

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2016 / 2017



EL DESAFÍO INTERNACIONAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA: ¿HACIA UN NUEVO MODELO DE REGULACIÓN?

(The international challenge of surrogate motherhood: towards a
new model of regulation?)

Realizado por la alumna D^a. Tamara Álvarez García

Tutorizado por el Profesor D. David Carrizo Aguado

SUMARIO

RESUMEN / ABSTRACT	7
OBJETO DEL TRABAJO	9
METODOLOGÍA	10
LISTADO DE ABREVIATURAS	12
I. INTRODUCCIÓN	14
CAPÍTULO I. OBSERVACIONES PREVIAS A LA FIGURA LEGAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	15
I. CONCEPTUALIZACIÓN, ENMARQUE JURÍDICO, PARTES Y OBJETO DEL CONTRATO	16
1. Evolución legislativa en España	17
2. Derecho comparado.....	19
3. Partes intervinientes	22
4. La prestación.....	22
4. 1. Concepto	22
4.2. Tipología de técnicas de Reproducción Humana Asistida	23
4.3. Modalidades de la prestación	24
5. Perspectiva jurídica	25
5.1. Desde la óptica del Derecho Civil Español.....	25
5.2. Desde la óptica del Derecho Internacional Privado	25
II. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRANJERA DE LOS NACIDOS EN VIRTUD DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	26
1. Determinación de la filiación en parejas heterosexuales que acuden a la maternidad subrogada.....	28
2. Determinación de la filiación en parejas homosexuales femeninas que acuden a la maternidad subrogada	30
3. Determinación de la filiación en parejas homosexuales masculinas que acuden a la maternidad subrogada	31
4. Inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución.....	33
III. EL TURISMO REPRODUCTIVO	34
IV. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	37
CAPÍTULO II. ASPECTOS GENERALES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	41
I. REGULACIÓN INTERNACIONAL.....	42
1. Territorio Comunitario	43
2. Fuera de territorio comunitario	43

II. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL	45
1. STEDH 26 de junio de 2014 (Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia)	45
2. STEDH 27 de enero de 2015 (Paradiso y Campanelli c. Italia)	49
CAPÍTULO III. ASPECTOS GENERALES EN EL ÁMBITO INTERNO	55
I. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA .	56
1. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida .	56
2. La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre	57
3. La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: especial referencia al art. 10.....	58
II. LA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO, DE REGISTRO CIVIL	62
III. LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA	64
IV. PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA	64
CAPÍTULO IV. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL DE LOS HIJOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. ANÁLISIS DEL CASO CALIFORNIA.....	69
I. ASPECTOS DE HECHO.....	70
II. ITER JURISPRUDENCIAL.....	70
1. La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009	70
2. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010	74
3. La Instrucción de la DGRN 5 de octubre de 2010.....	75
4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 ...	80
5. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.....	82
6. Circular-Informe de la DGRN de 11 de julio de 2014.....	85
7. Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015.....	86
CAPÍTULO V. EL RECONOCIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO	91
I. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL	92
II. EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	96
III. LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN LOS SUPUESTOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	98
CONCLUSIONES	103
BIBLIOGRAFIA	106

ANEXOS.....	114
1. LEGISLACIÓN.....	114
2. JURISPRUDENCIAL.....	115
3. WEBS.....	116

RESUMEN / ABSTRACT

La sociedad ha evolucionado y sin lugar a dudas, lo ha hecho la forma de conformar una familia y tener hijos, desarrollándose nuevas técnicas de reproducción asistida. Uno de estos nuevos métodos, es el llevado a cabo a través del vientre de alquiler.

Esta técnica de reproducción asistida es reconocida por diversos ordenamientos jurídicos, mientras que en otros muchos no se reconoce y se califica como ilegal.

Como de todos es bien sabido, en nuestro Estado, no tiene cabida legal la maternidad subrogada, por ello, muchos de nuestros ciudadanos han acudido a ordenamientos internacionales, en los que sí se reconoce, para tener hijos.

Una vez que los niños han nacido, ¿Qué filiación tienen? ¿Se reconoce en nuestro ordenamiento la inscripción de los menores nacidos a través de estas técnicas?

A través del presente trabajo, se pretende ofrecer un análisis de cómo se plantea la maternidad subrogada en los diversos ordenamientos jurídicos internacionales.

Se intentara dar solución a estas cuestiones a través de las diferentes y diversas opiniones emanadas por la DGRN, así como a través del *iter procedimental* del conocido como “Caso California”, analizando las sentencias emitidas desde la primera instancia hasta el TEDH.

Conceptos clave: Gestación por sustitución, maternidad subrogada y vientres de alquiler, Reproducción asistida, Filiación, Interés superior del menor, Turismo reproductivo.

The society has evolved and undoubtedly, has made it the way to form a family and have children, developing new techniques of assisted reproduction. One of these new methods is the one carried out through the belly rental.

This technique of assisted reproduction is recognized by several legal systems, while in many others it is not recognized and is classified as illegal.

As is well known, in our State, there is not legal place to surrogate maternity, so many of our citizens have gone to international laws, in which it's recognized, to have children.

Once children are born, what parenting do they have? Is it recognized in our legal system the registration of children born through these techniques?

Through the present work, we intend to offer an analysis of how maternity surrogacy is proposed in the various international legal systems.

An attempt was made to resolve these issues through the different and different opinions emitted by the DGRN, as well as through *the procedural iter* of the so-called "California Case", analyzing the sentences issued from the first instance to the ECtHR.

Keywords: Gestation by substitution, Surrogacy and surrogate mothers, Assisted reproduction, Affiliation, Supreme interest of the childhood, Fertility tourism.

OBJETO DEL TRABAJO

El objeto principal del presente trabajo consiste en analizar, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico internacional e interno, las implicaciones que conlleva acudir a la maternidad subrogada en los países en los que sí está reconocida legalmente.

También, se pretende analizar cómo se aborda la maternidad subrogada en aquellos países, como España, en los que no se reconoce legalmente esta técnica, y a pesar de esta falta de reconocimiento, los ciudadanos recurren a la gestación por sustitución para ser padres. Por lo que, se intenta esclarecer la postura de estos ordenamientos jurídicos en los casos concretos de sus ciudadanos.

Para ello se ha llevado a cabo un estudio y análisis de la jurisprudencia en materia de reproducción asistida, ya que la evolución social y de las técnicas médicas en esta rama, han supuesto un avance significativo en la legislación que deber ser tratado por el legislador, obligando a los poderes públicos a buscar mecanismos para la protección de las mujeres gestantes, de los comitentes y de los menores.

Se persigue entender la complejidad que los propios tribunales encuentran en el asunto y se pretende poner de relieve como la sociedad evoluciona y la manera de formar una familia prima sobre los límites legales que los diversos ordenamientos jurídicos imponen a sus ciudadanos.

Se intenta poner de manifiesto a través de la jurisprudencia, la preocupación por los menores y se fundamenta esta preocupación con la protección del interés superior del menor, fundamentado en el Convención sobre Derechos del Niño de 1989.

Otro de los objetivos principales es el estudio del reconocimiento de las inscripciones de los niños nacidos a través de esta técnica en nuestro ordenamiento jurídico español y su conexión con el orden público como límite de aplicación de la norma.

METODOLOGÍA

Para la elaboración del presente trabajo, nos hemos basado en la búsqueda de información mediante diferentes técnicas de investigación.

En primer lugar, la consulta de monografías y manuales de derecho internacional privado.

En segundo lugar, la lectura de jurisprudencia y legislación.

En tercer lugar, se procede al análisis de numerosos artículos de revistas especializadas en la materia.

En último lugar, para poder completar la búsqueda de información hemos acudido a internet, para acceder a sendos artículos en diferentes portales web especializados en el tema que nos ocupa.

A la hora de desarrollar el texto, se han seguido las pautas indicadas por el tutor, para una correcta y sencilla comprensión de lo que supone la maternidad subrogada en los diferentes ordenamientos jurídicos, dentro de la complejidad que por sí mismo el tema presenta en la esfera jurídica.

Para la elaboración del trabajo se optó por una estructura en capítulos, subdivididos en diferentes apartados y epígrafes, facilitando la lectura del texto desarrollado.

El capítulo I, se ha enfocado a modo introductorio y contextualizador de la figura de la maternidad subrogada.

El capítulo II, abarca la regulación de la maternidad subrogada en el ámbito internacional, además se ha realizado un análisis de la jurisprudencia internacional, tomando como muestra dos sentencias significativas dictadas por el TEDH.

En el capítulo III, se lleva a cabo un estudio de la evolución legislativa en el ordenamiento jurídico interno.

En lo relativo al capítulo IV, el principal enfoque ha sido el estudio pormenorizado del conocido “Caso California”. La importancia del mismo supone la apertura de una vía “nueva” dentro de la regulación de la maternidad subrogada en España.

El capítulo V, aborda un estudio del reconocimiento y ejecución de sentencias emitidas en el extranjero, así como la influencia de este reconocimiento de la maternidad subrogada en las prestaciones por maternidad y paternidad del ordenamiento interno.

Como colofón, se plasman las conclusiones alcanzadas a lo largo de la elaboración del presente trabajo, conclusiones que esperamos ofrezcan una visión panorámica y resumida de la maternidad subrogada.

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.:	Artículo
BOE:	Boletín Oficial del Estado
CBRC:	Cross-border Reproduction Care
CC:	Código Civil
CE:	Constitución Española
CEDH:	Convenio Europeo de Derechos Humanos:
Coord.:	Coordinador
Coords.:	Coordinadores
DGRN:	Dirección General del Registro y del Notariado
Dir.:	Director
Doc.:	Documento
DOUE:	Diario Oficial de la Unión Europea
Ed.:	Editorial
EEUU:	Estados Unidos
ESHRE:	European Society of Human Reproduction and Embriology
ET:	Estatuto de los Trabajadores
LJV:	Ley de Jurisdicción Voluntaria
LRC:	Ley de Registro Civil
LTRHA:	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
MF:	Ministerio Fiscal
núm.:	número
pp.:	páginas
Prel.:	Preliminar
RC:	Registro Civil
RRC:	Reglamento Registro Civil

SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
STEDH:	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS:	Sentencia Tribunal Supremo
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGSS:	Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TS:	Tribunal Supremo
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia
UE:	Unión Europea
Vol.:	Volumen

I. INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada se presenta como un concepto complejo y actual. Estamos ante un momento de evolución social, en el que las técnicas de reproducción van a un ritmo menor del que la sociedad demanda. Por lo que, surgen nuevas formas de engendrar hijos biológicos, y la maternidad subrogada nos ofrece esa posibilidad.

La Real Academia Española de la Lengua, define la maternidad como el estado o cualidad de ser madre y subrogar como sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona.

Por lo tanto, la maternidad subrogada será el estado o cualidad de ser madre sustituyendo a una persona por otra. Será la cualidad de ser madre para poder gestar por otra persona que no puede hacerlo por sí misma.

Maternidad subrogada, gestación por sustitución o vientres de alquiler, son las diferentes acepciones que encontramos para referirnos a esta técnica de reproducción. Es indiferente la terminología que usemos, lo realmente importante es la relevancia que tiene esta técnica de reproducción y lo mucho que llega a significar el hecho de que personas que no pueden por medios naturales tener descendencia y ser padres.

La maternidad subrogada no es una técnica que sea reconocida por todos los ordenamientos jurídicos, pero es sorprendente como la visión que se tiene de esta técnica de reproducción que es tan opuesta en los diferentes países del mundo.

En los países en los que sí se reconoce como una técnica de reproducción, completamente legal, se concibe como un regalo para las personas que por sí mismas no pueden tener hijos, se les abre una posibilidad real, de formar una familia.

Mientras que en los países en los que esta maternidad subrogada, no se reconoce como legal, se plantea como un negocio, una mercantilización y comercialización de los niños fruto de estas técnicas y una explotación de las mujeres que se “prestan” a estas gestaciones.

Es innegable que la maternidad subrogada es compleja. Plantea problemas que derivan de su práctica y de su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos internacionales. Pero también implica importantes problemas éticos y morales que tienen como consecuencia la división social.

**CAPÍTULO I. OBSERVACIONES PREVIAS A
LA FIGURA LEGAL DE LA GESTACIÓN POR
SUSTITUCIÓN**

I. CONCEPTUALIZACIÓN, ENMARQUE JURÍDICO, PARTES Y OBJETO DEL CONTRATO

En primer término, iniciaremos el capítulo ofreciendo un concepto de maternidad subrogada y la consiguiente complejidad que supone perfilar las líneas básicas para su encaje en la esfera legal.

Podemos definir la maternidad subrogada como un acuerdo privado entre las partes por el que se prevé que se lleva a término un embarazo y una vez finalizado el mismo se entrega el recién nacido a la otra parte contratante, renunciado la parte gestante a la filiación que se pueda atribuir, rompiéndose los lazos existentes entre la mujer gestante y el recién nacido¹.

Por lo que la finalidad de dicho acuerdo de voluntades consistirá en otorgar la facultad de ser padres a los comitentes que participan del acuerdo con la parte gestante.

Por lo cual, podemos definir la gestación por sustitución como un supuesto de reproducción humana asistida mediante el cual una mujer se compromete a gestar un bebe concebido a través de técnicas de reproducción asistida para que la otra u otras partes puedan tener un hijo².

Se conoce como gestación por sustitución, a la técnica realizada mediante “un contrato, oneroso o gratuito, a través 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 en nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”³.

¹ Entendemos por maternidad subrogada según la Real Academia Española de la lengua:

- maternidad: proviene de materno y significa “estado o cualidad de madre”.
- subrogar: implica sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.

² ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. / CARRIZO AGUADO, D.: “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*, núm. 2, 2014, p. 60.

³ Definición dada por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en sentencia núm. 826/2011 de 23 de noviembre de 2011.

Diremos que la gestación por sustitución es entendida como una técnica de reproducción humana asistida que denota diversos problemas éticos, morales, médicos, jurídicos, etc.⁴

Para acudir a un acuerdo de maternidad subrogada, se pueden dar en los comitentes o partes del acuerdo, diversas situaciones que los lleven a tomar la decisión de acudir u optar por esta técnica de reproducción humana asistida, dichas situaciones pueden ser, entre otras, el hecho de la infertilidad de la mujer, también la imposibilidad para gestar en el caso de las parejas homosexuales masculinas, o simplemente el hecho de que la mujer no quiera gestar⁵.

A renglón seguido de todo lo anteriormente desarrollado, debemos analizar la regulación jurídica sobre técnicas de reproducción humana asistida para poder hacernos una idea más precisa de la nulidad o no de esta técnica de la gestación por sustitución.

1. Evolución legislativa en España

La regulación en España de la gestación por sustitución se encuentra en la LTRHA, dichas técnicas reguladas son la fecundación in vitro y la inseminación artificial, asociadas siempre a la voluntad de ser madre de la gestante. Pero el problema que encontramos en la gestación por sustitución deriva de que la voluntad de ser madre no radica en la gestante sino en la otra parte contratante.

Por lo que debemos hacer un pequeño análisis de la evolución normativa que regula en España la reproducción asistida, para así entender mejor este fenómeno asociado a la evolución de la sociedad y del concepto de maternidad que primariamente concebimos como el único.

Para comenzar con este análisis evolutivo, partidos de la revolución que supuso en los años 70 el nacimiento del primer niño probeta en EEUU. A raíz de dicho nacimiento, ocurrido gracias a la evolución científica, surge la imperiosa necesidad de regular este nuevo fenómeno para dar solución a la demanda de la sociedad de aquel

⁴ CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 7, núm. 2, 2015, p. 45.

⁵ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. / CARRIZO AGUADO, D.: “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*, núm. 2, 2014, p. 59.

entonces. Por lo que se aprueba la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

Esta ley fue pionera en Europa y desarrollaba en su Exposición de motivos, que con dicha ley no se pretendía abarcar todas las implicaciones que suponía la utilización de la reproducción asistida, sino que trataba de dar una pronta solución a la urgente necesidad surgida en la sociedad⁶.

Dicha ley regulaba las técnicas de reproducción humana asistida existentes en ese momento como una solución médica ante la esterilidad humana. De este modo se contemplaba como técnicas de reproducción asistida, la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos.

Se permitía por otro lado, la utilización de dichas técnicas en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando fuera posible recurrir a ellos con las garantías necesarias y adecuadas⁷.

Los avances de la sociedad y de la ciencia por aquel entonces pusieron de manifiesto que esta ley 35/1988 se quedaba obsoleta y sería necesaria una modificación de la misma que se produjo con la aprobación de la ley 45/2003, de 21 de noviembre⁸, por la que se modificaba la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

En concreto, la modificación supuso una nueva redacción de los arts. 4 y 11 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. A través de esta nueva redacción del articulado se optaba por una combinación entre el compromiso y la responsabilidad por parte de los centros de reproducción asistida y los usuarios de dichos centros, con la flexibilidad necesaria para asegurar la eficacia de dichas técnicas en las distintas circunstancias en las que acuden las mujeres usuarias de dichos centros⁹.

⁶ *BOE*, núm. 282, 7 de noviembre de 1988.

⁷ Exposición de motivos, Ley 35/1988, 22 de noviembre.

⁸ *BOE*, núm. 280, 22 de noviembre de 2003.

⁹ Exposición de motivos, Ley 45/2003, 21 de noviembre.

La actual regulación que encontramos en materia de técnicas de reproducción humana asistida, se desarrolla en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida¹⁰. Esta ley derogaba a las anteriores.

Los principales objetos de la LTRHA son los siguientes¹¹:

- La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditada tanto científicamente y clínicamente indicadas.
- Otro de los objetivos es regular la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, cuando existan garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean autorizadas en los términos previstos en la Ley.
- Por último, la regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crio conservados.

Además de estos principales objetivos la LTRHA, hace una clara interpretación de lo que se permite en nuestro ordenamiento jurídico como gestación y se determina que los contratos en los cuales se convenga la gestación serán nulos de pleno derecho. Por lo cual, la gestación por sustitución es contraria a lo que se establece en nuestro ordenamiento jurídico a tenor de lo dispuesto en el art. 10 LTRHA que dice: *“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”*.

Por lo tanto, si atendemos a este precepto de la ley debe convenirse la nulidad de la gestación por sustitución. Pero esto es mucho más complicado que el hecho de atenderse al tenor literal de la ley, ya que estamos en una sociedad globalizada y cada vez más internacionalizada, en el que el concepto de familia se a pluralizado y se conforma no solo con nacionales de un país sino que dentro del mismo núcleo familiar podemos encontrar una diversidad cultural.

2. Derecho comparado

Estos supuestos de gestación por sustitución plantean diversos conflictos en el marco del Derecho Internacional Privado y desde el marco jurídico-ético.

¹⁰ BOE, núm. 126, 27 de mayo de 2006.

¹¹ Exposición de motivos, Ley 14/2006, 26 de mayo.

Atendiendo a este marco jurídico-ético, podemos decir que el contrato de gestación por sustitución según lo que se desprende del art. 10 LTRHA, no está prohibido, sino que es nulo de pleno derecho. Siendo totalmente diferente a la prohibición de la gestación.

Todo el conflicto entre los diversos problemas éticos y jurídicos que el uso de madres de alquiler plantea, encontramos su origen en la Instrucción de la DGRN de 5 de Octubre de 2010¹², a raíz del caso de una pareja de hombres que alquilan un vientre en California y una vez que se produce el parto y quieren llevar a cabo la inscripción en el Registro de sus dos hijos, esta inscripción no les es posible.

Esta fundamentación de la Instrucción de la DGRN, se sostenía en que la gestación por sustitución no está prohibida en nuestro Derecho y que el uso de esa práctica no contradice ningún principio moral racionalmente justificado ni tampoco los valores y principios de la CE por lo que no puede entenderse como ir en contra del orden público español.

Según se establece por el TS cuando desestima la petición de los padres de esos niños, nacidos en California a través de un vientre de alquiler, y no se les reconoce su derecho a inscribirlos en nuestro ordenamiento jurídico, una de las razones en las que se fundamentan los magistrados es en que estas técnicas atentan contra la dignidad humana, concretamente contra la dignidad de la mujer que gesta y del niño que es fruto de esa gestación. Esta postura del TS debe ser rebatida, dejando claro que no es un atentado contra la dignidad humana ya que todos en algún momento de nuestras vida somos “utilizados” y “utilizamos” a las personas y las convertimos en meros instrumentos para obtener algo a cambio¹³.

Desde la óptica jurídica del Derecho Internacional Privado, analizamos la situación jurídica de la maternidad subrogada en los diferentes países que la contemplan de una u otra manera en sus ordenamientos. Para así tener una perspectiva más amplia de cómo se trata la gestación por sustitución en el resto del mundo y conocer como en determinados ordenamientos si es aceptada y como en otros no se acepta esta práctica.

¹² BOE, núm. 243, 7 de octubre de 2010.

¹³ ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: “Gestación por sustitución y perjuicios ideológicos”, *El notario del siglo XXI*, núm. 63, 2015, versión online.

1. Países que no admiten la gestación por sustitución:

Entre estos países en los que no tiene cabida legal la gestación por sustitución, podemos destacar:

- El ordenamiento jurídico español, que prohíbe estas técnicas como se regula en la LTRHA.
- El ordenamiento jurídico francés, que prohíbe la maternidad subrogada en su Código Civil en el art. 16.7.
- El ordenamiento jurídico italiano, se desprende del art. 12.6 de la Ley de 19 de febrero de 2004, que será nulo de pleno derecho en cualquiera de sus modalidades.
- El ordenamiento jurídico alemán, en este ordenamiento se sanciona el uso abusivo de las técnicas de reproducción humana asistida.
- El ordenamiento jurídico holandés, considera que la maternidad subrogada es nula porque constituye una causa ilícita contraria al orden público.
- En el ordenamiento jurídico sueco, no prohíbe en su totalidad la maternidad subrogada sino únicamente aquella en la que exista una contraprestación económica para la madre gestante.

2. Países que admiten parcialmente la gestación por sustitución:

Cabe destacar que estos países prohíben la gestación subrogada en la cual medie una contraprestación económica para la mujer gestante: Australia, Canadá (excepto Quebec), Reino Unido, Países Bajos, Chipre, Dinamarca, Hungría, Israel y algunos estados de Estados Unidos (Nueva Jersey, Nuevo México, Nebraska, Virginia, Oregón, Washington).

Grecia es uno de los países que recientemente ha modificado su ley de gestación subrogada y actualmente permite tanto a extranjeros como a griegos realizar el proceso, Sin embargo, hasta una nueva modificación de la Ley, que se prevé pronto, solo parejas heterosexuales y mujeres solas pueden acceder a la técnica.

