo en adopción porque había nacido a través de GS y ésta estaba prohibida en el país.

**2) Asuntos Mennesson y Lebasse contra Francia.** Estos dos matrimonios franceses acuden a EEUU con el fin de llevar a cabo un contrato de GS, en el cual los varones aportarían su material genético, por lo que los niños serían hijos biológicos suyos. Al nacer los niños y llegar a Francia para inscribirlos se topan con que las autoridades no quieren reconocer su filiación, por lo que los niños no fueron reconocidos a efectos legales en Francia. Se acude al TEDH, que falló que en ambos casos se vulneraba el art. 8 CEDH respecto a los menores, al no reconocerse ni su filiación ni su nacionalidad. El TEDH entendió que en ambos casos rechazar la filiación de los menores por el hecho de haber nacido a través de GS ignorando la paternidad biológica, que en ambos casos existía, era excederse en el proceder de valoración por parte de las autoridades francesas.

**3) Asuntos Foulon y Bouvet contra Francia.** Dos familias monoparentales francesas acuden a la India para que otra mujer geste a sus bebés. Igual que en el caso anterior, las autoridades francesas se niegan a reconocer la filiación de los niños en su país, alegando que la GS está prohibida en este país. Tras procedimientos internos en Francia, y conseguir la inscripción del nacimiento de los niños en las instancias superiores, el Fiscal recurrió en casación las decisiones, y la solución fue la de denegar la inscripción que previamente se había permitido. Por tanto, las familias acuden al TEDH alegando que se vulneraba el art. 8 CEDH. El TEDH concluyó que, efectivamente, se vulneraba el art. 8, pero respecto de los menores, no de los progenitores, por consiguiente, el TEDH condenó a Francia a indemnizar a los menores y a los padres, concluyendo lo siguiente: *“cuando hay un acto extranjero admitido en un Estado y el mismo permite establecer un lazo de filiación del hijo con el padre biológico, no se puede poner ningún obstáculo a la transcripción de esa filiación biológica que ha sido creada en ese Estado”*. Queda clara la necesidad urgente de adoptar un procedimiento que aporte soluciones a estos conflictos, en torno a los que Francia dice estar reflexionando.

**Duodécima. “La GS en España, ¿estamos ante su posible regulación?”** Después de analizar todos los extremos de este trabajo, resulta evidente la influencia que las decisiones del TEDH están teniendo para los ordenamientos de los diferentes países. Lo vemos en este último caso francés, el más reciente de todos, que es del año 2016, en el que se pone de manifiesto la necesidad de que Francia valore regular los contratos de GS al ser consciente de los problemas que acarrea en la práctica.

El avance del criterio de nuestro TS a la hora de otorgar las prestaciones de maternidad y paternidad a favor de los progenitores que son padres gracias a la GS, la nueva ley 25/2016 de nuestro vecino Portugal que la regula, la iniciativa de Francia al valorar la posible regulación de estos contratos y la propuesta que hay en el Congreso en torno a la GS, nos hacen pensar que quizá no tardando mucho pueda producirse la tan necesaria, y a la vez complicada, regulación de la maternidad subrogada, tan querida por unos, y tan odiada por otros, lo que me obliga a reformular la siguiente pregunta: ¿el fin terminará justificando los medios? Esperamos que sí.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS EN REVISTAS**

- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”. *Cuadernos de derecho transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, págs. 5-49.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia; CARRIZO AGUADO, David. “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...? *La Notaria*. 2014, Nº 2, págs. 59-75.
- AMADOR, Mónica. “Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India”. *Revista CS*. 2010, Nº 6, págs. 193-217.
- BATALLER i RUIZ, Enric. “Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución”. *Actualidad jurídica iberoamericana*. 2015, Nº 2, págs. 777-788.
- BELLVER CAPELLA, Vicente. “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones: el caso de la maternidad subrogada internacional”. *Revista SCIO*. 2015, Nº 11, págs. 19-52.
- BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la Ley, la biología y el afecto”. *Bitácora Millennium DIPr*. 2015, Nº 1, págs. 1-16.
- CARCELLER SALAS, Antonio. “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2011, Nº 10, págs. 1-3.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2015, Vol. 7, Nº 2, págs. 45-113.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2009, Vol. 1, Nº 2, págs. 294-319.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. “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”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2011, Vol. 3, Nº 1, págs. 247-262.
- CARRIZO AGUADO, David. “Galimatías en torno a la maternidad subrogada en el derecho español”. En: Virginia DE CARVALHO LEAL. “*El Derecho y sus razones*”. España, Bubok Editorial, 2013, págs. 77-89.
- CRUZ MÉNDEZ, José Manuel. “La maternidad subrogada”. *Anuario de la Facultad de Derecho*. 2012-2013, Nº 30, págs. 641-653.