3. Países que admiten la gestación por sustitución:

Por último, tenemos los países en los que se reconoce la maternidad subrogada, tanto en su modalidad onerosa como gratuita, destacando:

- Rusia.

- India.
- Ucrania.
- Algunos estados de Estados Unidos como son: Arkansas, California, Florida, Illinois, Nevada, New Hampshire, Texas y Virginia.

3. Partes intervinientes

Como hemos definido la maternidad subrogada como un acuerdo de voluntad entre las partes, tenemos que distinguir las diferentes partes intervinientes, pudiendo clasificarlas de la siguiente manera¹⁴:

1. Parte comitente: será la parte que encarga la gestación, pudiendo ser de varios tipos a su vez:

- Una sola persona.
- Una pareja heterosexual u homosexual.
- Una tercera persona, normalmente agencias, que contratan con la madre gestante para una tercera persona o pareja.

2. La madre gestante: será la parte según el acuerdo que se obliga a gestar, alumbrar y entregar el fruto de la gestación una vez que se lleve a término la gestación.

Esta gestación puede llevarse a cabo con material genético de la madre gestante o con material genético ajeno, pudiendo obtener ese material genético ajeno de los propios comitentes o de un donante.

4. La prestación

4. 1. Concepto

La prestación del acuerdo consiste en entregar al recién nacido a la parte comitente para que sea esta parte la que ejerza la patria potestad y la filiación del menor.

Pero, qué dan a cambio los comitentes a la mujer gestante, cómo se llega a un acuerdo entre las partes para que la mujer gestante y entregar al recién nacido.

¹⁴ FERRER VANRELL, M.P.: “La prohibición de la maternidad subrogada del art. 10 de la ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Especial referencia al acuerdo de gestación, presentado por pareja homosexual”, ALVENTOSA DEL RIO, J. / MOLINER NAVARRO, R.M. (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. 1, 2008, p. 463.

Como anteriormente se menciona, se llega a este acuerdo a través de una relación contractual donde en el mismo acuerdo se configuran los puntos que deberán cumplir estas partes intervinientes.

Uno de los puntos más llamativos de este acuerdo, fuera aparte del hecho en sí mismo de la entrega del recién nacido, es el hecho de que esta entrega se produzca a cambio de una contraprestación, normalmente económica. Por lo que, llegados a este punto tenemos que analizar lo que supone el tema económico para el acceso o no a la maternidad subrogada y la moralidad de que se “pague” por la entrega de un recién nacido a la mujer que lo gesta.

Por lo que nos encontramos ante acuerdos que denominaremos onerosos, pero no todos los acuerdos a los que llegan las partes son así, ya que también tenemos la modalidad gratuita, que posteriormente analizaremos.

4.2. Tipología de técnicas de Reproducción Humana Asistida

Esta prestación puede llevarse a cabo a través de diferentes técnicas de reproducción que son¹⁵:

- Someter a la madre gestante a técnicas de reproducción asistida, aportando bien su propio óvulo y con espermatozoide que puede ser del comitente o de un donante.
- Únicamente poner su útero en el que se implanta un embrión formado con material genético de la pareja comitente, o únicamente con material genético de una de las partes comitentes. O incluso, con material genético donado en su totalidad, es decir, tanto óvulo como espermatozoide obtenido a través de donante externo a la pareja comitente.

Tanto en el primer caso, en el que aporta material genético, como en el segundo en el que cede el “uso” de su útero, la madre gestante será considerada, como la madre legal, a tenor del art. 10.2 LTRHA, ya que según lo dispuesto en ese artículo, la filiación de la maternidad se determina por el parto.

¹⁵ FERRER VANRELL, M.P.: “La prohibición de la maternidad subrogada del art. 10 de la ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Especial referencia al acuerdo de gestación, presentado por pareja homosexual”, ALVENTOSA DEL RIO, J. / MOLINER NAVARRO, R.M. (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. 1, 2008, p. 464.

4.3. Modalidades de la prestación

Por otro lado, tenemos que abordar otro aspecto de este acuerdo, ya que además de clasificarlo según las diferentes técnicas de reproducción que se lleven a cabo, distinguimos entre si se obtiene o no una retribución económica a favor de la madre gestante, por lo que distinguimos entre estas dos modalidades¹⁶:

- Modalidad gratuita: entendiéndose por gratuita aquella en la que la madre gestante no recibe ninguna prestación económica por gestar a ese niño, eso sí, dentro de esta modalidad gratuita, los comitentes se harán cargo de los gastos que conlleven los médicos y los diferentes tratamientos que la madre gestante necesite hasta el momento del parto.
- Modalidad onerosa: entendiéndose por onerosa aquella en la que la madre gestante obtiene una contraprestación económica por gestar a ese niño, además de ser los comitentes los encargados de sufragar los gastos que conlleve todo el procedimiento.

Dentro de esta modalidad onerosa, tenemos que hacer hincapié en lo controvertido de dicha situación, ya que esta onerosidad suscita diferentes posturas y es uno de los aspectos más criticados de esta práctica de la gestación por sustitución.

Es el ánimo de lucro un aspecto más que criticado, ya que puede derivar en una explotación de las mujeres para facilitar a las personas con mayores recursos el acceso a esta práctica y la consecución del objetivo de ser padres.

Se trata en definitiva, de una instrumentalización de las mujeres más débiles, económicamente hablando, a favor de los que son más fuertes en este aspecto.

Otro de los puntos de crítica dentro de la onerosidad de esta práctica es lo que se establece en el art. 1271 CC cuando se establece que la persona no puede ser objeto de comercio, consecuencia del mismo los niños no pueden ser objeto de transacción económica.

¹⁶ LÓPEZ PELÁEZ, P.: “Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución (“madres de alquiler”) en el derecho español”, ALVENTOSA DEL RIO, J. / MOLINER NAVARRO, R.M. (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. 1, 2008, p. 666.

Por lo que se ha calificado esta práctica como incompatible con la dignidad de la mujer que permite la utilización de su cuerpo con fines lucrativos y supone una degradación de los menores ya que son intercambiadas sus vidas por dinero.

5. Perspectiva jurídica

5.1. Desde la óptica del Derecho Civil Español

Numerosos especialistas en la materia han expuesto que se debería admitir la celebración y ejecución de los contratos de gestación por sustitución, así como la filiación de los niños nacidos mediante estas técnicas y ser considerados como hijos de los comitentes y no de la madre gestante, como sucede a tenor del art. 10 LTRHA¹⁷.

5.2. Desde la óptica del Derecho Internacional Privado

Se plantean tres reflexiones¹⁸:

1. La existencia de divergencias en torno a la regulación de esta materia entre los Estados, una especial referencia se refiere a la cuestión de la filiación de los menores que nazcan a raíz de un contrato de gestación por sustitución y de la licitud de los contratos de “vientres de alquiler”¹⁹.

2. Como estas técnicas no son legales en todos los Estados, se produce una internacionalización de la reproducción humana, por lo que la gestación por sustitución es internacional²⁰.

3. Como los ciudadanos de unos y otros países se desplazan para acudir a estas técnicas reproductivas, se producen fenómenos que deben ser abordados por el Derecho internacional privado, al constar de numerosos elementos extranjeros. Haciendo que un ciudadano español, por ejemplo, acuda a EEUU y regrese a España con documentación oficial extranjero, registral o judicial que acredite que dicho menor es “hijo” de los

¹⁷ ALBERT MÁRQUEZ, M.: “Los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley de Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm. 7863, 2012, versión online.

¹⁸ BRUNET, L.: “La globalisation internationale de la gestation pour autrui”, *Travail, Genre et Société*, núm. 28, 2012, pp. 199-205.

¹⁹ LLAM, E.: “Gestación por sustitución. Realidad y derecho”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2012, pp. 1-3.

²⁰ MORTAZAVI, S.: “It takes to make a child. Creating a guidelines or international surrogacy”, *The Georgetown law journal*, 2012, pp. 2250-2290.

comitentes y no de la madre gestante²¹. Es lo que se denomina Turismo reproductivo o también denominado *Cross-border reproductive care*, que es un fenómeno que solo deber ser abordado con arreglo a los valores, normas y principios del derecho internacional privado²².

II. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRANJERA DE LOS NACIDOS EN VIRTUD DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Para iniciar el proceso de filiación es necesario que se produzca un acuerdo de gestación por sustitución. En ese momento es cuando se empezaría un procedimiento judicial en ese país donde el juez va a dictar una resolución, en la cual se indican los datos de la mujer gestante, además de la filiación respecto de los comitentes.

Una vez que esta familia regresa a España con el niño, es necesaria la inscripción del mismo en el RC, para que la formación de esta nueva familia quede totalmente reconocida a efectos de la ley.

Para que se produzca el reconocimiento de la filiación del menor, se proceda a si inscripción y se le otorgue la nacionalidad española, se debe cumplir con los siguientes requisitos: sentencia firme, apostillada, traducida y el procedimiento debe ser iniciado mediante abogado y procurador.

De ninguna manera se va a admitir como título apto para la inscripción y filiación del nacido, una certificación registral extranjero o una declaración, acompañada del certificado médico relativo al nacimiento del niño en la que no se recoja la identificación de la madre gestante.

Actualmente, se están comenzando a homologar sentencias y documentos por los Tribunales españoles, relativos a la filiación de menores que han sido concebidos por estas técnicas de gestación por sustitución.

En el ordenamiento jurídico español, la determinación de la filiación materna se determina por el parto, esto se desprende del art. 10.2 LTRHA que dice “2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

²¹ DURAN AYAGO, A.: “El acceso al registro civil de certificación registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 12, 2012, p. 272.

²² COLLINS, J.: “Cross-border reproductive care: now and into the future”, *Fertility and Sterility*, vol. 94, 2010, pp. 25-26.

Podríamos en este caso, aplicar la regla del derecho romano que decía “*mater semper certa est*”, por lo que la madre es siempre cierta. Siendo esta la máxima que se utiliza en nuestro ordenamiento jurídico español para determinar la filiación por el parto y otorgando así la maternidad a la mujer que da a luz al niño, atribuyéndose únicamente un factor físico, que será el momento de dar a luz como el momento de determinación de la filiación en España.

Nuestra legislación española dispone que la maternidad subrogada sea nula²³. Por lo que los niños y/o la capacidad de gestar es una causa de ilicitud de los contratos ya que el objeto del mismo es nulo y como se dispone en el art. 1271 CC, el objeto de tal acuerdo está fuera del comercio de los hombres.

En el panorama actual que nos encontramos con una sociedad globalizada, se nos abre la posibilidad de acudir a los diferentes ordenamientos jurídicos internacionales, en los que este tipo de gestación por sustitución si está reconocida con plenos efectos jurídicos y por lo tanto, es legal. Surgiendo así la problemática de determinar la filiación cuando los nacionales españoles acuden a estos ordenamientos internacionales para ser padres.

Se establece en la LRC que los requisitos para la determinación de la filiación son los que se determinan por el parto y la identidad del hijo²⁴.

La filiación se puede determinar de diversas manera en el caso de haber acudido a un acuerdo de gestación por sustitución, por lo que debemos tener en cuenta en que supuesto nos encontramos para así poder determinar de qué manera se adquirirá la filiación con el hijo²⁵.

Cuando se lleva a cabo un acuerdo de gestación por sustitución y una vez transcurridas veinticuatro horas desde el nacimiento se debe proceder a la inscripción en el Registro Civil correspondiente de ese nacimiento, y por lo tanto, de sus progenitores.

Para la determinación de la paternidad, en casos de gestación por sustitución, no siempre se plantean problemas ya que tenemos la opción de que el hombre de la pareja

²³ BOE, núm. 126, 27 de mayo de 2006, (véase, art. 10).

²⁴ BOE, núm. 151, 10 de junio de 1957, (véase, arts. 44, 47 y 49).

²⁵ LÓPEZ PELÁEZ, P.: “Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución (“madres de alquiler”) en el derecho español”, ALVENTOSA DEL RIO, J. / MOLINER NAVARRO, R.M. (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. 1, 2008, pp. 671-673.

comitente haya aportado material genético y por lo tanto, sea padre biológico del recién nacido. Y por otro lado, tenemos la opción de aun sin haber aportado material genético, el hombre haya realizado un reconocimiento expreso de ese niño.

Surgen los problemas, para la determinación de la filiación, en el caso de que la madre gestante estuviera casada, porque como establece nuestro Código Civil, se presume que el nacido será hijo del marido de la mujer gestante²⁶.

Con la introducción de la LTRHA, se otorga un tratamiento diferente a la filiación.

1. Determinación de la filiación en parejas heterosexuales que acuden a la maternidad subrogada

En el caso de las parejas heterosexuales que acuden a la maternidad subrogada para ser padres, la filiación se determinará de manera diferente en el caso de la filiación materna²⁷.

En el caso de la filiación paterna, tenemos que determinarla en función de si existe un consentimiento para la aplicación de técnicas de reproducción y en función de si existe una aportación o no existe aportación de material genético masculino, esto se deduce del art. 8 LTRHA²⁸.

En el caso de que las parejas acudan a estos acuerdos de maternidad subrogada y la madre gestante este casada o no, se va a determinar de diferentes maneras según se opte por un supuesto o por otro.

Los supuestos a los que pueden acudir son los siguientes:

1. Que la mujer gestante se someta a técnicas de reproducción asistida ya sea con óvulo propio o de un donante y esté casada, tenemos dos opciones, a tenor de art. 8 LTRHA y art. 49 LRC²⁹:

²⁶ BOE, núm. 206, 25 de julio de 1889, (véase, art. 116).

²⁷ FERRER VANRELL, M.P.: “La transgresión del principio de igualdad en la instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución”, VERDERA IZQUIERDO B. (Dir.), *El principio de igualdad ante el derecho privado. Una visión multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 27-35.

²⁸ BOE, núm. 126, 27 de mayo de 2006, (véase, art. 8).

²⁹ BOE, núm. 151, 10 de junio de 1957, (véase, art. 49).

- Que el gameto masculino sea del comitente, por lo que se necesitará del consentimiento del marido de la mujer gestante, ya que sin este consentimiento se le otorgaría al marido de la mujer gestante la paternidad del recién nacido.
- Pero si el marido de la mujer gestante otorga su consentimiento el niño será inscrito como no matrimonial y el padre comitente, que será el padre genético, podrá determinar su paternidad según se establece en nuestro Código Civil.
- Que el gameto masculino sea de un donante, por lo que la paternidad no se determinará de manera genética, sino que si el marido de la gestante otorga su consentimiento para la fecundación, la filiación quedará determinada a la filiación matrimonial y no se podrá impugnar.
- Pero si el marido de la mujer gestante no presta su consentimiento, la filiación será no matrimonial y el padre comitente podrá determinar la filiación, pero únicamente como una filiación no matrimonial entre la madre gestante y el padre comitente.

2. Que la mujer se someta a las técnicas de reproducción asistida con un óvulo propio o de donante y no esté casada, tenemos varias opciones, a tenor también del art. 8 LTRHA y art. 49 LRC:

- Que el gameto masculino sea del comitente, la filiación se determinará como no matrimonial entre la madre gestante y el padre comitente.
- Que el gameto masculino sea de un donante, en este caso se necesita que el comitente otorgue su consentimiento para este tipo de fecundación y la filiación quedará determinada al comitente y a la madre gestante.
- Que los gametos, tanto masculinos y femeninos, sean de los padres comitentes, en este caso la madre gestante incuba el embrión genéticamente y la filiación se determinará como no matrimonial de la madre gestante y del contratante.

En estos casos, el comitente masculino únicamente podrá reclamar la paternidad si es titular el gameto masculino o cuando presta su consentimiento para que la madre gestante se someta a técnicas de reproducción asistida.

En todos los casos, tanto para mujer gestante casada como para mujer gestante no casada, la maternidad se determinará, según el art. 10.2 LTRHA, por el parto.

2. Determinación de la filiación en parejas homosexuales femeninas que acuden a la maternidad subrogada

La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio³⁰, se concede la posibilidad a las parejas formadas por personas del mismo sexo a contraer legalmente matrimonio en nuestro país.

Esta ley abre una posibilidad para que estas parejas puedan ser padres o madres. Pero lo que no se tiene en cuenta con la entrada en vigor de esta ley es cómo afectará a la ley, ya en vigor, de técnicas de reproducción humana asistida.

Para las parejas formadas por mujeres, la posibilidad de la filiación, cuando esta pareja está casada, se establece para ambas.

Al ser una mujer, siempre, serán ellas las que se sometan a las técnicas de reproducción humana asistida por facultativos y no necesitaran acudir a los acuerdos de maternidad subrogada para que una mujer gestante sea madre por ellas. Únicamente necesitan la aportación de un donante masculino para poder llevar a cabo estas técnicas de reproducción humana asistida³¹.

Por lo que, mediante estas técnicas de reproducción humana asistida, una de las cónyuges, con el consentimiento de la otra, puede gestar y tener un hijo, el cual podrá ser inscrito como hijo de ambas determinándose así la filiación para las dos mujeres que conforman la pareja.

Esta determinación de la filiación se llevara a cabo mediante la acción de reclamación de la filiación por posesión de estado que surge del matrimonio y donde prima el interés del menor y la estabilidad familiar³².

Se contemplan diversas posibilidades en estas técnicas de reproducción humana asistida que son³³:

³⁰ BOE, núm. 157, 2 de julio de 2005.

³¹ FERRER VANRELL, M.P.: “La transgresión del principio de igualdad en la instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución”, VERDERA IZQUIERDO, B. (Dir.), *El principio de igualdad ante el derecho privado. Una visión multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 32.

³² DE LA IGLESIA MONJE, M^a I.: “Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor (su evolución en los Tribunales de Justicia)”, *Diario La Ley*, núm. 8395, 2014, versión online.

- Que la maternidad sea genética, es decir, que el óvulo sea de la madre gestante y la que alumbró al niño. Por lo que, la inscripción de la maternidad será para ambas madres.
- Que el óvulo sea de una donante, por lo que como la maternidad se determinará por el parto, se inscribirá como hijo biológico de la madre gestante y la cónyuge de la madre gestante, podrá consentir para que se inscriba su maternidad.

3. Determinación de la filiación en parejas homosexuales masculinas que acuden a la maternidad subrogada

Las parejas homosexuales masculinas no pueden tener hijos por sí mismos, es decir, es imposible genéticamente, por lo que gracias a estos acuerdos de maternidad subrogada consiguen ser padres, acudiendo a los diferentes ordenamientos internacionales que si reconocen este tipo de acuerdos³⁴.

Se contemplan diferentes maneras para determinar la filiación en estas parejas, estas opciones son:

1. Parejas casada:

Cuando se llega a un acuerdo de maternidad subrogada entre un hombre integrante de la pareja y una mujer, que será la gestante, la filiación del recién nacido se determinará genéticamente, ya que rige el principio *pater is quem sanguinis demonstrat* (*el padre es el que demuestra la sangre*).

Por lo tanto, en este caso, el otro cónyuge para poder determinarse la filiación del recién nacido con éste, podrá acudir a la vía de la adopción, siempre que la madre gestante dé su aprobación en tal adopción³⁵.

³³ FERRER VANRELL, M.P.: “La transgresión del principio de igualdad en la instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución”, VERDERA IZQUIERDO, B. (Dir.), *El principio de igualdad ante el derecho privado. Una visión multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 33-34.

³⁴ FERRER VANRELL, M.P.: “La prohibición de la maternidad subrogada del art. 10 de la ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Especial referencia al acuerdo de gestación, presentado por pareja homosexual”, ALVENTOSA DEL RIO, J. / MOLINER NAVARRO, R.M. (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. 1, 2008, pp. 470-471.

³⁵ Establece el TS respecto la filiación y las adopciones internacionales en el fundamento de derecho sexto de la STS 247/2014 Sala de lo Civil, Sección: 991, dictada el 6 de febrero de 2014 que: “Llevan razón los recurrentes cuando afirman que las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, y que por tanto la determinación de

2. Parejas no casadas:

Respecto a estas parejas homosexuales que no están casadas, la opción por la cual podrán optar para la filiación conjunta, es únicamente la adopción a pesar de que exista un acuerdo de gestación por sustitución.

La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, abrió una puerta para la inscripción de la filiación respecto de una pareja homosexual masculina de un hijo nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución.

Para todos los supuestos contemplados anteriormente, es decir, maternidad, paternidad en parejas heterosexuales, parejas homosexuales femeninas y parejas homosexuales masculinas, siempre se tienen que cumplir tres requisitos para poder proceder a la inscripción en el Registro Civil.

Estos requisitos son, a tenor de los arts. 47 LRC³⁶ y arts. 181 y 182 RRC³⁷:

- Que en la declaración en donde se practica la inscripción del nacimiento figure el nombre de la madre.
- Que en el parte emitido por el médico, comadrona o ayudantes sanitarios el parto se identifique a la madre.
- Que haya coincidencia absoluta sobre la identidad de la madre y el parte del facultativo.

Estos tres requisitos no excluyen la posibilidad de que la madre pueda en virtud del art. 139 CC³⁸ impugnar su maternidad y así favorecer la inscripción de maternidad

una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español. Junto al hecho biológico existen otros vínculos, como por ejemplo los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación. De estos otros posibles vínculos determinantes de la filiación resulta también que la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural. Pero junto a ello, en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población".

³⁶ BOE, núm. 151, 10 de junio de 1957, (véase, art. 47).

³⁷ BOE, núm. 296, 11 de diciembre de 1958, (véase, art. 181 y 182).

de la madre comitente, siempre y cuando en el parte emitido por el médico no conste como madre, la mujer gestante, ya que si no sería nula esta inscripción de maternidad de la madre comitente³⁹.

4. Inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución

Partimos en este punto de lo dispuesto en el art. 10 LTRHA en el que se establece que será nulo de pleno derecho todo contrato por el cual se convenga la gestación por sustitución.

Se establece también en el art. 10.2 LTRHA que se determinará la filiación por el parto y se declarará nula toda aquella filiación que no se inscriba a favor de la mujer que da a luz.

Por consiguiente, la madre subrogada no podrá inscribir la filiación a su favor, pero se protegerá la inscripción a través de dos posibilidades⁴⁰:

- Mediante la adopción: si uno de los que lo solicita fuera el padre biológico, no se requiere por lo tanto una declaración administrativa, únicamente el asentimiento del consorte y la comprobación judicial de que esta medida es para proteger el interés superior del menor
- Mediante el acogimiento: debe de considerarse en este caso que existe una situación de desamparo pro la decisión de la madre gestante de no ejercer sus funciones como madre.

Respecto al padre, se prevé en el ordenamiento a través de lo estipulado en el art. 10.3 LTRHA⁴¹, que queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico.

³⁸ BOE, núm. 206, 25 de julio de 1889, (véase, art. 139).

³⁹ LÓPEZ PELÁEZ, P.: “Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución (“madres de alquiler”) en el derecho español”, ALVENTOSA DEL RIO, J. / MOLINER NAVARRO, R.M. (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. 1, 2008, pp. 671-675.

⁴⁰ ALONSO, N.: “Gestación por sustitución. Madres de alquiler”. *VLex-57381510*, Octubre 2016, pp. 1-2. <http://vlex.com/vid/gestacion-sustitucion-madres-alquiler-573815110>, fecha consulta: 19 noviembre 2016.

⁴¹ BOE, núm. 126, 27 de mayo de 2006, (véase, art. 10.3).

III. EL TURISMO REPRODUCTIVO

Tanto mujeres como hombres son iguales ante la Ley⁴². Eso es algo innegable, pero genéticamente no somos iguales y la naturaleza de unos y otros les hace poder ser padres o madres pero complementándose el uno con el otro⁴³.

Esto no impide que una mujer sin un hombre pueda ser madre, pero porqué podría impedir que un hombre sin una mujer pudiera ser padre, a caso ellas pueden ser madres en solitario y ellos no. Ciertamente es la incapacidad de los hombres de poder gestar, pero sí que pueden acudir a las técnicas de gestación por sustitución para conseguir ser padres.

Desde que se aprobara en 2005 la Ley 13/2005 de matrimonio homosexual, las familias y el concepto tradicional de las mismas han cambiado, y por lo tanto, cada vez es más frecuente encontrar familias formadas por hombres o por mujeres. En el caso de los hombres, ellos no pueden tener hijos por sí solos, por lo que se les brinda la posibilidad de acudir a otros ordenamientos jurídicos internacionales en los que la maternidad subrogada si es legal y poder ha través de ella ser padres.

Con la STS de 6 de febrero de 2014, un hijo nacido fuera de España de comitentes homosexuales mediante las técnicas de gestación por sustitución, por el momento, deberá ser reconocido por el padre biológico⁴⁴ y ser adoptado por el otro comitente, al amparo del art. 177.2.2º CC⁴⁵.

Surgiendo así la cuestión de la existencia a un derecho a procrear. ¿Existe el derecho a procrear? Parece ser que el legislador con la creación de la Ley de Reproducción Asistida de 1988 da a entender ya en su exposición de motivos, la existencia de tal derecho⁴⁶. La ausencia de regulación expresa del derecho a procrear, no

⁴² Art. 14 CE: “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”.

⁴³ VARA GONZÁLEZ, J. M.: “¿Existe el derecho a ser padre en solitario?”, *El notario del siglo XXI*, núm. 63, 2015, <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/5374-existe-el-derecho-a-ser-padre-en-solitario>

⁴⁴ Aquel comitente de la pareja que aporte material genético para llevar a cabo la fecundación en la gestación por sustitución.

⁴⁵ BOE, núm. 206, 25 de julio de 1889, (véase, art. 177.2.2º).

⁴⁶ Exposición de motivos, Ley Reproducción Asistida 1988: “en esta ley se hace referencia a dos posibles aplicaciones de estas técnicas de Reproducción Asistida, en nuestra nación: la gestación por sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si

excluyen de la posibilidad de una progresiva configuración del mismo. Y la doctrina afirma que *“la libertad de decisión del hombre y de la mujer de aceptar o rechazar la procreación, poniendo los medios necesarios orientados a posibilitar la procreación o a evitarla. El contenido de este derecho no podrá ser la procreación efectiva, sino la libertad de disposición de las potencialidades propias ordenadas a la procreación, independientemente de su resultado final. En sentido positivo, el ejercicio de este derecho supondrá la ordenación de la actividad sexual a la reproducción de acuerdo con las pautas de la naturaleza o bien acudir al recurso de las técnicas de reproducción humana asistida; en sentido negativo, el ejercicio de este derecho abarcará la abstinencia sexual hasta la limitación reproductiva de la actividad sexual mediante el uso de los procedimientos preventivos de la natalidad legalmente admitidos”*⁴⁷.

Uno de los principales reproches que se le puede hacer al hecho de que una pareja de hombres tengan la posibilidad de ser padres sin contar con una mujer, se encuentra recogido en el art. 39.3 CE, que dice *“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”*, este principio es contrario a la ley de matrimonio homosexual, por lo que desde el ordenamiento español, existen lagunas jurídicas entre las leyes anteriores al 2005 ya que se contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero nada se cambia en las leyes anteriores en las que esa posibilidad ni se contemplaba.

Por lo tanto, a la vista de toda la problemática y el panorama que nuestro ordenamiento deja abierto, con leyes que plantean determinados problemas, ya que contradicen lo que la norma fundamental de nuestro ordenamiento dispone, se tiene que acudir por parte de las parejas homosexuales a esas técnicas de gestación por sustitución que se regulan en ordenamientos internacionales, surgiendo así un nuevo concepto que se denomina *“El turismo reproductivo”*.

Pero, qué es el turismo reproductivo, diremos que se entiende como la obligación de los comitentes de salir de su país y desplazarse hasta el extranjero para poder ser padres.

este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes considerables insalvables, de extracción ética, o que chocan contra el bien común que el estado debe proteger...”.

⁴⁷ SOUTO GALVÁN, B.: *“Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación por sustitución”*, *Feminismo/s: revista del Instituto de Investigación de Estudios de Género de la Universidad de Alicante*, núm. 8, 2006, pp. 189-193.

Definimos por lo tanto, el turismo reproductivo como un desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a técnicas de reproducción humana asistida⁴⁸.

Teniendo que salir los comitentes de su país de origen, para acudir a otros en los que estas técnicas no están prohibidas y así obtener lo que tanto buscan, ser padres.

En la *European Society of Human Reproduction and Embriology* (ESHRE), los expertos en la materia se mostraron especialmente críticos con esta terminología de “turismo reproductivo”, optando por la expresión neutra de “*Cross-border reproductive care*” (CBRC)⁴⁹.

En la ESHRE, preocupaba este “turismo reproductivo” por determinados factores como son:

- Es solo una opción a la que pueden acceder las personas con mayores recursos.
- Existe un descontrol sobre las técnicas de control en la calidad o en la seguridad de los servicios ofrecidos.
- Aumento de explotación de las mujeres de determinados países en desarrollo para “satisfacer las necesidades” de los países más ricos.

Al existir un elemento extranjero en la maternidad subrogada nos debemos ceñir únicamente al Derecho Internacional Privado para tratar esos supuestos de gestación por sustitución. Siendo un fenómeno que debe abordarse desde los valores, normas y principios del Derecho Internacional Privado⁵⁰.

Determinados autores expertos en la materia consideran que este fenómeno es una oportunidad única para que se produzca una armonización en las leyes y se facilite la legislación para que las personas que recurren a estas técnicas puedan ver satisfecho

⁴⁸ FARNOS AMORÓS, E.: “European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting. Roma, 27-30 de junio, 2010”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2010, p. 7.

⁴⁹ LLAM, E.: “Gestación por sustitución. Realidad y derecho”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2012, p. 22.

⁵⁰ CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm.2, 2015, p. 49.

su deseo de tener un hijo sea donde sea y con la garantía de poder volver a sus países de origen convertidos en padres⁵¹.

En nuestra Constitución Española de 1978, no se reconoce expresamente el derecho a procrear. Lo que si se establece es el reconocimiento de la libertad, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad o el derecho a fundar una familia⁵².

La dignidad se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un valor superior del mismo. Por lo tanto, tenemos que analizar cómo esta dignidad afecta a los hijos nacidos de estos acuerdos de gestación por sustitución, ya que no solo son los comitentes o la madre gestante los que tienen derechos, sino que los niños nacidos de tales técnicas de reproducción tienen que estar amparados en la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad⁵³.

Por lo que hablamos así del interés superior del menor, que son los más “afectados” por estos métodos de reproducción.

IV. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Si acudimos a la Convención sobre Derechos del Niño de 1989⁵⁴, celebrada en Nueva York, y ratificado por España el 6 de diciembre de 1990, en ella encontramos

⁵¹ LLAM, E.: “Gestación por sustitución. Realidad y derecho”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2012, p. 22.

⁵² Art. 10 CE “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Art. 32 CE “1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.”.

Este art. 10 CE debemos ponerlo en conexión con el art. 32 CE. Por lo que tenemos que sopesar si se da más primacía a la dignidad de la persona al derecho que tienen los hombres y las mujeres de contraer matrimonio con plena igualdad jurídica y de formar así una familia. Ya que ambos derechos son reconocidos como fundamentales por nuestra norma suprema del ordenamiento jurídico.

⁵³ El TC en la sentencia 120/1990, de 27 de junio de 1990, fundamento jurídico 4º aporta datos relevantes para la correcta interpretación del contenido esencial de dicha sentencia, en la que “proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1CE, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo un *mínimum vulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras, no conlleven menosprecio para la estima que merece la persona”.

⁵⁴ *BOE*, núm. 313, 31 de diciembre de 1990.

menciones al interés del menor, algo que tratando el asunto sobre la maternidad subrogada tenemos que tener muy presente.

Los menores son los que se benefician o se perjudican con esta práctica de gestación por sustitución, ya que a través de ella se convierte en padres a personas que por diversos motivos no pueden tener descendencia y optan por esta práctica para así conseguir lo que estaban deseando y buscando.

En la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, se define como interés superior del niño: Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo.

Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo.

Podemos, por lo tanto, considerar que el interés del menor surge como un derecho humano junto a las reivindicaciones legítimas de la sociedad civil dirigidas a la formulación de nuevos y renovados derechos humanos⁵⁵.

Del art. 8 de la convención sobre Derechos del Niño de 1989, se extrae la idea de que será el estado el que tiene la obligación de preservar la identidad de los menores y si fuera necesario tiene la obligación de restablecer la identidad del niño otorgándole un nombre, nacionalidad y vínculos familiares⁵⁶.

Por lo que la inscripción de los menores en el registro civil hace oficial su adscripción en una sociedad y en una familia. Y en el caso de que esta inscripción no se lleve a cabo o se niega a los padres tal acción en el registro civil, no se perjudica únicamente a los padres que han optado por los “vientres de alquiler” sino que también perjudica al interés superior del menor y se le deja desprotegido al mismo, con lo que se produce un incumpliendo por parte del estado con su obligación de salvaguardar el bienestar del niño.

Desde un concepto jurídico indeterminado, que representa una evidente garantía de los derechos fundamentales del menor, el interés superior del menor se entiende

⁵⁵ DE LA IGLESIA MONJE, M^a I.: “Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor (su evolución en los Tribunales de Justicia)”, *Diario La Ley*, núm. 8395, 2014, versión online.

⁵⁶ *BOE*, núm. 313, 31 de diciembre 1990, (véase, art. 8.1).

como una proyección en los menores de su personalidad, abarcando todos los derechos fundamentales que garantizaran así un libre desarrollo de su personalidad⁵⁷.

La garantía del cumplimiento del interés del menor se exigirá, además de por el juez, a las instituciones públicas o privadas de bienestar social, autoridades administrativas y órganos legislativos⁵⁸ y como responsables primordiales a los padres⁵⁹.

Todo esto se protege constitucionalmente en el art. 10 y arts. 39.3 y 4 CE, para así garantizar que a través de la protección del interés superior del menor se llegue a desarrollar plenamente como una persona adulta⁶⁰.

Esto nos lleva a plantearnos que debemos tener presente el desarrollo del menor y su dignidad como persona y entender que la incertidumbre jurídica que supone el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico no se determine la filiación de ambos comitentes como padres del menor nacido por un acuerdo de maternidad subrogada, supone un lastre y un perjuicio para esa identidad del menor y su desarrollo adecuado como persona, ya que con la identidad se proporciona y garantiza al niño una unidad familiar y un sentimiento de pertenencia a un grupo⁶¹. Sin que única y necesariamente la filiación se determine por la sangre.

Constituyendo esa inscripción en el RC un pleno desarrollo como persona y para la identidad del menor. Habiéndose actualizado los conceptos de familiar por los que los niños tienen derecho a sentirse seguros y protegidos tengan el tipo de familiar que tengan (homoparentales, monoparentales, recompuestas...) y esta seguridad es responsabilidad, como se señala en los arts. 8 y 18.1 de la Convención sobre los Derechos del niño, tanto de los Estados parte en esta convención como de los padres.

Dentro de la perspectiva jurídica española, encontramos diferentes posturas relativas a lo que supone en esta práctica el denominado interés superior del menor, encontramos los que se postulan por que la falta de inscripción en el RC violaría el

⁵⁷ RAVETILLAT BALLESTÉ, I.: “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio siglo XXI*, vol. 30, núm. 20, 2012, p. 93.

⁵⁸ BOE, núm. 313, 31 de diciembre de 1990, (véase, art.3.1).

⁵⁹ BOE, núm. 313, 31 de diciembre de 1990, (véase, art.18.1).

⁶⁰ BOE, núm. 311, 29 de diciembre de 1978, (véase, arts. 10, 39.3 y 39.4).

⁶¹ FLORES RODRÍGUEZ, J.: “El derecho a la identidad del niño en las nuevas formas de familia”, *Diario La Ley*, 2014, versión online.

interés superior del menor, y por otro lado, tenemos los que establecen que la prohibición legal del art. 10 LTRHA establece en sí mismo el interés superior del menor a conocer sus orígenes y protege a las partes más débiles en las relaciones jurídicas⁶².

⁶² ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 30-31.

CAPÍTULO II. ASPECTOS GENERALES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

I. REGULACIÓN INTERNACIONAL

En la sociedad globalizada e intercultural en la que vivimos, se ha producido una modificación de todos los aspectos que influyen en el día a día de la sociedad. Pero uno de los que más ha evolucionado, respecto a lo que tradicionalmente entendíamos, es la idea de familia.

Los principales instrumentos de Derechos Humanos reconocen la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado”⁶³.

Por lo que los individuos no pertenecemos a familias tradicionales, sino que existen muchos tipos de familias y muchas formas para formar dichas familias.

Una de esas maneras en las que actualmente se pueden formar familias y tener así descendencia es a través de la maternidad subrogada. Estableceremos que la maternidad subrogada no es una práctica de reproducción asistida nueva⁶⁴. Estas prácticas alcanzan acuerdos que van más allá de las propias fronteras nacionales, se convierten así en acuerdos transfronterizos⁶⁵.

A pesar de que existen diversos países en los que se encuentra regulada en sus ordenamientos jurídicos la maternidad subrogada y otros países en los que no se establece ninguna regulación legal a esta técnica de reproducción humana asistida, en la sociedad ha surgido la necesidad de crear informes e investigaciones en el ámbito del Derecho Internacional Privado sobre las dificultades específicas que se asocian a los acuerdos de maternidad subrogada⁶⁶.

⁶³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. *BOE*, núm. 103, 30 de abril de 1977, (véase, art.23.1).

⁶⁴ Parlamento Europeo. Dirección general de políticas interiores. Departamento temático C. Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales. “El régimen de subrogación en los estados miembros de la UE”. p. 3.

⁶⁵ HAGUE CONFERENCE PERMANENT BUREAU: “Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements”, *General Affairs and Policy of the Conference*, Doc. Prel. núm.10, pp. 6-8.

⁶⁶ Parlamento Europeo. Dirección general de políticas interiores. Departamento temático C. Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales. “El régimen de subrogación en los estados miembros de la UE”, p. 5.

1. Territorio Comunitario

Actualmente, existe una tendencia en la que se empiezan a inscribir en el Registro civil los nacimientos de los nacidos en el extranjero a consecuencia de la gestación por sustitución.

A raíz de esto, debemos hacer una especial referencia a El “Informe preliminar sobre los problemas derivados de convenciones alternativas de maternidad de carácter internacional” de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya⁶⁷.

A través de este informe lo que se propone es crear un marco jurídico para la cooperación entre los diferentes estados miembros y así favorecer la filiación válida de los niños que nazcan mediante esta técnica.

El documento señala que “el número de acuerdos internacionales de subrogación parece estar creciendo a un ritmo rápido, y si bien algunos estados están tratando de resolver estos problemas, este fenómeno mundial de última instancia, puede exigir una solución global”.

Respecto a la maternidad subrogada internacional, la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo recomendó que la UE debiera de poner esfuerzos en la elaboración de una convención internacional sobre los aspectos de derecho internacional privado de la subrogación transfronteriza en una estrecha comunicación con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado⁶⁸.

2. Fuera de territorio comunitario

Para poder explicar cómo se entiende el sistema de la maternidad subrogada en India, debemos hacer una pequeña introducción de la situación actual del país.

India es uno de los países más poblados del mundo. Su crecimiento económico contrasta con la crisis económica que ha sufrido el resto del mundo.

Este crecimiento económico contrasta con la pobreza extrema que asola el país, por el sistema de castas en el que se divide. En este sistema de castas son las mujeres y

⁶⁷ HAGUE CONFERENCE PERMANENT BUREAU: “Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements”, *General Affairs and Policy of the Conference*, Doc. Prel. núm.10, pp. 6-8.

⁶⁸ SCOTTI, L.B.: “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en derecho*, 2012, pp. 287-288.

la violencia ejercida contra ellas uno de los temas que más preocupan a la sociedad internacional.

Respecto a la gestación por sustitución en India se estima que existen más de 200.000 clínicas privadas que ofrecen los servicios de reproducción asistida⁶⁹.

La maternidad subrogada en India se rige por un sistema contractual “especial” ya que las partes contratantes son:

- La clínica.
- La pareja comitente.
- La donante de óvulos.
- La madre gestante.

Son las partes las que firman un acuerdo en el que se comprometen a cumplir el contrato de acuerdo con las leyes de India⁷⁰. Respecto al contacto directo entre la madre gestante y la clínica, este no se produce ya que existe la figura del mediador, que son terceros ajenos al contrato, violándose así la confidencialidad, la voluntad de la mujer y la autonomía para usar el dinero que obtengan de dicho contrato como las mujeres quieran. Este mediador por lo general es el cónyuge que según las reglas indias es el guardián de la mujer.

La legislación India relativa a la gestación por sustitución establece unas condiciones que deben tener las mujeres que se “ofrecen libremente” a gestar, estas son:

- Tener entre 21-30 años.
- No tener antecedentes de enfermedades de transmisión sexual.
- No fumar. No consumir alcohol. No consumir drogas.
- Haber tenido por lo menos un hijo.
- Consentimiento del esposo. Fundamental para iniciar el proceso. Se priva de esta manera a las mujeres de autonomía para decidir sobre su cuerpo y su vida.

⁶⁹ Las clínicas ofrecen los servicios de reproducción asistida, además de rutas turísticas por India. Esta información se puede encontrar fácilmente en webs de turismo y salud en India como es el caso de <https://www.medicaltourismco.com/medical-tourism-in-india> fecha consulta: 24 de noviembre de 2016.

⁷⁰ AMADOR JIMÉNEZ, M.: “Biopolíticas y biotecnología. Reflexiones sobre la maternidad subrogada en India”, CS, núm. 6, 2010, pp. 197-198.

Es frecuente en India que un hombre de bajos recursos imponga a su esposa someterse a una técnica de reproducción asistida, para así obtener el dinero de dicho contrato. A raíz de todo esto, India es uno de los países en los que se regula legalmente la gestación por sustitución, pero las condiciones a las que se someten a las mujeres gestantes son degradantes para el ser humano⁷¹.

Se produce una instrumentalización del cuerpo de las mismas con fines totalmente económicos por parte de sus cónyuges y de las clínicas, que no tienen en cuenta en ningún momento la opinión y los derechos de las mujeres y las tratan como meros instrumentos para poder “fabricar” niños.

II. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

El TEDH, realiza a lo largo de sus sentencias un análisis exhaustivo y detallado de todas las vulneraciones que se han producido en el art. 8 CEDH⁷².

Sobre todo en lo relativo a la vida diaria que se ve afectada por la ausencia de una inscripción registral reconocida por el Estado y por los posibles derechos hereditarios que se ven vulnerados por la falta de inscripción registral de los nacidos a través de la gestación por sustitución.

Por lo tanto, el TEDH, distingue los aspectos que están ligados al derecho la vida familiar y los ligados a la vida privada.

1. STEDH 26 de junio de 2014 (Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia)

El origen de esta asunto se encuentra en un recurso que se interpuso ante el TEDH contra la República Francesa por el matrimonio Mennesson y el matrimonio Labasse, como consecuencia de la decisión que adoptó la Corte de casación el 6 de abril de 2011, en la que se rechazaba la inscripción de la filiación de los niños porque la consideraban como fraude de ley por ser contraria al orden público francés⁷³.

Los hechos: Los matrimonios Labassee y Mennesson, ambos de origen francés, contrataron en EEUU dos gestaciones por sustitución, por implantación de embriones

⁷¹ AMADOR JIMÉNEZ, M.: “Biopolíticas y biotecnología. Reflexiones sobre la maternidad subrogada en India”, *CS*, núm. 6, 2010, p. 206.

⁷² *BOE*, núm. 243, 10 de octubre de 1979, (véase, art. 8).

⁷³ FLORES RODRÍGUEZ, J.: “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso núm. 65192/11”, *Diario La Ley*, núm. 8363, 2014, versión online.

en los úteros de otras mujeres. De las citadas gestaciones nacieron, en un caso, una niña y en el otro dos niñas gemelas.

En este caso, existían dos sentencias dictadas en los Estados de Minnesota y California, respectivamente, según las cuales cada una de las parejas eran los padres de las respectivas niñas.

El problema surge cuando las autoridades francesas se niegan a inscribir en el Registro Civil francés las actas de nacimiento de las niñas por considerar que la gestación por sustitución es contraria al orden público francés, se establece la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas y alegan que los contratos de gestación por sustitución quedan afectos a una nulidad radical, como se establece en los arts. 16.7 y 16.9 CC Francés⁷⁴.

La Corte de casación francesa consideró que el contrato de maternidad subrogada impedía el establecimiento de cualquier relación de filiación entre los menores y los comitentes, ya sea mediante la inscripción de las certificaciones registrales expedidas en el extranjero, mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación fundada en que los solicitantes han criado y educado al niño desde su nacimiento, mediante la determinación de la filiación biológica paterna, o mediante adopción.