- CHELIZ, Carmen. “La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español: situación de la mujer gestante, problemática y efectos”. *Aquelitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. 2013, Nº 32, págs. 29-36.
- DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M<sup>a</sup> Soledad. “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal: A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2015, Nº 1, págs. 1-35.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho Español”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. 2016, Nº 4, págs. 349-357.
- DURÁN AYAGO, Antonia. “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Menesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución”. *Ars Iuris Salmanticensis: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*. 2014, Vol. 2, Nº 2, págs. 280-282.
- FARNÓS AMORÓS, Esther. “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2010, Nº 1, págs. 1-25.
- FARNÓS AMORÓS, Esther. “La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología”. *Anuario de Derecho Civil*. 2015, Tomo 68, fasc. I, págs. 5-61.
- FARNÓS AMORÓS, Esther. “La reproducción asistida ante el Tribunal de Estrasburgo: margen de apreciación v. Necesidad de armonización” En AA.VV. “*Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual*”. Boletín del Ministerio de Justicia, Madrid, 2015, Nº 2179, págs. 175-201.
- FERACI, Ornella. “Maternità surrogata conclusa all'estero e convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2015, Vol. 7, Nº 2, págs. 420-439.
- FLORES RODRÍGUEZ, JESÚS. “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo”. *Revista de Derecho Privado*. 2014, Nº 27, págs. 71-89.
- HEREDIA CERVANTES, Iván. “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”. *Anuario de Derecho Civil*. 2013, Tomo 66, fasc. II, págs. 687-715.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2014, Vol. 6, Nº 2, págs. 147-174.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Victoria. “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”. *Anuario Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*. 2012, Nº 5, págs. 365-381.

- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)”. *Revista Boliviana de Derecho*. 2014, Nº 18, págs. 400-419.
- LAMM, Eleonora; RUBAJA, Nieve. “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”. *Revista de bioética y derecho*. 2016, Nº 37, págs. 149-170.
- LAMM, Eleonora. “*Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”. Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, págs. 7-335.
- LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución: realidad y Derecho”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2012, Nº 3, págs. 1-49.
- LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su impacto”. *Ars Iuris Salmanticensis: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*. 2014, Vol. 2, Nº 2, págs. 43-50.
- LAMM, Eleonora. “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”. *Ars Iuris Salmanticensis: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*. 2016, Vol. 4, Nº 1, págs. 61-107.
- LÓPEZ GUZMÁN, José; APARISI MIRALLES, Ángela. “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”. *Cuadernos bioéticos*. 2012, Vol. 23, Nº 78, págs. 253-268.
- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis Fernando. “La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. 2014, Nº 18, págs. 289-330.
- MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo. “La controvertida maternidad subrogada o gestación por sustitución: status quaestionis en el ordenamiento jurídico español y perspectivas de futuro”. En: César ORTEGA ESQUEMBRE, Andrés RICHART PIQUERAS, Víctor PÁRAMO GALERO, Christian RUÍZ RUBIO. “*El mejoramiento humano: avances, investigaciones y reflexiones éticas y políticas*”. España: Editorial Comares, 2015, págs. 607-616.
- PÉREZ SOLFT, Iván. “¿Orden público internacional Vs. orden público interno y buenas costumbres?”. *IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho*. 2012, Nº 4, págs. 1-19.
- QUIÑONEZ ESCÁMEZ, Ana. “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada: en torno a la DGRN de 18 de febrero de 2009”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*. 2009, Nº 3, págs. 1-42.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca. “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos”. *Revista sobre la infancia y adolescencia*. 2014, Nº 6, págs. 38-50.
- RINCÓN CASTELLANOS, Ximena. “¿Bioética y derecho para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana

asistida en Colombia”. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. 2012, N° 69, págs. 99-112.

RODRÍGUEZ YONG, Camilo Andrés; MARTÍNEZ MUÑOZ, Karol Ximena. “El contrato de gestación subrogada: la experiencia estadounidense”. *Revista de Derecho*. 2012, Vol. 25, N° 2, págs. 59-81.

VEGA MERE, Yuri. “El nuevo rostro de la familia. Cuadros de una exposición”. *Anuario de la Facultad de Derecho*. 2010, N° 28, págs. 535-555.

VELA SÁNCHEZ, Antonio José. “La gestación por sustitución se permite en Portugal: A propósito de la Ley Portuguesa N° 25/2016, de 22 de agosto”. *Diario La Ley*. 2016, N° 8868, págs. 1-17.