El TEDH en junio de 2014, establece que no se podrá inscribir en el Registro Civil francés la filiación de los menores nacidos como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada.

El Tribunal francés argumentó que como los contratos de gestación por sustitución constituyen una medida contraria al orden público francés, no se podrá invocar ningún derecho ni tampoco podrá ser invocado el interés superior del menor, derivado del rechazo al reconocimiento de la filiación que se había establecido legalmente en EEUU⁷⁵.

⁷⁴ STEDH de 26 de junio de 2014, núm. 65192/11, Caso *Mennesson c. Francia*, [JUR 2014/176908], (véase, arts. 16.7 y 16.9 CC Francés).

⁷⁵ CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, 2015, p. 95.

Por ello, los tribunales franceses alegan⁷⁶, al igual que lo han hecho la AP de Valencia y el TS en España que el fin no justifica los medios⁷⁷.

El problema reside en que los tribunales franceses no permiten la inscripción de la filiación de cualquier manera, por lo que dejan a los menores en una situación de indefensión al no tener reconocida una filiación.

Los matrimonios, Labassee y Mennesson, acudieron al TEDH y alegaron una vulneración del art. 8 del CEDH⁷⁸, en el cual se reconoce el derecho a la vida privada y familiar y consideran que existe un perjuicio para el interés superior de las menores derivado del hecho de no tener una filiación reconocida en Francia pero si reconocida legalmente en otro país extranjero, en este caso, EEUU.

El fallo del TEDH: expone que existe una relación directa entre la vida privada de los niños y la determinación jurídica de su filiación.

En la demanda ante el TEDH, se invoca de manera reiterada la vulneración del art. 8 del CEDH sobre el derecho a la vida privada y familiar de los recurrentes, pero teniendo en cuenta que no se puede vulnerar los derecho de los menores y el interés superior de los mismos.

El TEDH alega que la denegación del reconocimiento en Francia de las sentencias que en EEUU establecía la filiación de los niños que allí habían nacido, por medio de la gestación por sustitución, vulneraban el art. 8 CEDH. Por lo que, el reconocimiento en el Estado de destino de dicha filiación acreditada legalmente en el Estado de origen es necesario para que no se produzca la vulneración de dicho artículo⁷⁹.

El TEDH afirma que la negación a la inscripción supone un menoscabo al derecho de la vida privada y familiar, legítimamente protegido en el art. 8 CEDH.

⁷⁶ Sentencia Corte de Apelación de París de 18 de marzo de 2010 y Sentencia de la Corte de Casación francesa de 6 de abril de 2011: apartados 22 a 28 de la STEDH, de 26 de junio de 2014, núm. 65192/11, Caso Mennesson c. Francia.

⁷⁷ Sentencia Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) de 23 de noviembre de 2011, núm. 826/2011, [AC/2011/1561].

⁷⁸ BOE, núm. 243, 10 de octubre de 1979, (véase, art. 8).

⁷⁹ ROURA GÓMEZ, S.: “Gestación subrogada y derechos del menor”, *Diario El País*, 14 de julio 2014, http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html fecha de consulta: 1 de diciembre de 2016.

Por otro lado, el TEDH, aprecia en la sentencia que si se alcanza un equilibrio entre los intereses del Estado y los intereses de los demandantes en lo relativo al derecho al respeto de la vida familiar. Expone en la sentencia el TEDH que los padres e hijos se pudieron establecer juntos en Francia y no se ha observado riesgo de que sean separados, únicamente se les ha limitado en relación con la ilegalidad que supone en Francia la maternidad subrogada, sin excederse de sus funciones ni aplicar medidas drásticas que pudieran ser desproporcionadas o injustas.

Sin embargo, respecto al derecho de los menores y al respeto de la vida privada de los niños, el TEDH, reconoce en la sentencia que estos si se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica. Los niños han sido reconocidos en el extranjero como hijos de los demandantes y Francia les niega la consideración como tales en su ordenamiento jurídico, porque consideran que la gestación por sustitución impide el establecimiento de un vínculo de filiación con los comitentes, sea mediante la inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sea mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación por constar que los solicitantes crían y educan al niño desde su nacimiento, sea mediante la constatación de la filiación biológica paterna, sea mediante la adopción.

Esta situación conlleva una falta de equilibrio entre los intereses perseguidos por el Estado al prohibir la gestación por sustitución y el interés superior del menor, y afecta dicha incertidumbre a un aspecto sustancial de su identidad, que es la filiación, así como al derecho de adquirir nacionalidad francesa, y de heredar como hijo, circunstancias que provocan una grave inseguridad jurídica⁸⁰.

En definitiva, el TEDH establece por unanimidad en ambos casos (Mennesson y Labassee) que la República de Francia vulneró el art. 8 del CEDH en relación con el derecho de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución al respeto a su vida privada y estima que no ha habido una infracción del derecho a la vida familiar en Francia porque aunque los menores no fueron en un primer momento como hijos de los comitentes, esto no les impidió vivir como una verdadera familia⁸¹.

⁸⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución pueden ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8415, 2014, versión online.

⁸¹ CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, 2015, p. 95.

2. STEDH 27 de enero de 2015 (Paradiso y Campanelli c. Italia)

El origen de este caso se encuentra en la STEDH que ha resuelto el caso Paradiso y Campanelli contra Italia el 27 de enero de 2015⁸², que al igual que las sentencias anteriores, trata sobre el derecho al respeto de la vida familiar y la vida privada de los menores nacidos en el extranjero en virtud de un contrato de gestación por sustitución y se hace referencia al art. 8 CEDH.

En este caso, la pareja estaba formada por un matrimonio italiano, los cuales acudieron a Moscú para contratar, a través de una empresa Rusa, con una mujer que gestó, a través de una fecundación in vitro, y dio a luz a un bebe, pero en este caso el óvulo fecundado era una donante, ajena al contrato, y el material genético masculino también era de un donante, ajeno al contrato. Por lo que no existía ninguna vinculación biológica entre el menor y los comitentes⁸³.

El bebé nace en febrero de 2011 y de acuerdo con la legislación rusa fue inscrito como hijo del matrimonio italiano, en dicha inscripción no se hizo constar que el niño había nacido a través de un acuerdo de gestación por sustitución.

En abril de 2011 el Consulado de Italia en Moscú entregó los documentos que permitieron al niño viajar a Italia. Y a los pocos días de llegar al país, se solicita la inscripción del niño, pero dicha inscripción es denegada. Quedando así el niño sin identidad formal en Italia.

Por otro lado, el Consulado de Italia en Moscú informa al Tribunal de menores, al Ministerio de Asuntos Exteriores y a las autoridades del municipio donde reside el matrimonio que el expediente sobre el nacimiento del niño contenía información falsa.

En mayo de 2011, se acusa al matrimonio Paradiso y Campanelli de alteración del estado civil y de incumplimiento de la legislación italiana e internacional sobre adopción. Por lo que la fiscalía de menores solicita la apertura de un procedimiento de adopción para el niño puesto que, según la legislación italiana, el menor había sido abandonado.

⁸² STEDH de 27 de enero de 2015, núm. recurso 25358/12, Caso Paradiso y Campanelli c. Italia, [JUR 2015/24183].

⁸³ CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, 2015, p. 95.

En agosto de 2011, se demuestra que el padre biológico no es el Sr. Campanelli, por lo que el Tribunal de menores decide quitarles el niño y ponerlo bajo tutela. El niño es entregado a un hogar de acogida, sin que el matrimonio pueda tener ningún contacto con él, y en enero de 2013, es entregado a unos padres adoptivos, por lo que el menor no tienen ninguna identidad formal.

En abril de 2013, el matrimonio intenta volver a inscribir el acta de nacimiento que se les había otorgado en Rusia, pero se les denegó nuevamente, porque contradecía el orden público italiano y por la inexactitud de la certificación, ya que no existía relación biológica entre el niño y los demandantes. Ese mismo mes, el niño recibe una nueva identidad, indicándose en el nuevo certificado de nacimiento que había nacido de padres desconocidos.

En junio de 2013, el Tribunal de menores declaró que los demandantes carecían de capacidad de actuar en el procedimiento de adopción iniciado por ellos, puesto que no eran ni los padres ni familiares del niño.

En esta situación es cuando el matrimonio decide acudir al TEDH, basándose en su demanda que existe una vulneración del art. 8 CEDH, además de exponer las quejas sobre la negativa de los tribunales italianos a reconocer la relación de filiación que se había establecido en el extranjero y al hecho de que les habían sustraído y dado al niño en adopción sin conocimiento de los demandantes.

El fallo del TEDH: se basa en aceptar la demanda que habían interpuesto en lo relativo a la sustracción y puesta bajo tutela del menor.

El TEDH dictó sentencia a comienzos del 2015 alegando que las autoridades italianas habían infringido algunos aspectos del CEDH:

No se había tenido en cuenta el interés superior del menor.

No se había reconocido la relación familiar *de facto* entre la pareja y el niño. Aunque jurídicamente no sean familia porque no hay documentos que lo acrediten, son familia de hecho.

La ausencia de identidad por más de dos años pone en situación vulnerable al niño.

El TEDH, concluye por opinión mayoritaria, que se produce una vulneración del art. 8 CEDH, por parte de las autoridades italianas encargadas del caso.

La labor del TEDH es analizar hasta qué punto se vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar, consagrado en el art. 8 CEDH. Para llevar a cabo el análisis el TEDH se pregunta en el fallo⁸⁴:

Si esta injerencia está prevista en la ley:

Concluye que la medida que tomaron las autoridades italianas estaba prevista en la ley. Fundamenta esta decisión en el art. 5 de la Convención de la Haya de 1961, en dicho artículo se establece que la apostilla no certifica la veracidad del contenido del certificado. Se intenta preservar el derecho de los estados firmantes a la hora de aplicar sus propias reglas en materia de conflicto de leyes.

Se produce en este caso del matrimonio italiano un conflicto, ya que no se conoce la identidad de los donantes, y por tanto, la nacionalidad del niño no está establecida por “ius sanguinis”, siendo las autoridades italianas las que deciden aplicar las reglas del derecho italiano en materia de filiación.

Si persigue un fin legítimo:

El TEDH establece que las medidas tomadas se tienden a la defensa del orden público y a la protección de los derechos y libertades del niño.

Si es necesaria en una sociedad democrática para lograr el fin que persigue:

Respecto a esta cuestión que se planteo el TEDH, se entiende por la corte que no es una medida proporcional al fin. La violación del art. 8 CEDH radica, en el caso de Italia, en la extrema medida adoptada consistente en separar al menor de los padres comitentes, medida en la que no se ha respetado el justo equilibrio que debe existir entre el interés superior del menor y el interés legítimo del Estado. Las autoridades italianas no han tenido en cuenta la vida familiar “*de facto*” surgida entre los padres comitentes y el niño.

En su decisión, el TEDH señala que para la protección de los niños y las madres gestantes han de ponderarse en el caso concreto de acuerdo con el tamiz del interés superior del menor.

⁸⁴ MONTERONI, J.: “Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Prudentia Iuris*, núm. 80, 2015, pp. 274-276.

En este punto, el TEDH sostiene que existía una vida “*de facto*” de la familia formada por la pareja y el niño, sostiene el tribunal que el art. 8 CEDH era aplicable al caso. Si bien el matrimonio italiano solo había pasado seis meses con el bebé, a ojos del Tribunal este periodo había cubierto importantes etapas de su vida joven y por otro lado, éstos se habían comportado como padres hacia el bebé durante ese período de tiempo⁸⁵.

Es importante destacar la vulneración del art. 8 CEDH, ya que el quebrantamiento de dicho artículo nada tiene que ver con la decisión de cada país de prohibir los contratos de gestación por sustitución⁸⁶.

Sin embargo, existe una importante diferencia que distingue este supuesto de los precedentes aunque en todos ellos existe una violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar.

En este supuesto, dicha violación surge debido a la decisión de las autoridades italianas de separar al menor de los padres comitentes y darlo a una familia en acogida con el argumento de que: en primer lugar, no existe una relación biológica con los comitentes, y por lo tanto, debe aplicarse la legislación nacional que impone el no reconocimiento de la filiación, y en segundo lugar, ambos han vulnerado las normas de prohibición en Italia sobre los contratos de gestación por sustitución y las normas sobre adopción internacional⁸⁷.

Cuando el TEDH analiza la necesidad de estas medidas en una sociedad, expresa que esta situación debe responder a una necesidad social y debe ser proporcionada al objetivo legítimo perseguido, es decir, deben dar respuesta a si los motivos que justifican la injerencia son pertinentes y suficientes.

Expresa el TEDH que esta medida consistente en la retirada del menor del ámbito familiar constituye una medida extrema a la que solo debe acudir como último recurso y que únicamente estaría justificada para proteger al niño de una amenaza inmediata para él, como pueden ser la existencia de maltrato físico o psicológico, violencia o abusos sexuales. Por lo tanto, el TEDH no encuentra motivos suficientes que justifiquen tal medida, sí que es cierto que el matrimonio italiano incurre en un ilegal,

⁸⁵ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil)”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 2016, p. 16.

⁸⁶ La CEDH de 1950 establece que los estados partes son libres para regular en sus legislaciones internas, como tengan por conveniente, la filiación de los nacidos en virtud de la gestación por sustitución.

⁸⁷ STEDH de 27 de enero de 2015, núm. recurso 25358/12, Caso Paradiso y Campanelli c. Italia, [JUR 2015/24183].

un fraude de ley al concebir un hijo a través de un contrato de gestación por sustitución realizado en el extranjero y prohibida dicha técnica en Italia, pero esto no significa que el menor se encuentre en peligro, ni que los demandantes sean malos padres o personas sin la capacidad necesaria para criar a un hijo.

El TEDH resuelve en esta ocasión y declara, por cinco votos a dos que ha habido violación del art. 8 CEDH. Y condena conforme al art. 44.2 CEDH⁸⁸ que:

a) que el Estado demandado deberá abonar conjuntamente a los demandantes, dentro del plazo de tres meses, a partir de que la sentencia sea definitiva, 20.000 euros en concepto de daño moral y 10.000 euros en concepto de gastos y costas.

b) que estas sumas se verán incrementadas por un interés simple anual equivalente al tipo de interés de la facilidad marginal de los préstamos del Banco Central Europeo incrementado en tres puntos a partir de la expiración del antedicho plazo y hasta el pago⁸⁹.

En definitiva, concluye el TEDH que las autoridades italianas no habían logrado un equilibrio justo entre los intereses del estado y los intereses de los demandantes, incurriendo el estado italiano en una violación del art. 8 CEDH.

Pese a la existencia de esta violación, el TEDH declara que esta no se ha de entender como la obligación del Estado Italiano a devolver el menor a los solicitantes, pues sin duda, éste ya ha desarrollado vínculos afectivos con la familia de acogida, con la que el menor convive desde el 2013.

En Sentencia de 27 de enero de 2015 la Sección 2ª del TEDH condenó a Italia por considerar que las actuaciones descritas atentaban contra el art. 8 CEDH. Sin embargo, a fecha del 24 de enero de 2017, se produce una resolución de la Gran sala del TEDH.

La cuestión primordial a dilucidar por la Gran Sala del TEDH, es dilucidar si la convivencia entre los demandantes y el menor fue suficiente para entender si hubo o no hubo una verdadera vida familiar de facto⁹⁰.

⁸⁸ BOE, núm. 243, 10 de octubre de 1979, (véase, art. 44.2).

⁸⁹ STEDH de 27 de enero de 2015, núm. recurso 25358/12, Caso Paradiso y Campanelli c. Italia, apartado 99, [JUR 2015/24183].

⁹⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “¿Ha variado el TEDH su doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten? A propósito de la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017”, *Diario La Ley*, núm. 8953, 2017, versión online.

Entiende la Gran Sala del TEDH⁹¹, que no existió una vulneración del derecho al respeto de la vida privada y familiar.

La Gran Sala, consideró que no existió una violación del derecho al respeto de la vida familiar, entendiendo que no existió una verdadera vida familiar entre los demandantes y el menor, así como la corta duración de las relaciones entre ellos: la convivencia con el hijo en Italia había sido de 6 meses, si bien la Sra. Campanelli había además convivido con el niño dos meses más en Rusia.

Por otro lado, tienen en cuenta la ausencia de vinculación biológica, al no haber aportado ninguno de los dos material genético para llevar a cabo la fecundación in vitro realizada en Rusia.

Otra de las consideraciones de La Gran Sala, son que si bien es cierto que las medidas denunciadas inciden sobre el derecho a la vida privada de los demandantes, esta incidencia en ese derecho no constituye una injerencia ilegítima del derecho, ya que obedece a una finalidad legítima llevada a cabo por las autoridades italianas de reafirmación de la exclusiva competencia del Estado para reconocer las relaciones de filiación llevadas a cabo en Italia, con el único objetivo de proteger el interés de los menores.

La Gran Sala del TEDH, ha determinado, por once votos a favor y seis en contra, que las autoridades de Italia pueden legítimamente quitar la custodia de un hijo obtenido de manera ilegal a través del pago de un vientre de alquiler.

⁹¹ STEDH de 24 de enero de 2017, núm. recurso 25358/12, Caso Paradiso y Campanelli v. Italia.

CAPÍTULO III. ASPECTOS GENERALES EN EL ÁMBITO INTERNO

I. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Para comenzar este epígrafe, es importante destacar que el fenómeno de la reproducción asistida se inicia en los años 70 con el nacimiento el 25 de julio de 1978 en Reino Unido de Louise Brown, conocido como el primer bebé probeta. Este nacimiento abre nuevas posibilidades para las parejas que desean ser padres y por medios naturales no pueden conseguirlo. Por lo que surge una imperiosa necesidad de regular las técnicas usadas para tratar la esterilidad.

1. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida

A raíz del nacimiento del primer bebé probeta, en España se desarrolla la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida⁹², que fue aprobada por el gobierno de D. Felipe González Márquez.

Esta ley fue pionera a nivel europeo, lo que permitió a España colocarse a la cabeza de la regulación de estas técnicas de reproducción asistida.

En la exposición de motivos de la ley⁹³, se hace un desarrollo de las diferentes técnicas que pueden ser empleadas para dar solución al problema de la esterilidad humana, estas técnicas son:

- Inseminación artificial.
- Fecundación in vitro con transferencia de embriones.
- La transferencia intratubárica de gametos.

En la Ley 35/1988, lo que se pretende es dar orientaciones generales de cómo interpretar legalmente estas nuevas técnicas, dejando la valoración de los problemas que

⁹² BOE, núm.282, 7 de noviembre de 1988, (véase, arts. 4 y 11).

⁹³ Exposición de motivos, Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Establece lo siguiente: “Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, y en especial en los campos de la Biomedicina y la Biotecnología, han, posibilitado, entre otros, el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción. Alternativas a la esterilidad de la pareja humana genéticamente conocidas como Técnicas de Reproducción Asistida o Artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco. De ellas, la Inseminación Artificial (IA) con semen del marido o del varón de la pareja (IAC) o con semen de donante (IAD), se viene realizando desde hace bastantes años; concretamente en España, el primer Banco de semen data de 1978 y han nacido ya unos 2.000 niños en nuestra nación y varios cientos de miles en el resto del mundo por este procedimiento. “La Fecundación In Vitro (AV) con Transferencia de Embriones (TE), de mayor complejidad técnica, se dio a conocer universalmente en 1978, con el nacimiento de Louise Brown, en el Reino Unido, mientras que en nuestra nación el primero de los hoy casi cincuenta nacimientos por esta técnica tuvo lugar en 1984. La Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG) comienza a realizarse también en España”.

surjan de la aplicación de dichos métodos a las reglamentaciones que los desarrollen o al arbitrio judicial.

De la lectura de la exposición de motivos se puede deducir que esta ley fue una ley muy progresista para finales de los años 80, que intento dar soluciones, por adelantado, de la demanda social existente con problemas de fertilidad.

Con el paso del tiempo, la ley quedo obsoleta, ya que los avances en el campo de la ciencia y de la medicina, supusieron la aparición de nuevos problemas éticos y sanitarios, así como situaciones de inseguridad jurídica para los usuarios de estas técnicas.

Uno de los problemas principales que se desarrollo fue el hecho de que la Ley 35/1988, no contemplaba que sucedería con los preembriones humanos sobrantes, es decir, con aquellos que no eran destinados para realizar fecundaciones.

En el art. 11 de la Ley 35/1988, se preveía la crioconservación en los bancos autorizados y otras técnicas de conservación, pero no se especificaba que sucedería con dichos preembriones una vez transcurrido el plazo máximo de cinco años.

Por lo que, para intentar dar solución a estos problemas, se aprueba la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre.

2. La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre

La Ley 45/2003, de 21 de noviembre⁹⁴, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, fue una ley aprobada por el gobierno de D. José María Aznar López.

Esta Ley 45/2003, de 21 de noviembre, tenía por objeto resolver los problemas graves y urgentes que se habían ocasionado de la acumulación de preembriones humanos sobrantes cuyo destino no estaba determinado.

Una de las principales modificaciones que se introdujeron con la Ley 45/2003, fueron en los arts. 4 y 11 de la Ley 35/1988. Se señala en la exposición de motivos⁹⁵ de esta Ley 45/2003, el compromiso y la responsabilidad por parte de los centros y de los

⁹⁴ BOE, núm. 280, 22 de noviembre de 2003.

⁹⁵ Exposición de motivos, Ley 45/2003, de 21 de noviembre.

usuarios, con la flexibilidad necesaria para asegurar la eficacia de las técnicas a las que acuden las mujeres.

Por otro lado, se considera necesario establecer un límite máximo de tres preembriones por ciclo al número de preembriones que podían ser transferidos a una mujer en cada ciclo, a fin de reducir los partos múltiples y garantizar la seguridad tanto de la madre como de los futuros hijos.

En la disposición final primera, se especificaron las grandes líneas de actuación en relación con los preembriones criopreservados. Se siguieron las recomendaciones de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida⁹⁶ y del Comité Asesor de Ética de Ciencia y Tecnología, se preveía la solicitud del consentimiento informado de las parejas progenitoras, o de la mujer en su caso, acerca de los preembriones criopreservados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley⁹⁷.

Pronto se apreció por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la necesidad de una reforma ya que urgía corregir deficiencias advertidas en la ley y era necesario acomodarla a la realidad social actual.

3. La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: especial referencia al art. 10

Con la pronta obsolescencia, de la Ley 45/2003, se promulga, por el gobierno de D. José Luis Rodríguez Zapatero, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁹⁸ (LTRHA), la cual tiene por objeto:

- Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.
- Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que

⁹⁶ La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida es el órgano colegiado del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan. La Comisión se creó mediante el Real Decreto 415/1997, de 21 de marzo, que fue modificado por el Real Decreto 42/2010, de 16 de enero, adaptándose así a las nuevas técnicas, y otras que en un futuro puedan surgir por los avances científicos, y que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida contempla en su articulado. Web de consulta: <http://www.cnrha.msssi.gob.es> (fecha de consulta 16 de febrero 2017).

⁹⁷ Ley 45/2003, de 21 de noviembre, (véase, disposición adicional primera).

⁹⁸ BOE, núm. 126, 27 de mayo de 2006, (véase, art. 1).

existan las garantías diagnósticas y terapéuticas y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en la LTRHA.

- La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos criopreservados.

La LTRHA introduce importantes novedades. Como primera novedad reseñable es el concepto de preembrión, entendiendo como el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

La LTRHA sigue un criterio más amplio y abierto a la hora de citar las técnicas de reproducción que pueden seguirse. Estas técnicas se enumeran en un anexo, siendo las siguientes:

- Inseminación artificial.
- Fecundación in vitro e inyección intracitoplasmática de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones.
- Transferencia intrabutarica de gametos.

Gracias a este anexo, se pueden añadir y actualizar las técnicas de reproducción a medida que se produzcan avances técnicos y científicos, mediante Real Decreto dictado por el Gobierno y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

Dentro del análisis de la ley, se debe hacer una especial consideración al art. 10 LTRHA.

En nuestro país, la gestación por sustitución está expresamente prohibida, a tenor de lo dispuesto en el art. 10 LTRHA, declarando la nulidad de pleno derecho de aquel 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.

De la ubicación de la regulación de la gestación por sustitución en el art. 10 LTRHA, se desprende para iniciar la gestación por sustitución, el empleo de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida que la LTRHA regula expresamente.

En una STS de 21 de septiembre de 1999⁹⁹ se declaraba la inconstitucionalidad sobrevenida de los arts. 47.1 LRC, 167 y 182 RRC, dado que suponían la vulneración

⁹⁹ STS 21 de septiembre de 1999, [RJ/1999/6944].

de los principios constitucionales de libre investigación de la paternidad y de la igualdad.

En esta sentencia se cita que: “nos encontramos, por ello, ante una regulación normativa registral anterior a la CE, que posibilita la ocultación de la identidad de la madre biológica, por su propia decisión, confirmada por los desarrollos reglamentarios posteriores a 1978, ya que la redacción del art. 10.1 prohíbe cualquier tipo de gestación por sustitución con independencia de quien aporte el material genético, quien contrate la gestación o de que medie o no contraprestación económica. En todo caso para que exista gestación por sustitución es preciso que la mujer gestante renuncie con posterioridad a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero”.

A tenor de esto, no bastara únicamente con la entrega del niño a una tercera persona, sino que el art. 10 fundamenta la nulidad del contrato en la renuncia que supone de la filiación materna¹⁰⁰.

Por lo que se entiende que, en el supuesto de que el contrato no incluya una cláusula de renuncia, se podrá igualmente declarar la nulidad si el art. 120 CC se configura en términos genéricos.

Con el art.10 se niega la renuncia a la filiación de la madre gestante pero se admite sin ningún tipo de complejo la renuncia a la filiación de la madre genética.

En el informe elaborado por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana (Comisión Palacios) de 1986¹⁰¹, cuyo objeto era prestar asesoramiento en torno a los problemas genéticos, biológicos y éticos que plantea la reproducción humana asistida, siendo sus recomendaciones la base principal en la regulación contenida en la Ley 35/1988, de 25 de noviembre. Se señala que “ha sido rechazada la gestación de sustitución por razones éticas (...) se considera que hay unidad de valor en la maternidad que en ella (la subrogada) no se respeta y crea una distorsión deshumanizadora”.

¹⁰⁰ GARCÍA PÉREZ, C. L.: “Gestación por sustitución”, COBACHO GÓMEZ, J. A. (Dir.) / INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 353-394.

¹⁰¹ SOUTO PAZ, J.A.: “El informe palacios y la ley de reproducción asistida”, DÍAZ MARTÍNEZ, A. (Coord.), *Régimen jurídico – privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 187-197.

La Comisión Palacios adoptó las siguientes recomendaciones en relación con la gestación por sustitución:

- Debería prohibirse la gestación por sustitución en cualquier circunstancia.
- Deberían ser objeto de sanción penal o del tipo que procediese las personas que participasen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no fuese escrito, así como las personas, agencias o instituciones que las propiciasen y los equipos médicos que las realizasen.
- Deberían ser objeto de sanción los centros sanitarios o servicios en los que se realizasen las técnicas para la gestación de sustitución.

Por otro lado, otra de las implicaciones que se desprenden de la nulidad de pleno derecho que se establece en el art. 10 LTRHA es que existe la presunción de derecho de que la madre es la que alumbró al hijo, es la que da a luz al hijo en el parto. Por lo que en nuestro ordenamiento jurídico, se entiende que la filiación se determina por el momento del parto.

Por lo que la gestación por sustitución, rompe con la máxima del derecho romano, “*mater semper certa est*”¹⁰², por lo que se entiende que la maternidad es un hecho biológico evidente con el embarazo, por lo que no se podrá impugnar.

Así la filiación materna quedará determinada por el parto, siendo la mujer gestante la madre del niño nacido y con independencia del material reproductor. Inscribiéndose esta filiación a nombre de la madre y ésta no podrá manifestar la identidad del padre a no ser que esté ya determinada¹⁰³.

Asimismo, las consecuencias¹⁰⁴ que se derivan de esta sanción de nulidad suponen que el comitente no podrá obligar a la mujer gestante a entregar al niño tras el momento del parto, ni tendrá derecho a solicitar una indemnización por daños si incumple el contrato de gestación por sustitución al ser entendido este contrato como ilícito por la causa y por el objeto¹⁰⁵.

¹⁰² PARRÓN CAMBERO, M.J.: “Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater Semper incertus est”, *Diario La Ley*, núm. 8269, 2014, versión online.

¹⁰³ *BOE*, núm. 206, 25 de julio de 1889, (véase, art. 122).

¹⁰⁴ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V.: “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario Facultad de Derecho*, 2012, pp. 365-369.

¹⁰⁵ DÍAZ ROMERO, M.R.: “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7527, 2010, versión online.

II. LA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO, DE REGISTRO CIVIL

La nueva Ley 20/2011, de 21 de julio de 2011, del Registro civil¹⁰⁶, establece unos objetivos primordiales, los cuales son¹⁰⁷:

- Acomodar el RC a la sociedad actual.
- Desjudicializar la función registral.
- Constituir un RC único y accesible a todos.

Dentro de esta nueva LRC, debemos señalar las novedades relativas a la materia del Derecho Internacional Privado¹⁰⁸. Estas se contienen en el Título X de la Ley¹⁰⁹, concretamente en la exposición de motivos ya se señala dicha regulación.

Pero nada se dice de la maternidad subrogada. Lo único relativo al asunto, que se aborda en la nueva ley, es lo referente a las novedades respecto a la inscripción de los documentos judiciales extranjeros.

Por lo tanto, se entiende que la DGRN de 5 de octubre de 2010, dejaría de ser de aplicación, ya que contradice lo establecido por una ley¹¹⁰, es decir, confirma y reemplaza a dicha instrucción en cuanto que regula la posibilidad de que las certificaciones que sean reflejo de una resolución judicial previa puedan constituir título válido para acceder al Registro, además por el mero hecho de que una norma de rango posterior es derogada por una norma de rango superior¹¹¹.

Las normas de Derecho Internacional Privado, se regulan en los arts. 94 a 100 de la ley. Debemos señalar lo dispuesto en dicho articulado:

¹⁰⁶ BOE, núm. 175, de 22 de julio de 2011.

¹⁰⁷ MARTÍN MORATO, M.: “El nuevo Registro Civil. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 30, 2013, p. 8.

¹⁰⁸ Exposición de motivos Ley 20/2011, de Registro Civil, “la normativa de Derecho Internacional Privado se contendrá en el Título X de la Ley con una actualización de las soluciones jurídicas influidas por el avance de la legislación europea y la creciente importancia del elemento extranjero con acceso al RC. La coherencia del modelo exige a este respecto mantener la unidad, dentro de las particularidades inherentes a cada sector”.

¹⁰⁹ BOE, núm. 175, 22 de julio de 2011, (véase, Título X).

¹¹⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7606, 2011, versión online.

¹¹¹ MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.: “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*, núm. 18, 2014, p. 321.

Respecto a la traducción y legalización de documentos: art. 95 LRC¹¹². Se permite que el encargado del registro prescinda de dichas acciones, cuando le conste la legalidad y autenticidad de los mismos¹¹³.

Respecto al acceso al RC¹¹⁴ y demás resoluciones extranjeras: art. 96 LRC. Se permite, además del correspondiente exequátur, el reconocimiento incidental de una resolución judicial extranjera a través del Encargado del Registro, es decir, a través de un órgano no jurisdiccional, cuando el reconocimiento del mandato de un poder judicial extranjero sólo puede ser asumido por el poder judicial español.

Respecto a los documentos extranjeros extrajudiciales: art. 97 LRC. Se establece que serán títulos para inscribir el hecho o el acto de que dan fe, siempre que se cumplan con los requisitos, como son la competencia de la autoridad emisora del documento, la equivalencia de las funciones realizadas por ésta con la de una autoridad española en dicha materia competente, que el hecho o acto sea contenido válidamente en un documento conforme a lo designado por las normas españolas de Derecho internacional privado y la excepción del orden público.

Respecto a la certificación de asientos extendidos en el RC extranjero: art. 98 LRC. Se trataría este requisito como un examen de carácter formal. Se exigiría que el RC extranjero debiera tener análogas garantías respecto del hecho de que da fe a las del RC español¹¹⁵.

Es necesario diferenciar dos vías que se ofrecen, gracias a la nueva LRC, para reconocer las certificaciones de asientos emitidos por los registros extranjeros, por lo que, dependiendo de si la certificación deriva de una resolución judicial previa, acudiremos a lo dispuesto en el art. 96 y 98.2 LRC, o si no deriva de una resolución judicial previa, acudiremos a lo dispuesto en el art. 98.1 LRC.

Este art. 98 expresa que las certificaciones que deriven de una resolución judicial extranjera previa serán título que tenga acceso al RC, debiendo seguir los procedimientos que se establecen en el art. 96 LRC.

¹¹² BOE, núm. 175, 22 de julio de 2011, (véase, art. 95).

¹¹³ ESPINAR VICENTE, J.M.: “Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm. 7771, 2012, versión online.

¹¹⁴ BOE, núm. 175, 22 de julio de 2011, (véase, art. 96, 97 y 98).

¹¹⁵ ALBERT MÁRQUEZ, M.: “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm. 7863, 2012, versión online.

La aplicación de un procedimiento u otro dependerá de si la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo al procedimiento español de jurisdicción contenciosa o a un procedimiento de jurisdicción voluntaria¹¹⁶.

Por lo tanto, la nueva regulación de la LRC tiene muchas posibilidades de significar de hecho la legalización en nuestro país de la gestación por sustitución, tal y como es llevada a cabo en aquellos países donde si está considerada legal.

III. LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La Ley de jurisdicción voluntaria, fue aprobada en 2015¹¹⁷. En el Título I de dicha ley se establece todo lo relativo a las normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria, concretamente en el capítulo I se establecen las normas de derecho internacional privado.

A los efectos relativos a la materia que nos ocupa, tenemos que tener presente el art. 12 LJV, ya que hace referencia a los efectos en España de los expedientes y actos de la jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras. Tal y como se expresa en el art. 12, los encargados de otorgar el reconocimiento en España de los actos de la jurisdicción voluntaria acordados en el extranjero competen a los jueces y tribunales españoles y a los encargados del registro público. Por lo que debido a la ilegalidad de dichos contratos de gestación por sustitución, los notarios españoles deberán negarse a autorizar la escritura del contrato de gestación por sustitución, por contravenir al orden publico interno¹¹⁸.

IV. PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA

Partiendo de la idea de que el modelo de familia ha variado mucho a lo largo de los años, y que las familias ya no se conciben únicamente como un modelo basado en el patriarcado y los métodos para formar una familia se han extendido a diversas opciones,

¹¹⁶ *BOE*, núm. 175, 22 de julio de 2011. “a. regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados, b. que el tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española, c. que las partes estén debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento, d. que la resolución no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español”.

¹¹⁷ *BOE*, núm. 158, 3 de julio de 2015, (véase, Título I, Capítulo I, en especial el art. 12).

¹¹⁸ MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.: “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*, núm. 18, 2014, p. 325.

surge la necesidad de regular en nuestro país, este tipo de gestación a la que cada vez acuden mas ciudadanos.

Los partidos políticos, han comenzado a interesarse pública y profundamente por la realidad social de esta técnica de reproducción que es la maternidad subrogada, y a la que muchos ciudadanos acuden para ser padres.

Uno de los primeros en abrir el debate fue Ciudadanos, ya que en su programa electoral llevaba la propuesta de regulación de la maternidad subrogada, iniciando así el debate a favor de esta práctica.

Seguido por el Partido Popular, el cual dentro de sus propias filas y militantes tiene opiniones muy enfrentadas.

Algunos lo contemplan como la mera comercialización y mercantilización de las mujeres y de los niños, otros, sin embargo, lo ven como un acto de bondad por parte de las mujeres que prestan sus vientres.

Desde el Partido Popular, en diciembre de 2016, se anuncio la necesidad de afrontar esta realidad social, por lo que a través de la regulación se pretende evitar la comercialización y el negocio que se genera en torno a la gestación por sustitución.

Una de las claves y de los puntos que más preocupan, ya no solo a los parlamentarios, sino a toda la sociedad en general, es el tema económico. Por lo que se aboga por una maternidad subrogada gratuita, ya que contemplada como una donación, esta no puede tener ánimo de lucro.

La gratuidad de la maternidad subrogada, no significa que no pueda o deba existir algún tipo de compensación para la mujer gestante, derivadas por ejemplo, en los gastos médicos. Aunque dichas compensaciones deben limitarse por parte de la administración estableciendo la cuantía de la compensación de una forma clara y transparente.

Así, se han propuesto iniciativas para abrir el debate parlamentario y poder llegar a un acuerdo sobre la gestación subrogada y poder regularla en nuestro ordenamiento.

Ante dicha necesidad se han creado diversas propuestas legislativas.

Una de ellas es la recogida en la iniciativa popular, llevada a cabo por la asociación de gestación subrogada en España, en la que se recoge una proposición de

Ley de Gestación Subrogada¹¹⁹. Que tiene como objeto regular la gestación por sustitución y para ello establece un texto articulado en 11 puntos, con una disposición derogatoria y tres disposiciones finales que contemplan aspectos como las condiciones para la aplicación de la técnica, los requisitos que deben cumplir tanto la madre gestante como los comitentes, la filiación de los hijos y su determinación, las diversas situaciones que pueden surgir en caso de premoriencia de alguna de las partes y la creación de un registro nacional de gestación por sustitución.

Uno de los puntos claves de la propuesta es la limitación de dicha técnica para los progenitores subrogantes, ya que para acudir a dicho contrato deben de haber agotado o ser incompatibles con otras técnicas de reproducción asistida.

Otra de estas iniciativas de legislación es la llevada a cabo por el Grupo de Ética y Nueva Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad¹²⁰, que han elaborado un documento en el que señalan los diversos aspectos que se deberían regular de la maternidad subrogada. Se señala que esta gestación por sustitución debería ser considerada como un recurso excepcional y recurrir a esta técnica de manera justificada.

Se señala que las gestantes deberán reunir una serie de requisitos, tales como, la edad, la plena capacidad de obrar y una buena salud física y psicológica. Además deben de acreditar sus recursos económicos, de manera que se pueda justificar que no realizan la gestación como un negocio para ganar dinero.

Se considera que deberá realizar la selección de la gestante a través de los criterios médicos, y esta no podrá tener ninguna relación afectiva, de amistad o familiar con los comitentes.

Se exige que el proceso se inicie por la aprobación judicial previa, para dejar constancia de que existe una voluntad en el consentimiento informado y previo de la gestante. Todo el proceso debe ser evaluado por un comité ético-jurídico.

¹¹⁹ Texto publicado en la web de la asociación por la gestación subrogada en España. Desarrollado por Joan Cerdà Subirachs. <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/texto-ilp> fecha consulta: 14 de abril de 2017.

¹²⁰ GRUPO DE ÉTICA Y BUENA PRÁCTICA CLÍNICA DE LA SEF: “Propuesta de Bases Generales para la regulación en España de la gestación por sustitución”, *Documento Gestación por Sustitución*, NÚÑEZ, R., FEITO, L. Y ABELLÁN, F. (coords.), versión online.

Por lo que, a consecuencia de todo esto, en el próximo congreso del Partido Popular se debatirá sobre la maternidad subrogada y se intentara adoptar una posición global y común, que deberá ser solucionada y aunada por el Congreso.

CAPÍTULO IV. LA INSCRIPCIÓN EN EL
REGISTRO CIVIL ESPAÑOL DE LOS HIJOS
NACIDOS EN EL EXTRANJERO MEDIANTE
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. ANÁLISIS
DEL CASO CALIFORNIA

I. ASPECTOS DE HECHO

Tras varios intentos fallidos de adopción internacional y bajo la creencia de que por la condición de homosexuales de los comitentes, no se les otorgaría la idoneidad para adoptar en España, dos hombres españoles, matrimonio y residentes en Valencia, decidieron trasladarse a California para buscar una madre que actuara como madre gestante. La contrataron, según la legislación californiana y gestó a dos niños a partir del material genético masculino de uno de los comitentes¹²¹.

El 24 de octubre de 2008, nacen en San Diego dos niños. Las autoridades judiciales californianas habían declarado que los niños debían ser considerados como hijos naturales de los españoles y así se inscribió en el Registro Civil californiano.

Cuando los comitentes españoles acuden al Registro Civil Consular español en Los Ángeles, se les deniega la inscripción mediante el Auto de 10 de noviembre de 2008, alegando que en el derecho español la gestación por sustitución es nula, según se estipula en el art. 10 LTRHA¹²².

Según se disponía en el consulado de Los Ángeles, únicamente se procedía a la inscripción a favor de uno de los hombres, el que había aportado el material genético, y el otro cónyuge podría tramitar la adopción, algo a lo que el matrimonio se negaba. Por lo que los interesados recurrieron la inscripción ante la DGRN mientras permanecían en EEUU con los niños y a la espera de la DGRN.

Una vez la DGRN se pronunció estimo el recurso de la pareja y acordó la inscripción del nacimiento y la doble filiación paterna de los menores. Este pronunciamiento se produjo el 18 de febrero de 2009, iniciando así un largo camino procedimental.

II. ITER JURISPRUDENCIAL

1. La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009

Esta instrucción surge de la DGRN como una estimación a un recurso interpuesto por un matrimonio homosexual compuesto por hombres, que habían acudido

¹²¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Hijos made in California”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2009, p. 11.

¹²² CAMARERO GONZÁLEZ, G.: “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7910, 2012, versión online.

a un “vientre de alquiler” para ser padres en California y a través, de esta instrucción se les permitía la inscripción en el Registro civil español ya que existía una certificación registral extranjera en la que se determinaba la filiación de ambos padres. Esta resolución fue pionera en nuestro ordenamiento.

A través de la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN se aborda el acceso al Registro Civil Español a través de una certificación registral realizada en California, por la que se hacía constar la filiación de dos menores nacidos en California a través de la Gestación por sustitución.

El encargado del Registro Civil Consular de Los Ángeles denegó la solicitud en aplicación del art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo. Interpuesto recurso por los interesados ante la DGRN, el mismo fue estimado a través de Resolución de 18 de febrero de 2009, ordenándose la inscripción en el Registro Civil Consular del nacimiento de los menores.

La DGRN fundamentan su posición en la aplicación del artículo 81 del RRC, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, en cuya virtud el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativa 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 internacionales¹²³.

La DGRN defiende el ajuste del orden público internacional de la certificación registral obtenida en California, y basa su decisión en los siguientes argumentos:

- la inscripción en el RC español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California a favor de los comitentes no vulnera el orden público internacional español, ya que el Derecho Español admite la filiación a favor de dos varones, como en los casos de adopción, por lo que no se puede distinguir entre hijos naturales e hijos adoptados, a tenor del art. 14 CE, ya que ambos son iguales ante la ley.

¹²³ Señala la DGRN en la Instrucción de 18 de febrero de 2009 que “con arreglo al art. 81 del RRC, el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. (...). Es indudable también que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (art.10.2 LTRHA). Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el «Derecho aplicable» a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al RC español (...).

- en el art. 7 LTRHA, se permite que la filiación de un hijo conste en el RC a favor de dos mujeres, de modo que no permitir la filiación de los nacidos a favor de dos hombres resultaría discriminatorio por razón de sexo y vulneraría el art. 14 CE.
- El interés superior del menor debe protegerse, por lo que se aconseja la inscripción en el RC español, pues de lo contrario los hijos quedarían privados de una filiación inscrita en el RC.
- El interés superior del menor se traduce en el derecho de los menores a una “identidad única”¹²⁴, se traduce que deben los menores disponer de una filiación única y válida para todos los países y no deben tener una filiación en cada país, porque si no se les debería otorgar una filiación cada vez que crucen una frontera, causando este hecho una gran inseguridad jurídica.
- Se establece que no se determina únicamente en el derecho español la filiación natural por el hecho de la vinculación genética, como se deduce del art. 7.3 LTRHA, a través del cual se permite que la filiación natural de un hijo se inscriba en el RC a favor de dos mujeres.
- Se alude también a la cuestión del fraude de ley, se establece por la DGRN que los comitentes no han utilizado una “norma de conflicto” ni cualquier otra norma con el fin de eludir las leyes españolas. Los comitentes crean una “vinculación aparente” para eludir la norma, pero no viajan a otro país para litigar allí y obtener una resolución extranjera que luego intentan “introducir en España”¹²⁵.

¹²⁴ Se incorpora por la DGRN la doctrina del TJCE en el que se establece la identidad única: el derecho de los menores a una identidad única no depende de su condición de ciudadano comunitario, sino que tal derecho pertenece a todos los menores en tanto que se deriva del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre 1989 sobre los derechos del niño conforme al cual: “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”.