VELARDE d’AMIL, Yvette. “Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011 826/2011: No inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*. 2012, N° 3, págs. 61-70.

VILAR GONZÁLEZ, Silvia. “Situación actual de la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho de la UNED*. 2014, N° 14, págs. 897-934.

## **PÁGINAS WEB**

Antonio F. De la Gándara. “*El TSJC concede prestaciones de maternidad a una pareja gay con un hijo de 'vientre de alquiler'*”. [18/01/2017] Disponible en: [www.canarias7.es](http://www.canarias7.es)

Luis Javier Sánchez. “*¿Cómo se debería regular en España la maternidad subrogada en el futuro?* [11/01/2017] Disponible en: [www.conflegal.com](http://www.conflegal.com)

Mª Luisa Bayarri Martí. “*Maternidad por subrogación: su reconocimiento en España*”. [10/07/2015] Disponible en: [www.noticias.juridicas.com](http://www.noticias.juridicas.com)

Pilar Fuentes Tomás. “*La familia in vitro: filiación en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*”. [05/03/2012] Disponible en: [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com)

## ANEXOS

### I. CUADRO DE LAS POSTURAS DE LOS PAÍSES DE LA UE ANTE LOS CONTRATOS DE GS

País	Prohibición general	Prohibición en materia de subrogación comercial	Expresamente facilitada	Sin ley específica sobre subrogación
<i>Alemania</i>	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
<i>Austria</i>	Prohibición de donación de óvulos; por lo que se prohíbe la subrogación gestacional	No existe prohibición específica en relación a la subrogación tradicional	No	No existe ninguna ley específica para la subrogación tradicional
<i>Bélgica</i>	No	Subrogación comercial prohibida por razones políticas	Alguna prestación en una clínica de fertilidad, sujeta a condiciones; en la actualidad existen propuestas legislativas ante el Parlamento	No existe ley especial para la subrogación altruista: los contratos no son de obligado cumplimiento y se requiere adopción para transferir la paternidad legal
<i>Bulgaria</i>	Sí	No disponible	No. Sin embargo, existe un proyecto de ley que está siendo considerado en la actualidad	No disponible
<i>Chipre</i>	No	No	No	Sí
<i>Dinamarca</i>	No	Sí	No	No existe ninguna ley específica para la subrogación altruista; los contratos no son de obligado cumplimiento y se requiere adopción para transferir la paternidad legal
<i>Eslovaquia</i>	No	No	No	Sí
<i>Eslovenia</i>	No	No	No	Sí
<i>España</i>	Sí	No disponible	No. No obstante "Ciudadanos" ha propuesto un Proyecto No de Ley para que se regulen estos contratos, iniciativa a la que pretenden sumarse el resto de partidos, pero que	No disponible

			a día de hoy no se han pronunciado. Sobre la admisión o no, tiene pensado hacerse bajo el requisito de que no medie transacción económica entre las partes	
<i>Estonia</i>	No	No	No	Sí
<i>Finlandia</i>	Prohibición de los acuerdos de subrogación que utilicen tratamiento de fertilidad	No existe prohibición específica en relación a la subrogación tradicional	No	No existe ninguna ley específica para la subrogación tradicional
<i>Francia</i>	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
<i>Grecia</i>	No	Sí	Sí. Subrogación gestacional altruista sujeta a restricciones	No disponible
<i>Hungría</i>	No	Sí	No	No existe ninguna ley para la subrogación altruista
<i>Irlanda</i>	No	Sí	No. Sin embargo, hay algunas pautas formales relativas a los acuerdos de subrogación transfronterizos	No existe ley especial para la subrogación altruista: los contratos no son de obligado cumplimiento y se requiere adopción para transferir la paternidad. Sin embargo, los tribunales han concedido recientemente permiso a los padres genéticos futuros a ser nombrados como los padres legales en el registro de nacimientos
<i>Italia</i>	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
<i>Letonia</i>	No	Sí	No	No existe ley especial para la subrogación altruista
<i>Lituania</i>	No	No	No	Sí
<i>Luxemburgo</i>	No	No	No	Sí
<i>Malta</i>	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
<i>Países Bajos</i>	No	Sí	Sí. Se requiere	No existe ley