¹²⁵ CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros

- Pese a que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las leyes españolas y la filiación de los hijos nacidos por estas técnicas serán determinadas por el parto, no se puede aplicar esta premisa al caso, porque no se trata de determinar la filiación de los niños nacidos en california, sino que se trata de precisar una filiación que ya está reconocida en virtud de una certificación registral extranjera para que pueda acceder al RC español.

La DGRN ordena la transcripción de la certificación otorgada en el RC californiano, pero deja claro que su decisión no prejuzga las cuestiones de fondo, ni las relativas a la filiación, ni a la validez del contrato, ni al eventual exequátur o al efecto de cosa juzgada de la decisión extranjera.

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.

Esta instrucción de la DGRN quería dar una solución legal a aquellas parejas de homosexuales que querían inscribir en el RC español a sus hijos nacidos de acuerdos de maternidad subrogada en el extranjero y que no se determinara la filiación por el parto, como se establece en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta resolución fue impugnada y el Juzgado de Primera Instancia de Valencia en una sentencia de 15 de septiembre de 2010 entendió que: “La LRC en su art. 23 exige que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española. Por lo que se entiende que la filiación del nacido por maternidad subrogada se determina por el parto”.

Esta resolución fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Valencia en una sentencia de 23 de noviembre de 2011, se seguía manteniendo “la necesidad de adecuación al sistema legislativo español para proceder a la inscripción, determinando que existen importante obstáculos a la inscripción en el Registro Civil español de la filiación pretendida” y con esta sentencia de la Audiencia Provincial se puede manifestar que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombre, o lo

y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 2, 2009, p. 316.

que es lo mismo, que los niños no pueden ser objeto de transacción, así como la propia dignidad de la persona¹²⁶.

Podemos deducir que, los niños y/o la capacidad de gestar es una causa de ilicitud de los contratos ya que el objeto del mismo es nulo, a tenor de lo que dispone el art. 1271 CC, el objeto esta fuera del comercio de los hombres¹²⁷.

2. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010

La Resolución de DGRN fue impugnada por el Ministerio Fiscal, a través de esa impugnación se estima la demanda por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010¹²⁸, dejándose sin efecto la inscripción de nacimiento realizada.

Esta sentencia señala el planteamiento de la DGRN, fundamentándose en el art. 23 LRC a través del que se prevé la posibilidad de prácticas inscripciones por certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española¹²⁹.

A través de esta sentencia, se cuestionan los argumentos que emite la DGRN en la resolución del 18 de febrero de 2009, a través de los siguientes argumentos:

- Que no se produce una vulneración del orden público internacional español cuando se produce la inscripción de la filiación de los nacidos en California a favor de dos sujetos varones.
- Que se produce una discriminación por razón de sexo, al no permitir la filiación de los nacidos conste a favor de dos varones, cuando a través del art. 7.3 LTHRA, si se permite la filiación de un hijo en el Registro Civil a favor de dos mujeres¹³⁰. Pero matiza el Juzgado que la no procedencia de la

¹²⁶ SALAS CARCELLER, A.: “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2011, p. 11.

¹²⁷ GUZMÁN ZAPATER, M.: “Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, *El notario del siglo XXI*, núm. 34, 2010, versión online.

¹²⁸ Sentencia Juzgado de Primera Instancia de Valencia núm. 193/2010, de 15 de septiembre de 2010, [AC/2010/1707].

¹²⁹ CHELIZ, C.: “La gestación por sustituciones en el ordenamiento jurídico español: situación de la mujer gestante, problemática y efectos”, *Aequalitas*, núm. 32, 2013 p. 33.

¹³⁰ Art. 7.3 LTRHA, Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá

inscripción radica en que los niños nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución no por el sexo de los solicitantes.

- En relación con el interés superior del menor y su derecho a una “identidad única”, señala el Juzgado que si bien es cierto, el fin no justifica los medios, debiendo buscarse el mismo resultado a través de vías amparadas por el Derecho español.
- Por último, el juzgado no valora nada sobre el carácter fraudulento de los interesados, pero si afirma su conocimiento de la prohibición de llevar a cabo en España un contrato de gestación por sustitución.

En esta sentencia se refleja la prevalencia de la prohibición de la maternidad subrogada y se establece que el encargado del RC español debe actuar conforme a las reglas establecidas en el art. 23 LRC.

Se introduce la posibilidad del fórum shopping¹³¹ fraudulento, cuyos riesgos son asumidos por las personas que buscan y acuden a estas técnicas de reproducción asistida buscando ser padres.

Esta sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, que confirma la sentencia emitida por el Juzgado de Primera Instancia.

3. La Instrucción de la DGRN 5 de octubre de 2010

La DGRN ha intentado dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, a través de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, se permite la inscripción en el RC español del nacimiento de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de la gestación por sustitución, siempre que junto a esta solicitud se presente una resolución dictada por el Tribunal competente del país extranjero en el que se determine la filiación del menor.

Lo que se permite con esta instrucción no es determinar la filiación de los menores, lo que se pretende es inscribir una filiación que ya está determinada en virtud de una certificación registral extranjera, la cual ofrece todas las garantías¹³².

manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

¹³¹ Entendemos por fórum shopping o foro de conveniencia, la posibilidad que ofrece a un demandante la diversidad de las reglas y de las competencias internacionales a las que acogerse, para que los tribunales de países puedan emitir una sentencia más favorable para sus intereses.

Establece la Instrucción de la DGRN una serie de puntos clave, para poder proceder a la inscripción en el Registro, estos son¹³³:

- Exigencia de resolución judicial extranjera sobre la filiación: se exige que haya recaído una resolución judicial en el extranjero donde se haya acreditado la filiación de un menor nacido tras un acuerdo de gestación por sustitución. También se exige que los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al RC español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad español, como vía de reconocimiento a efectos registrales¹³⁴.

La inscripción registral no puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad en los supuestos de tráfico internacional de menores.

Exigencia de que no se vulnere el derecho del menor a conocer su origen biológico.

- Exigencia de exequátur en España de la resolución judicial extranjera: Las resoluciones extranjeras establece también la Instrucción que deben ser reconocidas en España en aplicación a los arts. 44 y ss. de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil¹³⁵. Siendo necesario instar el exequátur de las decisiones antes los juzgados de primera instancia y en aquellos casos en los que las resoluciones judiciales deriven en procedimientos de jurisdicción voluntaria, el TS ha establecido que su inscripción no quedara sometida al requisito del exequátur¹³⁶.
- Exigencia de reconocimiento incidental: cuando la resolución judicial extranjera hubiera sido dictada como consecuencia de un “procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria”, por lo que en este caso no sería preciso

¹³² CERDÁ SUBIRACHS, J.: “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, *Diario La Ley*, núm. 60, 2011, versión online.

¹³³ CALVO CARAVACA, A. L / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre Régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, p. 249.

¹³⁴ AZCÁRRAGA MONZONIS, C.: “Relaciones familiares internacionales. Nuevos retos en el mundo globalizado”, *El Foro*, núm.15, 2014, p. 112.

¹³⁵ BOE, núm. 182, 31 de julio de 2015. Anteriormente a la entrada en vigor de esta ley, eran de aplicación los arts. 954 y ss. LEC.

¹³⁶ AZCÁRRAGA MONZONIS, C.: “Relaciones familiares internacionales. Nuevos retos en el mundo globalizado”, *El Foro*, núm.15, 2014, p. 113.

acudir a un reconocimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral.

- Extremos a controlar en el reconocimiento incidental: Pero para poder llevar a cabo esa inscripción de la resolución judicial extranjera, el encargado del Registro Civil, deberá llevar a cabo un control incidental previo¹³⁷, a través de un procedimiento:

Regularidad y autenticidad formal de la resolución y de los documentos que se presente.

Que los tribunales de origen basen su competencia judicial internacional en los criterios equivalentes a los que se contempla en la legislación española¹³⁸.

Garantía de los derechos procesales de las partes.

Que no se vulnere el interés superior del menor y de la madre gestante.

Que la resolución judicial sea firme y que los consentimientos prestados sean irrevocables.

- Decisión del encargado en torno a la necesidad de exequátur por homologación judicial previa o de reconocimiento incidental registral: ya que si el encargado del RC español considera que dicha resolución extranjera se dictó en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, procederá a la denegación de la inscripción, ya que requerirá de un previo exequátur conforme a lo establecido en la LEC. Por otro lado, si considera el encargado del RC español que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a un procedimiento español conforme a la jurisdicción voluntaria, se controlará si la resolución puede ser reconocida en nuestro ordenamiento.

¹³⁷ GUZMÁN ZAPATER, M.: “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: Hacia un modelo de regulación (Sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2010, p. 738.

¹³⁸ Esta exigencia concreta ha sido criticada por Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, los cuales señalan que “cuando el litigio se suscita ante tribunales extranjeros, éstos aplicarán «sus» normas de competencia judicial internacional para decidir sobre la cuestión y nunca las normas españolas. CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre Régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, p. 255.

Esta exigencia de “resolución judicial” derivada del art. 10 de la LTRHA, es contraria a la ley por diversos motivos, los cuales son:

En primer lugar, porque el art. 10 LTRHA no resulta de aplicación. En este sentido señalan que “sólo debe aplicarse si se trata de fijar por vez primera en España la filiación de estos nacidos”. Por lo que no es aplicable si de lo que se trata es de determinar si una filiación, que ya está determinada, tendrá efectos jurídicos en España.

En segundo lugar, la instrucción vulnera los arts. 81 y 85 del RRC que permiten la inscripción de un nacido en el extranjero mediante la presentación del acta registral extranjera.

Por lo que la exigencia de la resolución judicial extranjera podrá resultar discriminatoria por razón de filiación. Ya que, pueden ser inscritas directamente las actas registrales extranjeras de nacimiento si se refiere a sujetos nacidos en el extranjero pero que no sean fruto de la gestación por sustitución, por lo que se produce una indefensión y un perjuicio para el interés del menor.

A renglón seguido, “esta exigencia resulta de imposible aplicación cuando en el Estado extranjero en cuestión no existen procedimientos judiciales para acreditar la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”¹³⁹.

La Instrucción establece, por otro lado, que no será inscribible en el registro a un menor nacido de un acuerdo de gestación por sustitución cuando no exista una resolución judicial dictada por el órgano competente en la que se determine la filiación y en la que se haga constar que no se vulnera el interés superior del menor, así como la renuncia expresa de la madre gestante a la maternidad¹⁴⁰.

Por lo tanto, si atendemos a la finalidad de la plena protección jurídica del interés superior del menor, el objeto esencial de la Instrucción de la DGRN, aborda tres aspectos importantes:

¹³⁹ CALVO CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre Régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, p. 251.

¹⁴⁰ RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 6, 2014 p. 41.

En primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sean de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento;

En segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores.

En tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el art. 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989¹⁴¹, art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional¹⁴², así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999¹⁴³.

A través de esta exigencia se pretende proteger el interés del menor¹⁴⁴ y el de la madre gestante. Por lo que tiene que constar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer, así como la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del contrato, ni haber sido sometida a vicios o dolo en el consentimiento.

Por lo tanto, los efectos de la instrucción son favorecer el interés superior del menor, permitiendo la inscripción de la filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución, siempre que dicha filiación está determinada a favor de un progenitor español¹⁴⁵.

Finalmente, tenemos que plantearnos hasta que punto, esta instrucción deja inefectiva la prohibición del art. 10 LTRHA, respecto a las personas que se hacen cargo

¹⁴¹ *BOE*, núm. 313, 3 de diciembre de 1990.

¹⁴² Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, *BOE*, núm. 312, 29 de diciembre de 2007.

¹⁴³ STS 21 septiembre de 1999, [RJ/1999/6944].

¹⁴⁴ “Se pretende proteger el interés superior del menor facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por el Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.”

¹⁴⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7608, 2011, versión online.

de los gastos¹⁴⁶, es destacable como desde la propia Instrucción de la DGRN se deja sin efecto la prohibición de la maternidad subrogada para todas aquellas personas que puedan permitirse costearse acudir a este tipo de acuerdos¹⁴⁷.

Se parte de estas premisas fijadas por la Instrucción para que los encargados del RC español, las tengan en cuenta a la hora de valorar la inscripción. Ya que la coherencia interna de un ordenamiento no es lo mismo en sede de “constitución” que en sede de “reconocimiento”¹⁴⁸.

4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011

Tras el fallo de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, los interesados interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia que, con fecha de 23 de noviembre de 2011, ratificó la decisión acordada por el Juzgado de Primera Instancia, de dejar sin efecto la inscripción realizada en el Registro Civil consular de Los Ángeles de la filiación surgida en EE.UU mediante maternidad subrogada.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia se basa en consecuencia de tratar de decidir si una certificación registral extranjera que documenta la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución, puede acceder al Registro Civil español, pese a la prohibición expresa de la ley española¹⁴⁹.

Es sabido que la gestación por sustitución está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, a tenor del art. 10.1 LTRHA, que declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución, así como los arts.81 y 85 RRC, estos no pueden ser invocados en virtud del principio de jerarquía normativa que se reconoce en el art. 9.3 CE.

¹⁴⁶ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1): a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, *Diario La Ley*, núm. 7621, 2011, versión online.

¹⁴⁷ CERDÁ SUBIRACHS, J.: “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, *Diario La Ley*, núm. 60, 2011, versión online.

¹⁴⁸ GUZMÁN ZAPATER, M.: “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: Hacia un modelo de regulación (Sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2010, p. 735.

¹⁴⁹ Art. 23 LRC establece: “las inscripciones se practican en virtud de documento autentico, o, en los casos señalados en la Ley por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos expedidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española”.

Los fundamentos jurídicos en los que se basa la Audiencia Provincial del Valencia para ratificar la decisión que ya había tomado el juzgado de primera instancia de Valencia son los siguientes¹⁵⁰:

- Parte de la consideración que la maternidad subrogada es una práctica médico-legal que desde el primer momento de su regulación el legislador la rechazo. Este rechazo probablemente esté basado en el respeto a los principios de dignidad de la persona humana, la no comercialización de los hombres¹⁵¹, el respeto a la integridad moral¹⁵² y el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos y de las madres cualesquiera sea su estado civil¹⁵³.
- Por otro lado, puede considerarse que el art. 10 LTRHA, se considera como una norma de policía¹⁵⁴, en virtud del art. 9.1 del Reglamento 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)¹⁵⁵.
- Cualquier contrato de maternidad subrogada es nulo de pleno derecho, sin poder ampararse en normas de derecho extranjero para convalidar su eficacia. Por lo tanto, no podrán ser de aplicación en España aquellas leyes, resoluciones o decisiones extranjeras que no sean lícitas en nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁵⁰ VELARDE D'AMIL, Y.: "Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11/2011. No inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 3, 2012, pp. 63-65.

¹⁵¹ Art. 10.1 CE que establece: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

¹⁵² Art. 15 CE que establece: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

¹⁵³ Art. 39.2 CE que establece: "Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad".

¹⁵⁴ Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguarda de sus intereses públicos, tales como su organización social, política o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda la situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente reglamento.

¹⁵⁵ Reglamento núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE*, núm. 177, de 4 de julio de 2008.

- No se acepta tampoco la infracción del principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo, de acuerdo con el art. 14 CE, en cuanto que en el art. 7.3 LTRHA se permite la inscripción en el Registro de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres, mientras que no se permite la inscripción a favor de dos hombres. Establece la Audiencia Provincial que no puede considerarse discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual, ya que las mujeres no necesitan acudir a un vientre de alquiler para poder ser madres, mientras que dos hombres si necesitan de una mujer ajena para ser padres.

No implica una discriminación por razón de sexo, ya que si la pareja de mujeres acudiera a una mujer ajena para gestar también sería de aplicación esta prohibición.

Esta prohibición se fundamenta en la modalidad utilizada para la procreación de los menores, a tenor del art. 10 LTRHA.

- Todas las resoluciones que afecten a los menores deben tener presente el interés superior del menor, como principio que se consagra en las normas internacionales y nacionales. Por lo que la prohibición del contrato de gestación por sustitución persigue la defensa de los intereses de los menores, ya que pretende impedir que la vida humana sea objeto de comercio.

Por lo que a través de los argumentos esgrimidos, la Audiencia Provincial de Valencia resuelve desestimando el recurso de apelación y ratificando la sentencia emitida el 15 de septiembre de 2010, por el juzgado núm. 15 de Primera Instancia de Valencia.

Frente a esto se ha admitido un Recurso de casación, ante el Tribunal Supremo a 16 de mayo de 2012.

A tenor de todo este asunto, la DGRN el 5 de octubre de 2010, dicto una instrucción sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

5. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014

Una vez que se había admitido el recurso de casación ante el Tribunal Supremo en mayo de 2012 y se procede a la resolución del TS de 6 de febrero de 2014¹⁵⁶, a través

¹⁵⁶ STS 6 de febrero de 2014, núm.835/2013, [RJ/2014/833].

de la que se denegó la inscripción en el RC Español de los dos niños que habían nacido en California, mediante un contrato de gestación por sustitución y eran hijos de una pareja homosexual española.

El TS alegó que se vulnera el orden público internacional, considerando la nulidad de estos contratos de gestación por sustitución y establecía que la filiación se determina por el parto.

En la STS se analizan tres cuestiones claves:

Reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español: Para proceder al reconocimiento de dichas resoluciones, la Sala expone que debe realizarse un control de dicha certificación del Registro extranjero, por lo que debe proceder a aplicarse el art. 23 LRC¹⁵⁷.

La discriminación por razón de sexo u orientación sexual: se alega por parte del Tribunal, que la discriminación por razón de sexo u orientación sexual, debe ser rechazada, ya que no existe dicha discriminación como alegan los demandantes. Estos fundamentan la discriminación en el supuesto contemplado en el art. 7.3 LTRHA¹⁵⁸.

Pero el supuesto contemplado es totalmente diferente, ya que la denegación no se produce porque se trate de una pareja homosexual, sino que se procede a la denegación por la nulidad del contrato de gestación por sustitución.

El interés superior del menor: entiende en este tercer argumento el TS que no se vulnera la legalidad vigente con el fin de salvaguardar el interés superior del menor. De dicho interés concurren otros bienes jurídicos cuya protección es necesaria.

Entiende también el Tribunal que del no reconocimiento de la filiación podrá suponer un perjuicio para los menores y exige al MF que determine la filiación de la manera concreta y que debe garantizar su debida protección¹⁵⁹.

Por lo tanto, y a la vista de los argumentos dados por el TS se desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia dictada en la Audiencia Provincial de

¹⁵⁷ Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, *BOE*, núm. 151, 10 de junio de 1957, (véase, art. 23).

¹⁵⁸ Los demandantes alegan que resulta discriminatorio el hecho de que sea posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres en el caso de que una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción humana asistida y la otra mujer sea su cónyuge.

¹⁵⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8279, 2014, versión online.

Valencia, desestimatoria del recurso de apelación y confirmatoria de la sentencia del primera instancia del Juzgado núm. 15 de Valencia, dictada el 15 de septiembre de 2010 y a su vez era estimatoria de la demanda que había interpuesto el MF contra la Resolución de la DGRN de 18 de octubre de 2009. Por lo que se deja sin efecto la inscripción de los nacimientos producidos a través de la técnica de la maternidad subrogada¹⁶⁰.

La mayoría de la Sala del TS concluye que debe rechazarse la inscripción en el RC español de la certificación del nacimiento de los menores nacidos por un contrato de gestación por sustitución.

Cabe destacar que a esta sentencia se formula un voto particular de cuatro magistrados¹⁶¹ que discrepan sobre las tres cuestiones clave: 1. el acceso al Registro de la certificación expedida, 2. el orden público y 3. el interés superior del menor.

Al igual que argumenta la DGRN, el Magistrado sostiene que la cuestión que debe determinarse no es la legalidad de contrato sino “el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa”.

En este voto particular formulado contra la sentencia se argumenta que: supone una manifestación del derecho a procrear, en especial de aquellos que no pueden serlo. No puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante. El consentimiento de la madre gestante se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias¹⁶².

Como se trata de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra su libertad y autonomía y no debe afectar en ningún momento al interés del niño. Siendo el estado el que deba ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica al menor.

Entiende que el orden público como la necesidad de que la certificación en la que se determina el asiento proteja, ampare y tutele el interés del menor y no como la

¹⁶⁰ DE TORRES PEREA, J.M.: “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *Diario La Ley*, núm. 8281, 2014, versión online.

¹⁶¹ SEIJAS QUINTANA, J.A.: “Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de la filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler”, *Diario La Ley*, núm. 8363, 2014, versión online.

¹⁶² VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8309, 2014, versión online.

necesidad de que dicha decisión se adecúe a la normativa interna. Por ello, si no se reconoce la filiación mediante la inscripción sí se estaría contrariando el orden público internacional español¹⁶³. No hay orden publico si en el caso se contraria el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada¹⁶⁴.

En la resolución el TS avala la respuesta dada por ambos órganos judiciales (Primera Instancia y Audiencia Provincial de Valencia), para la decisión el TS se ha apoyado en el mantenimiento del orden público español y en el peligro de estas técnicas de reproducción asistida, ya que en muchos países se han detectado “granjas” de mujeres utilizadas para la gestación por sustitución y para crear un negocio con los niños.

6. Circular-Informe de la DGRN de 11 de julio de 2014

Una vez emitida la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, en la que se ratificaba la denegación de la inscripción de la filiación y de la resolución por parte del TEDH en las sentencias de 26 de junio de 2014.

La DGRN emitió una Circular-informe, donde disponía que la Instrucción de 5 de octubre de 2010, estaba legalmente vigente, por lo que debía seguir siendo de aplicación por parte de los RC españoles, a la hora de determinar la no inscripción del nacimiento y filiación de los hijos nacidos como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución.

En dicha Circular se establecía que “en los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por exequátur, el encargado del RC denegara la inscripción”¹⁶⁵.

Sin que la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 constituyera un obstáculo legal para dicha ininscribibilidad y con independencia de las modificaciones que se

¹⁶³ STS 6 de febrero de 2014, núm. 835/2013, [RJ/2014/833].

¹⁶⁴ STS 6 de febrero de 2014, núm.835/2013, voto particular, fundamento segundo, último párrafo, [RJ/2014/833].

¹⁶⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8279, 2014, versión online.

realicen en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, para que se pueda transmitir en esta materia mayor seguridad jurídica¹⁶⁶.

7. Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015

Posteriormente, en 2015, el TS, mediante un Auto¹⁶⁷, que inicia la nulidad de las actuaciones presentado contra la Sentencia de 6 de febrero de 2014, se pronunció y alegó que las medidas que se establecieron en 2014 eran acordes a la legislación española, a los tratados internacionales y a la jurisprudencia, y que en todo caso, salvaguarda el interés del menor permitiéndose la inscripción de la filiación paterna, del comitente que apporto material genético, en el RC español.

Para la mayoría de la Sala del TS los derechos de los menores están garantizados mediante la acción de paternidad que puede ejercitar el cónyuge que sea el padre biológico, mientras que el otro puede adoptar.

Por lo que mediante este acto, el menor queda así integrado en una unidad familiar y protegido jurídicamente por el ordenamiento español.

Los argumentos que se establecieron por el TS para la emisión de su fallo a favor del Ministerio Fiscal e instarlo a ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible a la correcta filiación de los menores y para su protección, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”, son los siguientes¹⁶⁸:

Primero: que no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva derivado del art. 24 CE. Se entiende que se valoro la legalidad conforme a lo establecido en el art. 23 LRC y con base en ello se procedió a analizar la conformidad de la decisión de la autoridad extranjera, cuyo reconocimiento en España se pretendía, con las normas constitutivas del orden publico internacional español en materia de filiación y de reproducción asistida. Por lo que debe entenderse nulo a tenor del art. 10 LTRHA.

¹⁶⁶ Instrucción 5 de octubre 2010, de la Dirección General de los Registros y Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *BOE*, núm. 243, 7 de octubre de 2010.

¹⁶⁷ ATS 2 de febrero de 2015, núm. 355/2015, [ATS 2015/335A].

¹⁶⁸ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio e gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *Diario La Ley*, núm. 8600, 2015, versión online.

Segundo: que no se discrimina por razón de igualdad. Los padres alegan que existe una vulneración del art. 14 CE, es decir, una vulneración del principio de igualdad en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior del menor consagrado la convención de Derechos del niño de 1989 de Nueva York.

En cuanto que en el art. 7.3 LTRHA si que permite la inscripción en el Registro de la filiación a favor de dos mujeres.

Pero se entiende por el Alto Tribunal, lo mismo que se entendía por la Audiencia Provincial y por el Tribunal Supremo en la sentencia del 6 de febrero de 2014, y es que no puede considerarse que se trate desigual lo que por su naturaleza ya es desigual.

No implica una discriminación por razón de sexo, ya que si la pareja de mujeres acudiera a una mujer ajena para gestar también sería de aplicación esta prohibición.

Tercero: que no se produce una vulneración del derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE. Se entiende que todos los derechos, el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico, que esta falta de reconocimiento no sea contraria a las exigencias constitucionales, ni al orden publico internacional español y debe respetar las exigencias del convenio europeo de protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales¹⁶⁹.

En 2014, el Tribunal de Estrasburgo, consideró que la primacía del interés superior del menor era mayor y condenó a Francia, en el caso Labassee y Mennesson, por no permitir que se inscribieran dos menores en el Registro Civil Francés, ya que consideraba que se había vulnerado el interés de los niños.

Se argumentaba esta decisión del Tribunal de Estrasburgo, con el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que “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”, por lo que al no permitir la inscripción de estos menores, los dejaba en una situación de incertidumbre legal y los perjudicaba para poder desarrollarse como personas plenas.

¹⁶⁹ ATS 2 de febrero de 2015, núm. 355/2015, [ATS 2015/335A].

A tenor de dicha resolución, el TS realiza un análisis relativo a la trascendencia que tiene para este caso las STEDH en el caso francés, Labassee y Mennesson, llevando a cabo una comparación de ambos casos:

En ambos se produce una denegación de la transcripción en el RC de las certificaciones extranjeras de los nacimientos en los que se establece la filiación de los niños con los comitentes. Pero expone el TS que existen importantes matices diferenciadores entre los casos, como por ejemplo el hecho de que en los casos franceses exista una imposibilidad absoluta de determinar o de reconocer legalmente en Francia cualquier tipo de filiación entre el niño y los comitentes.

Mientras que en el caso de España, si se permite la filiación paterna conforme al art. 10.3 LTRHA¹⁷⁰, pudiendo reclamarse la paternidad, por parte del comitente que aporta material genético, y admitiéndose la adopción, por parte del otro comitente. Pudiendo de esta manera formar un núcleo familiar “de facto”.

Otra de las notables diferencias que entiende el TS que existen entre los casos es lo relativo a los derechos sucesorios que ostentan los menores respecto a los comitentes.

En el caso de Francia no podrán heredar¹⁷¹. Pero en el caso de España, una vez que se determina la filiación de los menores, tendrán la nacionalidad española y por lo tanto, podrán heredar legítimamente como hijos de los comitentes.

Para finalizar con la comparativa, entre ambos casos, realizada por el Auto del TS, existen diferencias importantes en los derechos concurrentes y en el interés superior del menor.

¹⁷⁰ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. *BOE*, núm. 126, 27 de mayo de 2006, (véase, art. 10.3).

¹⁷¹ STEDH, de 26 de junio de 2014, núm. 65192/11, Caso Mennesson c. Francia, [JUR 2014/176908]: “Par ailleurs, le fait qu’en droit français, les deux enfants n’ont de lien de filiation ni avec le premier requérant ni avec la deuxième requérante, a pour conséquence, du moins à ce jour, qu’elles ne se sont pas vues reconnaître la nationalité” française” (apartado 89); “La Cour constate en outre que le fait pour les troisième et quatrième requérantes de ne pas être identifiées en droit français comme étant les enfants des premiers requérants a des conséquences sur leurs droits sur la succession de ceux-ci. Elle note que le Gouvernement nie qu’il en aille de la sorte. Elle relève toutefois que le Conseil d’État a souligné qu’en l’absence de reconnaissance en France de la filiation établie à l’étranger à l’égard de la mère d’intention, l’enfant né à l’étranger par gestation pour autrui ne peut hériter d’elle que si elle l’a institué légataire, les droits successoraux étant alors calculés comme s’il était un tiers (paragraphe 37 ci-dessus), c’est-à-dire moins favorablement. La même situation se présente dans le contexte de la succession du père d’intention, fût-il comme en l’espèce le père biologique. Il s’agit là aussi d’un élément lié à l’identité filiale dont les enfants nés d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger se trouvent privés”. (apartado 98).

Mientras que en Francia no puede invocarse este interés superior del menor debido al fraude que supone el contrato de gestación por sustitución. En España, como ya había señalado el TS en la sentencia del 6 de febrero del 2014, debe tenerse siempre presente este interés superior del menor para así evitar la desprotección de los niños. Por lo que en España, a pesar de la prohibición de los acuerdos de maternidad subrogada, y de la denegación de la filiación derivada de estos contratos, se permite la inscripción de la filiación por otras vías para que los menores no se vean afectados¹⁷².

Finalmente, el Tribunal expresa en su Auto, que a pesar de que los comitentes invocan el derecho a la vida privada de los menores, no se alegan en ningún momento los perjuicios concretos causados a la identidad de los mismos. Se reitera que los intereses de los menores se verán protegidos si los comitentes forman efectivamente un núcleo familiar “de facto”¹⁷³.

Se señala en el voto particular emitido por cuatro magistrados en el Auto del TS, que no debe hacerse distinción entre la defensa de los derechos o intereses de los menores y los derechos o intereses de los comitentes, ya que todos integran el mismo núcleo familiar y otorgan una especial relevancia a la incertidumbre jurídica que la denegación de la filiación genera en sí misma.

A la vista de esta situación, cabe afirmar que tras el Auto de 2015 la cuestión acerca de si deben o no aceptarse las inscripciones de nacimiento se mantiene controvertida.

¹⁷² STS 6 de febrero de 2014, núm.835/2013, [RJ/2014/833], (véase, Fundamento jurídico quinto).

¹⁷³ STS 6 de febrero de 2014, núm.835/2013, [RJ/2014/833], (véase, Fundamento jurídico sexto).

CAPÍTULO V. EL RECONOCIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

I. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL

Partimos de la idea de que desde la DGRN y de los Tribunales españoles, se considera que la maternidad subrogada vulnera el orden público internacional.

Entendemos por orden público internacional, todos aquellos principios que afectan a todos los campos de la convivencia social, de las relaciones familiares y de los vínculos laborales y comerciales. El fin primordial es la preservación de la armonía interna del ordenamiento jurídico.

El Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)¹⁷⁴, establece que solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden publico del foro.

De tal manera que este mecanismo de orden público puede utilizarse bajo el concepto de orden público internacional atenuado y orden publico internacional de proximidad¹⁷⁵.

Así el orden público internacional atenuado, se caracteriza por excluir la aplicación de la institución de derecho extranjero solo en su dimensión constitutiva, permitiendo preservar la seguridad jurídica internacional.

Mientras que el orden público internacional de proximidad, es el que solo excluye la aplicación del derecho extranjero cuando la situación privada internacional se mantiene próxima a la esfera del estado del foro que puede poner en peligro las bases del comportamiento y la normas de cohesión de la sociedad.

Así y con todo esto, el orden público internacional es el obstáculo más grande que se plantea a la hora de determinar la filiación que se deriva de un contrato de maternidad subrogada.

Esta vulneración del orden público se apoya en que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que los niños no pueden

¹⁷⁴ *DOUE*, núm. 177, 4 de julio de 2008, (véase, art. 21).

¹⁷⁵ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, p.19.

ser objeto de transacción, así como la dignidad de las personas¹⁷⁶. Regulados estos derechos de dignidad e igualdad en los arts. 10, 14 y 39 CE¹⁷⁷.

Un sector doctrinal considera que no podemos catalogar todos los casos de filiación derivada de la maternidad subrogada como contrarios al orden público por vulneración de la dignidad de la persona porque hacerlo de manera generalizada supondría, en cierta medida, generalizar también que podría existir una vulneración de la dignidad en las adopciones¹⁷⁸.

Respecto al art. 10 LTRHA, se impone la filiación en el momento del parto, pero debe entenderse que esa imposición únicamente debe ser válida en aquellos partos ocurridos en España, por lo que no podría afirmarse de manera categórica esta filiación a la mujer que da a luz en un parto ocurrido en un estado extranjero donde si se reconoce la gestación por sustitución.

La filiación en la maternidad subrogada exige de una decisión de una autoridad judicial pública, dictada conforme a una ley. Por lo tanto, y a tenor del art. 10 LTRHA, la nulidad del contrato de gestación por sustitución no conlleva necesariamente el rechazo de la filiación, siempre y cuando dicha filiación está determinada por una autoridad extranjera dictada en beneficio del menor y con audiencia de las partes¹⁷⁹.

Pero si no existe una decisión extranjera que reconozca dicha filiación, o existiendo no es reconocida la filiación por incumplimiento de las condiciones de reconocimiento, será necesario que las autoridades competentes del país de residencia del menor determinen la filiación conforme al derecho aplicable.

El principio de indisponibilidad de la filiación es un principio de orden público internacional español. Se considera que el art. 10 LTRHA, contiene una ley de policía

¹⁷⁶ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, FORNER I DELAYGUA, J.J. / GONZÁLEZ BEILFUSS. C. / VIÑAS FARRÉ, R. (coords.) “Entre Bruselas y La Haya, estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado”, *Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, 2013, p.83.

¹⁷⁷ BOE, núm. 311, 29 de diciembre de 1978, (véase, arts. 10, 14 y 39).

¹⁷⁸ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, FORNER I DELAYGUA, J.J. / GONZÁLEZ BEILFUSS. C. / VIÑAS FARRÉ, R. (coords.) “Entre Bruselas y La Haya, estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado”, *Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p.84.

¹⁷⁹ QUIÑONES ESCAMEZ, A.: “El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a la ley”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2017, pp. 207-209.

contractual y debe separarse la cuestión de la eficacia del contrato de la cuestión jurídica de la filiación del menor. Por lo tanto, la intervención de la autoridad pública extranjera determina la filiación del menor al presumirse la legalidad *iuris tantum* de la filiación.

La ley de policía del art. 10 LTRHA deviene ineficaz el contrato de maternidad subrogada. El principio de indisponibilidad de la filiación impedirá que se considere esta filiación mediante un acto jurídico privado. Pero esta ley de policía no impedirá que se pueda reconocer la filiación prevista una sentencia extranjera o que los tribunales españoles competentes determinen la filiación en los supuestos de gestación por sustitución, siempre que se cumplan los criterios establecidos por el derecho español¹⁸⁰.

A raíz de esta afirmación, los jueces y Tribunales españoles entienden, por lo tanto, que el reconocimiento reside en valorar las posibles contradicciones de esta técnica con los principios esenciales del orden jurídico español¹⁸¹. Matizando estos aspectos en la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 y en la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Se estima así que el reconocimiento de una filiación producida en el extranjero no afecta al orden publico como una clausula de excepción, sino que entran a valorarse los diferentes principios como la dignidad del art. 10 CE.

Es importante resaltar lo argumentado por la DGRN en la resolución de 18 de febrero de 2009, donde reconoce cuales son las normas específicas que acreditan la certificación de las sentencias registrales extranjeras en el RC español¹⁸².

Los diversos motivos que permiten a la DGRN sustentar en 2009, que el reconocimiento en España de una filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución no vulnera el orden público, son los siguientes:

- La inscripción en el RC español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en el extranjero en virtud de un contrato de maternidad subrogada no vulnera el orden publico internacional español, ni siquiera cuando se constituya a favor de dos personas del mismo sexo, o a favor de un único

¹⁸⁰ QUIÑONES ESCAMEZ, A.: “El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a la ley”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2017, p. 235.

¹⁸¹ SELMA PENALVA, A.: “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2013, versión online.

¹⁸² Estas normas están desarrolladas en el capítulo IV, del presente trabajo. Art. 81 RRC.

varón, ya que en el derecho español, se reconoce la filiación en estos casos cuando se trata de una adopción.

- Rechazar la inscripción de la filiación en el RC español acreditada por un documento público extranjero, podría derivar en la vulneración del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del niño, ya que supondría la privación de una filiación constatada de manera registral en España.
- Debe aludirse también a la primacía del interés superior del menor, que se traduce en que los menores deben disponer de una filiación idéntica y válida en todos los países, ya que si no supondría que los menores tienen una u otra filiación dependiendo del lugar en el que se encuentren¹⁸³.
- Los interesados no han llevado a cabo un fraude de ley, dado que no han utilizado una norma de conflicto, ni han incurrido en un “forum shopping fraudulento” al haber situado la determinación de la filiación en manos de una autoridad extranjera con el fin de eludir la ley imperativa española¹⁸⁴.

Vistos los argumentos esgrimidos en la resolución de la DGRN, se entiende superado el control de legalidad en el mismo país en el que se ha desarrollado la gestación por sustitución¹⁸⁵.

Se verifica a través de la sentencia de determinación de la filiación que no se ha producido un tráfico ilegal de menores y se establece la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, y la eficacia legal del consentimiento prestado, cumpliendo todos los requisitos de forma y procesales¹⁸⁶.

En la DGRN de 18 de febrero de 2009, se admitió la inscripción del nacimiento y la filiación¹⁸⁷. Pero a raíz de dicha resolución, se abrió el debate y fue el TS en la sentencia de 6 de febrero de 2014, quien confirmó que existía una contrariedad entre la inscripción, autorizada por la DGRN y el orden público español, aunque ni los

¹⁸³ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, núm. 8162, 2013, versión online.

¹⁸⁴ DÍAZ ROMERO, M^a R.: “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7527, 2010, versión online.

¹⁸⁵ BAUTISTA, J.: “Maternidad subrogada”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815, 2011, versión online.

¹⁸⁶ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S.: “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2011, versión online.

¹⁸⁷ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Gestación por sustitución y orden público”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2017, p.166.

magistrados consiguieron un acuerdo unánime sobre el asunto, emitiendo por cuatro votos a favor y uno en contra la denegación de la inscripción¹⁸⁸.

II. EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico la maternidad subrogada es nula a tenor del art. 10 LTRHA. Aunque existe esta prohibición ello no impide que los ciudadanos españoles acudan a otros ordenamientos jurídicos internacionales para poder ser padres¹⁸⁹.

Generando así el problema del reconocimiento de esos niños nacidos a tenor de estos acuerdos de gestación por sustitución creados en otros países.

Los jueces españoles comienzan a homologar las sentencias emitidas por los ordenamientos internacionales, con la finalidad de proteger el principio del interés superior del menor o *favor fili*¹⁹⁰.

Para poder llevar a cabo la inscripción en el RC español, y que los niños puedan ser por lo tanto debidamente reconocidos por la ley española, deben de aportarse dos tipos de documentos, dependiendo del país en el que se produzca el acuerdo de gestación por sustitución, estos pueden ser: el reconocimiento y el exequátur.

Previamente a que se produzca el reconocimiento y exequátur, será necesaria una resolución judicial previa de la filiación, es decir un título extranjero por el que se inscribe el asiento relativo al nacimiento en los supuestos de maternidad subrogada, es inseparable de la sentencia extranjera que establece la filiación y que ordena la expedición de la misma¹⁹¹.

El reconocimiento, es un mecanismo que dota a la decisión extranjera de los efectos procesales derivados de la misma, tiene efecto de cosa juzgada, efecto constitutivo y efecto registral.

¹⁸⁸ Opinión emitida en contra de la sentencia analizada en el Capítulo IV del presente trabajo.

¹⁸⁹ BONILLO GARRIDO, L.: “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 8070, 2013, versión online.

¹⁹⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, núm. 8162, 2013, versión online.

¹⁹¹ MORENO SANCHEZ-MORELADA, A.: “La determinación de la filiación mediante gestación por sustitución reconocida en el derecho internacional privado”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2014, versión online.

El exequátur, es un mecanismo que convierte la decisión extranjera en un título ejecutivo en el Estado requerido. Por lo que únicamente pueden optar al exequátur las decisiones extranjeras que contengan pronunciamientos de ejecución y que sean ejecutivas en el Estado de origen¹⁹².

Por el lado del reconocimiento, las personas que acudan a los acuerdos de maternidad subrogada no se dirigirán a las autoridades españolas para determinar la filiación. Por lo general, al menos uno de los comitentes tiene nacionalidad, lo que le permite acudir al encargado del RC que corresponda para solicitar que se inscriba el nacimiento¹⁹³.

El reconocimiento de la filiación se plantea en el ámbito registral, porque los comitentes necesitan obtener cierta documentación, cuya expedición depende de la inscripción en el RC. Para poder llevar a cabo esa inscripción en el RC deben cumplir con los siguientes requisitos: el documento extranjero ha de ser público, el documento debe haber sido intervenido por la autoridad pública extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las desarrolladas por la autoridad española competente en la materia, el documento público extranjero debe estar legalizado y el acto convenido en el documento debe ser válido¹⁹⁴.

Por un lado, tenemos que saber que una sentencia judicial que reconoce la filiación a favor de los comitentes, debe ser reconocida en España mediante el procedimiento del exequátur.

Por otro lado, el certificado de nacimiento debe ser reconocido en España a través de la apostilla¹⁹⁵. Aunque el certificado recoja el nombre de los comitentes, en nuestro ordenamiento jurídico solo se va a reconocer al padre biológico, por lo que la

¹⁹² MORENO SANCHEZ-MORELADA, A.: “La determinación de la filiación mediante gestación por sustitución reconocida en el derecho internacional privado”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2014, versión online.

¹⁹³ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, *Iguals y Diferentes ante el Derecho privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 474-475.

¹⁹⁴ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: “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*, vol. 6, núm. 2, 2014, p. 155.

¹⁹⁵ La apostilla es un método simplificado de legalización de documentos a efectos de verificar su autenticidad en el ámbito del Derecho internacional privado.

madre u otro varón miembro de la pareja, no será reconocido. Por lo que la filiación materna será a nombre de la madre gestante¹⁹⁶.

Será el otro miembro de la pareja comitente el que una vez inscrito y con el libro de familia, deberá iniciar los trámites de adopción urgente.

El reconocimiento y exequátur, persiguen la homologación de las sentencias o documentos emitidos en el extranjero como consecuencia de la creciente “demanda” por parte de los ciudadanos españoles de los acuerdos de gestación por sustitución.

III. LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN LOS SUPUESTOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Partimos de la idea de que en nuestro país no se reconoce como legítima la maternidad subrogada, por lo tanto tampoco cabría el reconocimiento a la madre o padre comitente del permiso de maternidad o paternidad, ni el derecho a la prestación correspondiente.

Por lo tanto, la maternidad subrogada no es uno de los supuestos que se reconocen como situación protegida en la prestación por maternidad regulada en el art. 177 TRLGSS¹⁹⁷, que establece únicamente como situaciones protegidas la maternidad, adopción, guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar.

La cuestión que se plantea es que si podemos entender que existe maternidad en el caso de que la mujer comitente (en el caso de una pareja heterosexual) o en el caso de los hombres (en parejas homosexuales o de varones solos), siendo muy difícil entender que la prestación por maternidad sea concedida a una madre que no ha sido madre por parto, ni que ha pasado por un embarazo y en el caso de los hombres, pues evidentemente no están en una situación de maternidad.

La maternidad subrogada no se encuentra planteada ningún supuestos que se contemplan en el art. 48.4 ET¹⁹⁸. Como situación protegida a efectos de la prestación por maternidad y cabe resaltar que la gestación por sustitución es nula de pleno derecho sienta la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución determinada por el parto.

¹⁹⁶ Esto es así por lo dispuesto en el art. 10 LTRHA, la filiación materna se determina por el parto

¹⁹⁷ BOE, núm. 261, 31 de octubre de 2015, (véase, art. 177).

¹⁹⁸ BOE, núm. 255, 24 de octubre de 2015, (véase, art. 48.4).

Una de las sentencias más significativas en el reconocimiento de tales derechos es la resolución del TSJ de Asturias, Sala de lo Social, sección 1ª, 2320/2012, de 20 de septiembre¹⁹⁹, en la que se produce un reconocimiento a una mujer del derecho al permiso de maternidad y a la prestación derivada de la maternidad tras el nacimiento de su hijo de un contrato de gestación por sustitución en EEUU²⁰⁰.

El reconocimiento se fundamenta en el art. 39 CE, afirmando que los poderes públicos aseguraran la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, independientemente de su filiación, basándose la propia sentencia en el art. 14 CE.

Pero no solo las mujeres pueden percibir la prestación por maternidad, ya que a través de las técnicas de gestación por sustitución, las parejas formadas por hombres, así como los hombres en solitario pueden acceder a tener un hijo a través de estas técnicas de reproducción. El problema surge cuando un hombre solicita este tipo de prestación de baja por maternidad, ya que los menores se encuentran únicamente bajo la tutela de un hombre, o dos²⁰¹.