			subrogación gestacional altruista por ley para cumplir con las pautas profesionales	especial para la paternidad: se requiere adopción
<b>Polonia</b>	No	No	No	Sí
<b>Portugal</b>	No	No se admite, ha de ser gratuito	Admitida a título excepcional y bajo ciertas condiciones	Ley 25/2016, de 22 de agosto, que regula el acceso a la gestación por sustitución
<b>Reino Unido</b>	No	Sí	La legislación prevé la transferencia de la paternidad bajo ciertas condiciones	No existe ley especial para la subrogación altruista: los contratos no son de obligado cumplimiento y la paternidad solo se transferirá en determinadas circunstancias
<b>Rep. Checa</b>	No	No	No	Sí
<b>Rumanía</b>	No	No	No	Sí
<b>Suecia</b>	Ilegal para las clínicas de fertilidad hacer acuerdos de subrogación	No	No. El Consejo Sueco de Ética Médica ha publicado recientemente un informe sobre la reproducción asistida, en la que sugiere que la subrogación altruista debería permitirse en Suecia	No existe ninguna ley específica para la subrogación altruista: se requiere adopción para transferir la paternidad

## **II. ANEXO LEGISLATIVO**

### **Normativa Internacional y de la UE**

Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989  
Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos)  
Informes de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre los contratos de gestación subrogada  
Informe de la *European Society of Human Reproduction and Embryology*  
Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado el 25 de marzo de 1957

### **Normativa interna española**

Constitución Española de 1978  
LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial  
LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal  
LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres  
Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor  
Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil  
Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas, fiscales, administrativas y del orden social  
Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio  
Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida  
Ley 20/2011, del Registro Civil  
Código Civil, aprobado por RD de 24 de julio de 1889  
RD legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba la Ley General de Seguridad Social  
RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural  
Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958  
Instrucción DGRN de 18 de febrero de 2009  
Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010

### **Normativa interna de Derecho Comparado**

Circular de 17 de diciembre de 2012 del *Union Ministry of home affairs*  
Código Civil francés, de 21 de marzo de 1804  
Ley portuguesa 32/2006, de Procreación Médicamente Asistida  
Ley italiana de 19 de febrero de 2004, de Reproducción Asistida  
Ley portuguesa 25/2016, de 22 de agosto, reguladora del convenio de gestación por sustitución en el Derecho Portugués

## **III. ANEXO JURISPRUDENCIAL Y DECISIONES DE LA DGRN**

### **Jurisprudencia del TEDH y TJUE**

STEDH de 24 de enero de 2017 (*Caso Paradiso y Campanelli*)  
STEDH de 27 de enero de 2015 (*Caso Paradiso y Campanelli*)  
SSTEDH de 21 de julio de 2016 (*Asuntos Foulet y Bouvon*)  
SSTEDH de 26 de junio de 2014 (*Asuntos Mennesson y Lebassee*)

SSTJUE de 18 de marzo de 2014 (Asunto C-363/12 y Asunto C-167/12)  
STEDH de 10 de abril de 2012 (*caso K.A.B*)  
STJUE de 4 de octubre de 2008 (*caso Grunkin y Paul*)  
STEDH de 28 de junio de 2007 (*caso Wagner*)  
STEDH de 7 de marzo de 2006 (*caso E contra el Reino Unido*)  
STJUE de 2 de octubre 2003 (*caso García Avello*)  
STEDH de 27 de octubre de 1994 (*caso K contra Bélgica*)

### **Jurisprudencia española**

STS de 16 de noviembre de 2016 (rec. 3146/2014)  
STS de 25 de octubre de 2016 (rec. 3818/2015)  
STS de 19 de octubre de 2016 (rec. 1650/2015)  
STS de 7 de marzo de 2016 (rec. 3146/2014)  
STS de 6 de febrero de 2014 (rec. 245/2012)  
STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 13 de marzo de 2013 (rec. 216/2013)  
STS de 12 de mayo de 2011 (rec. 320/2011)  
STC 154/2006, de 22 de mayo  
STC 200/2001, de 4 de octubre  
STC 67/1998, de 18 de marzo  
STC 74/1997, de 21 de abril  
STC 7/1994, de 17 de enero

### **Decisiones de la DGRN**

RDGRN de 12 diciembre de 2011  
RDGRN de 23 septiembre de 2011  
RDGRN de 27 junio de 2011  
RDGRN de 3 mayo de 2011  
RDGRN de 30 noviembre de 2011  
RDGRN de 6 mayo de 2011  
RDGRN de 9 junio de 2011

### **Jurisprudencia de otros países**

Caso “*Baby M*” (EEUU)  
Caso “*Huddleston*” (EEUU)  
Caso “*Johnson vs Calvert*” (EEUU)  
Caso “*M&M*” (Bélgica)  
RE L. 2010, EWHC 3146 (Reino Unido)  
ST alemana de 10 diciembre de 2014 (caso XII ZB 463/13)  
ST del Court Cassation francés, de 13 de septiembre de 2013