Surge el problema cuando el menor queda únicamente bajo la tutela del progenitor varón, ya que este no tiene derecho al permiso de maternidad, pero si al de paternidad.

Planteándose el problema de la falta de identidad de la madre. Por lo que se genera una situación atípica. A raíz de esto son los jueces y tribunales los que consideran que en ocasiones la maternidad subrogada debe entenderse como una maternidad en sí misma, independientemente del género de la pareja comitente.

Por lo que se trata de dar protección de maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor, sea de la manera que sea e indistintamente de la filiación entre el menor y el que reclama la prestación de la Seguridad Social.

Nos encontramos ante dos situaciones encontradas dentro de la jurisprudencia española, una que desestima el derecho de los padres subrogantes y otra que estima este derecho de los padres subrogantes.

¹⁹⁹ Sentencia TSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012, núm. 2320/2012, [AS 3514/2012].

²⁰⁰ SANTIAGO HIDALGO, J.F.: “Derecho al permiso de maternidad por hijo nacido en gestación por sustitución en EEUU”, *documentación jurídica de Sepin*.

²⁰¹ SELMA PENALVA, A.: “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2013, versión online.

Dentro de los argumentos desestimatorios tenemos que hacer referencia a la sentencia del TJUE de 26 de septiembre de 2013²⁰². En estas sentencias se considera por parte del Tribunal que los Estados miembros no están obligados a otorgar un permiso de maternidad a una trabajadora ya que ha sido madre en virtud de una gestación por sustitución²⁰³.

Este planteamiento de no obligación para los Estados miembros, no obliga a través de la Directiva 92/85/CE a regular la prestación por maternidad en la maternidad subrogada, pero si permite a los ordenamientos mejorar en la medida de lo posible la regulación para la maternidad subrogada. Pero como nuestro ordenamiento jurídico español no contempla la regulación de la maternidad subrogada en este ámbito, debe entenderse desestimado el derecho a percibir una prestación por maternidad a raíz de una gestación por sustitución, por ser una situación no protegida en las prestaciones por maternidad²⁰⁴.

Todos estos argumentos que se otorgan en virtud de las sentencias del TJUE, únicamente nos acotan la desestimación en el caso de los permisos por maternidad derivada de la maternidad subrogada, nada se dice de la desestimación de la prestación por paternidad.

Ya que con la existencia de un hombre que aporte material genético y por lo tanto, se le reconozca como padre biológico del niño, estará en todo su derecho de solicitar la prestación por paternidad correspondiente.

En el lado opuesto a la desestimación del derecho de los padres subrogantes a solicitar la prestación por maternidad, nos encontramos con diversas resoluciones del TSJ, que entienden que si debe estimarse este derecho.

Se entiende estimado que los padres deben ser considerados como padres por una resolución o acta registral extranjera, gozando así del derecho a permiso de maternidad, en virtud del art. 133 TRLGSS²⁰⁵ y del art. 2.2 RD 295/2009, de 6 de

²⁰² STJUE de 26 de septiembre de 2013, [C: 2013:600].

²⁰³ El TJUE llega a esta conclusión en virtud de la Directiva 92/85/CE, de Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

²⁰⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2017, versión online.

²⁰⁵ BOE, núm., 261, 31 de octubre de 2015, (véase, art. 133).

marzo, pro el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgos durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

Por lo que el orden jurisdiccional social entiende estimada la filiación por naturaleza derivada de la maternidad subrogada y establecida esta filiación por una resolución judicial extranjera, sin necesidad de la aplicación de un exequátur de dicha resolución en nuestro país²⁰⁶.

En el año 2016, el TS, se ha pronunciado sobre la prestación de maternidad derivada de la gestación por sustitución, debemos hacer una mención a las sentencias de 25 de octubre y 16 de noviembre.

En la sentencia del TS de 25 de octubre de 2016²⁰⁷, se concede la prestación por maternidad por el nacimiento de dos niños nacidos en Nueva Delhi, como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución. El TSJ de Cataluña, estimó que deberían de concederse 18 semanas de prestación.

En la sentencia del TS de 16 de noviembre de 2016²⁰⁸, se concede la prestación por maternidad pro el nacimiento de un niño nacido en California, como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución. El TSJ de Madrid, estimo que debería de concederse dicha prestación.

Se consideró en ambos casos que la inscripción en el RC de la filiación puede ser similar al de la adopción o acogimiento. Se apela a la LTRHA para no denegar dicha prestación, entendiéndose la denegación como perjudicial para los menores. Serán de aplicación los principios de interés superior del menor y el principio de igualdad ante la ley²⁰⁹.

Por último, debe ser de aplicación el art. 2 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por

²⁰⁶ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: “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*, vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 164-165.

²⁰⁷ STS 25 de octubre de 2016, núm. resolución 881/2016, [STS 5375/2016].

²⁰⁸ STS 16 de noviembre de 2016, núm. resolución 953/2016, [STS 5283/2016].

²⁰⁹ PANIZO ROBLES, J.A.: “¿Se abre la brecha? El Tribunal Supremo reconoce el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad en los supuestos de maternidad “subrogada” (a propósito de las STSS, sala 4ª, de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016), *CEF Laboral Social*, 2016, versión online.

maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural²¹⁰, ya que la maternidad subrogada puede entenderse como una situación análoga a la adopción y acogimiento.

Por lo tanto, existiendo una verdadera integración de los menores en el núcleo familiar del progenitor o progenitores subrogados, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas²¹¹.

²¹⁰ *BOE*, núm. 69, 21 de marzo de 2009, (véase, art. 2).

²¹¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. / MARTIN BARROSO, M. R.: “El Tribunal Supremo ante la “gestación por sustitución”: el reconocimiento de prestaciones por maternidad derivadas de un negocio jurídico nulo y la necesaria tutela del interés del menor”, *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2017, p. 159.

CONCLUSIONES

I

La maternidad subrogada ha supuesto una “revolución” en las técnicas de reproducción asistida y en la manera de poder ser padres a los comitentes que deciden acudir a este método para tener hijos. Pero debemos mencionar que uno de los problemas que se derivan de esta técnica de reproducción asistida, es la preocupación de la sociedad internacional, ¿Existe un peligro de comercio de la vida humana?; parte del sector doctrinal, considera que en este tipo de contratos de gestación por sustitución, los menores son tratados como meros objetos de compraventa, mientras que existen ciertos autores que defienden la práctica de la maternidad subrogada, para que los colectivos que no tienen posibilidades de tener hijos de manera biológica o adoptiva, puedan cumplir el deseo de formar una familia. Todos estos problemas, plantean cuestiones sobre si los Estados deben o no deben permitir los acuerdos de maternidad subrogada, sobre si se debe o no se debe reconocer la filiación de los menores a favor de los comitentes.

La falta de regulación de la maternidad subrogada conlleva a que se produzca el denominado “turismo reproductivo”. Este turismo reproductivo, es otro de los problemas que se derivan de la gestación por sustitución, ya que muchos acuden fuera de sus países de origen, en los cuales esta técnica está prohibido, para realizar acuerdos de gestación por sustitución y ser padres, incentivando la huida de las normas de los países de origen produciéndose un “forum shopping” internacional.

II

Dentro del ámbito internacional, es relevante cómo los países miembros de la UE, concluyen y resuelven la problemática de la maternidad subrogada, de una manera similar, es decir, todos ellos alegan la vulneración del art. 8 CEDH. Por otro lado, fuera del ámbito comunitario, tenemos la India, que siendo uno de los países en los que se regula la maternidad subrogada y se permite dicha práctica. Es importante entender que la calidad de estos acuerdos y el trato a las mujeres dista mucho de lo que debería ser aceptado por la sociedad de un país, por lo que estas situaciones derivan en la preocupación de la comercialización y explotación de las mujeres.

Remitiéndonos nuevamente a la UE, a través del análisis de las sentencias emitidas en los casos *Menesson y Labasse* en Francia y *Paradiso y Campanelli* en

Italia, se establece por parte de los tribunales que se produce una vulneración del art. 8 CEDH. Es llamativo, como en el caso francés, se permite la filiación de los menores como hijos de los demandantes ya que nada les impidió formar una verdadera familia. Sin embargo, en el caso italiano, a pesar de reconocerse una vulneración de dicho art. 8 CEDH, no se entiende por los tribunales que deban entregarles a los demandantes a los menores ya que estos han formado una verdadera familia con sus padres de acogida y alejarlos de esta familia sería un perjuicio para el interés superior de los menores.

III

Con el paso de los años, en nuestro ordenamiento jurídico, se han regulado de diversas maneras y en diversas leyes las técnicas de reproducción asistida. Con los gobiernos que han estado en el poder a lo largo de la democracia se ha producido una evolución normativa que más o menos estaba ajustada a la realidad social del momento. Así las leyes pronto iban quedando obsoletas y se intentaba por todos los medios actualizarlas. Pero bien es sabido, que la sociedad evoluciona más que las leyes. Por lo que el actual gobierno se encuentra con una sociedad que acude a la maternidad subrogada y no encuentra en nuestro ordenamiento jurídico una regulación que aborde la gestación por sustitución.

Se ha intentado a través de diversas modificaciones de la normativa interna, dar cabida a la evolución de la maternidad, y sobre todo, proporcionar una medida legal y de protección, a los ciudadanos que acuden a esta técnica de reproducción asistida. A pesar de todos los esfuerzos, esto aun no es suficiente, por lo que actualmente tenemos pendiente una propuesta de ley para regular la maternidad subrogada.

IV

En el caso España, podemos decir que se ha formado un sistema complejo en torno a la maternidad subrogada, está prohibida según se regula en el art. 10 LTRHA, pero si se permite determinar la filiación de los menores que han nacido a través de estos acuerdos a favor de los padres comitentes, únicamente cuando existen algunos de los mecanismos que se prevén en la ley a tales efectos. A través del análisis del denominado “Caso California”, se observa como nuestros tribunales se posicionaban claramente en la prohibición de la inscripción de las certificaciones registrales extranjerías en el RC, estableciéndose dichas certificaciones como contrarias al orden público.

Este sistema es complejo, ya que la propia LTRHA en el art. 10.3 sí que permite la filiación de los menores a favor del padre biológico (comitente que aporte el material genético para llevar a cabo la gestación subrogada) y la adopción por parte del otro comitente. A pesar de esto, en nuestro ordenamiento, a día de hoy, se consideran los acuerdos de maternidad subrogada como ilegales y, por lo tanto, se declararan nulas las inscripciones registrales.

V

Es un problema que preocupa a la sociedad internacional, ya que todos los estados intentan mantener protegidos a los menores y a las mujeres que gestan, para que se salvaguarden sus derechos y su dignidad. Por lo tanto, toda la sociedad internacional que se ve implicada, debe trabajar para dar cabida a todos estos problemas y para conseguir crear una regulación que auné y dignifique la maternidad subrogada para que todos se vean protegidos y ninguno discriminado.

Manteniendo un poco al margen, el hecho de que los ordenamientos consideren la maternidad subrogada como legal o ilegal, los menores ya han nacido y tienen una familia, que no se considera como una familia tradicional, pero al fin y al cabo, una familia que busca únicamente el bienestar de sus hijos.

BIBLIOGRAFIA

ALBERT MÁRQUEZ, M.: “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm. 7863, 2012, versión online.

ALONSO, N.: “Gestación por sustitución. Madres de alquiler”, *VLex-57381510*, octubre 2016, <http://vlex.com/vid/gestacion-sustitucion-madres-alquiler-573815110>, fecha consulta: 19 noviembre 2016.

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 384.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, FORNER I DELAYGUA, J.J. / GONZÁLEZ BEILFUSS. C. / VIÑAS FARRÉ, R. (coords.) “Entre Bruselas y La Haya, estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado”, *Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 77-90.

--: “Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil)”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 2016, pp. 227-262.

--: “Gestación por sustitución y orden público”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2017, pp. 165-200.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. / CARRIZO AGUADO, D.: “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*, núm. 2, 2014, pp. 59-75.

AMADOR JIMÉNEZ, M.: “Biopolíticas y biotecnología. Reflexiones sobre la maternidad subrogada en India”, *CS*, núm.6, 2010, pp. 193-217.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: “Gestación por sustitución y perjuicios ideológicos” *El notario del siglo XXI*, núm. 63, 2015, www.elnotario.es, fecha de consulta: 18 de noviembre de 2015.

AZCÁRRAGA MONZONIS, C.: “Relaciones familiares internacionales. Nuevos retos en el mundo globalizado”. *El Foro*, núm.15, 2014, pp. 99-116.

BAUTISTA, J.: “Maternidad subrogada”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815, 2011, versión online.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Hijos made in California”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2009, versión online.

BONILLO GARRIDO, L.: “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 8070, 2013, versión online.

BRUNET, L.: “La globalisation internationale de la gestation pour autrui”, *Travail, Genre et Société*, núm. 28, 2012, pp. 199-205.

CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 294-319.

--: “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre Régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 247-262.

--: “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, 2015, pp. 45-113.

CAMARERO GONZÁLEZ, G.: “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7910, 2012, versión online.

CERDÁ SUBIRACHS, J.: “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, *Diario La Ley*, núm. 60, 2011, versión online.

CHELIZ, C.: “La gestación por sustituciones en el ordenamiento jurídico español: situación de la mujer gestante, problemática y efectos”, *Aequialitas*, núm. 32, 2013, pp. 29-66.

COLLINS, J.: “Cross-border reproductive care: now and into the future”, *Fertility and Sterility*, vol. 94, 2010, pp. 25-26.

DE LA IGLESIA MONJE, M^a I.: “Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor (su evolución en los Tribunales de Justicia)”, *Diario La Ley*, núm. 8395, 2014, versión online.

DE TORRES PEREA, J.M.: “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *Diario La Ley*, núm. 8281, 2014, versión online.

DÍAZ ROMERO, M^a R.: “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7527, 2010, versión online.

DURAN AYAGO, A.: “El acceso al registro civil de certificación registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 12, 2012, pp. 265-308.

ESPINAR VICENTE, J.M.: “Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, núm. 7771, 2012, versión online.

FARNOS AMORÓS, E.: “European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting. Roma, 27-30 de junio, 2010” *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2010, pp. 1-17.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S.: “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2011, versión online.

FERRER VANRELL, M.P.: “La prohibición de la maternidad subrogada del art. 10 de la ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Especial referencia al acuerdo de gestación, presentado por pareja homosexual”, ALVENTOSA DEL RIO, J. / MOLINER NAVARRO, R.M. (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. 1, 2008, pp. 461-476.

--: “La transgresión del principio de igualdad en la instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución”, VERDERA IZQUIERDO, B. (Dir.), *El principio de igualdad ante el derecho privado. Una visión multidisciplinar*. Dykinson, Madrid 2013, pp. 15-38.

FLORES RODRÍGUEZ, J.: “El derecho a la identidad del niño en las nuevas formas de familia”, *Diario La Ley*, 2014, versión online.

--: "Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso núm. 65192/11", *Diario La Ley*, núm. 8363, 2014, versión online.

GARCÍA PÉREZ, C. L.: "Gestación por sustitución", COBACHO GÓMEZ, J. A. (Dir.) / INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.) *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Aranzadi, 2007, pp. 353-394.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)", *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2017, versión online.

GRUPO DE ÉTICA Y BUENA PRÁCTICA CLÍNICA DE LA SEF: "Propuesta de Bases Generales para la regulación en España de la gestación por sustitución", *Documento Gestación por Sustitución*, NÚÑEZ, R., FEITO, L. Y ABELLÁN, F. (coords.), versión online.

GUZMÁN ZAPATER, M.: "Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: Hacia un modelo de regulación (Sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2010, pp. 731-743.

--: "Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución", *El notario del siglo XXI*, núm. 34, 2010, versión online.

HAGUE CONFERENCE PERMANENT BUREAU: "Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements", *General Affairs and Policy of the Conference*, Doc. Prel. núm.10, pp. 6-8.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: "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*, vol. 6, núm. 2, 2014, pp.147-174.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V.: "La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales", *Anuario Facultad de Derecho*, 2012, pp. 365-381.

LLAM, E.: "Gestación por sustitución. Realidad y derecho", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2012, pp. 1- 49.

LÓPEZ PELÁEZ, P.: “Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución (“madres de alquiler”) en el derecho español”, ALVENTOSA DEL RIO, J. / MOLINER NAVARRO, R.M. (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. 1, 2008, pp. 661-676.

MARTÍN MORATO, M.: “El nuevo Registro Civil. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 30, 2013, versión online.

MONTERONI, J.: “Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” *Prudentia Iuris*, núm. 80, 2015, pp. 273-279.

MORENO SANCHEZ-MORELADA, A.: “La determinación de la filiación mediante gestación por sustitución reconocida en el derecho internacional privado”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2014, versión online.

MORTAZAVI, S.: “It takes to make a child. Creating a guidelines or international surrogacy”, *The Georgetown law journal*, 2012.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.: “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*, núm. 18, 2014, pp. 289-329.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, *Iguals y Diferents ante el Derecho privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 465-516.

PANIZO ROBLES, J.A.: “¿Se abre la brecha? El Tribunal Supremo reconoce el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad en los supuestos de maternidad “subrogada” (a propósito de las STSS, sala 4ª, de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016)”, *CEF Laboral Social*, 2016, versión online.

Parlamento Europeo. Dirección general de políticas interiores. Departamento temático C. Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales. “El régimen de subrogación en los estados miembros de la UE”.

PARRÓN CAMBERO, M.J.: “Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater Semper incertus est”, *Diario La Ley*, núm. 8269, 2014, versión online.

QUIÑONES ESCAMEZ, A.: “El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a la ley”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2017, pp. 201-251.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 6, 2014, pp. 38-51.

RAVETILLAT BALLESTÉ, I.: “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio siglo XXI*, vol. 30, núm. 20, 2012, pp.108.

Real Academia Española de la Lengua (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.ªed.). Madrid.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. / MARTIN BARROSO, Mª. R.: “El Tribunal Supremo ante la “gestación por sustitución”: el reconocimiento de prestaciones por maternidad derivadas de un negocio jurídico nulo y la necesaria tutela del interés del menor”, *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2017, pp. 159.

ROURA GÓMEZ, S.: “Gestación subrogada y derechos del menor”, *Diario El País*, 14 de julio 2014. http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html fecha de consulta: 1 de diciembre de 2016.

SALAS CARCELLER, A.: “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2011, pp. 1-11.

SANTIAGO HIDALGO, J.F.: “Derecho al permiso de maternidad por hijo nacido en gestación por sustitución en EEUU”, *documentación jurídica de Sepin*.

SCOTTI, L.B.: “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en derecho*, 2012, pp. 267-288.

SEIJAS QUINTANA, J.A.: “Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de la filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler”, *Diario La Ley*, núm. 8363, 2014, versión online.

SELMA PENALVA, A.: “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2013, versión online.

SOUTO GALVÁN, B.: “Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación por sustitución”, *Feminismo/s: revista del Instituto de Investigación de Estudios de Género de la Universidad de Alicante*, núm. 8, 2006, pp. 181-196.

SOUTO PAZ, J.A.: “El informe palacios y la ley de reproducción asistida”, DÍAZ MARTÍNEZ, A. (Coord.), *Régimen jurídico – privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 187-197.

VARA GONZÁLEZ, J.M.: “¿Existe el derecho a ser padre en solitario?”, *El notario del siglo XXI*, núm. 63, 2015. <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/5374-existe-el-derecho-a-ser-padre-en-solitario>

VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1): a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, *Diario La Ley*, núm. 7621, 2011, versión online.

--: “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7608, 2011, versión online.

--: “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, núm. 7606, 2011, versión online.

--: “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, núm. 8162, 2013, versión online.

--: “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución pueden ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8415, 2014, versión online.

--: “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8279, 2014, versión online.

--: “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8309, 2014, versión online.

--: “Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”. *Diario La Ley*, núm. 8600, 2015, versión online.

--: “¿Ha variado el TEDH su doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten? A propósito de la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017”, *Diario La Ley*, núm. 8953, 2017, versión online.

VELARDE D´AMIL, Y.: “Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11/2011, No inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 3, 2012, pp. 61-70.

ANEXOS

1. LEGISLACIÓN

Legislación	Referencia BOE
Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil.	<i>BOE</i> núm. 151, de 10 de junio de 1957.
Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.	<i>BOE</i> , núm. 296, 11 de diciembre de 1958.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.	<i>BOE</i> , núm. 103, de 30 de abril de 1977.
Constitución Española.	<i>BOE</i> , núm. 311, 29 de diciembre de 1978.
Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.	<i>BOE</i> núm. 243, 10 de octubre de 1979.
Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.	<i>BOE</i> , núm. 282, 7 de octubre de 1988.
Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.	<i>BOE</i> , núm. 206, 25 de julio de 1889.
Convención sobre los derechos del niño, 20 de noviembre de 1989.	<i>BOE</i> , núm. 313, 3 de diciembre de 1990.
Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.	<i>BOE</i> núm. 7, de 8 de enero de 2000.
Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.	<i>BOE</i> , núm. 280, 22 de octubre de 2003.
Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.	<i>BOE</i> , núm. 157, 2 de julio de 2005.
Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.	<i>BOE</i> , núm. 126, 27 de mayo de 2006.
Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.	<i>BOE</i> núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.
Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).	<i>DOUE</i> , núm. 177, 4 de julio de 2008.
Real Decreto 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	<i>BOE</i> , núm. 69, 21 de marzo de 2009.

lactancia natural.	
Instrucción 5 de octubre 2010, de la Dirección General de los Registros y Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.	<i>BOE</i> núm. 243, 7 de octubre de 2010.
Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.	<i>BOE</i> , núm. 175, de 22 de julio de 2011.
Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.	<i>BOE</i> núm. 158, de 3 de julio de 2015.
Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.	<i>BOE</i> núm. 182, de 31 de julio de 2015.
Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.	<i>BOE</i> , núm., 255, 24 de octubre de 2015.
Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.	<i>BOE</i> , núm., 261, 31 de octubre de 2015.

2. JURISPRUDENCIAL

Jurisprudencia	Referencia Aranzadi
STS 21 de septiembre de 1999.	[RJ/1999/6944].
Resolución DRGN 18 de febrero 2009.	
Sentencia Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010, núm. 193/2010.	[AC/2010/1707]
Sentencia Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) de 23 de noviembre de 2011, núm. 826/2011.	[AC/2011/1561]
Sentencia TSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012, núm. 2320/2012.	[AS 3514/2012]
STJUE de 26 de septiembre de 2013.	[C: 2013:600]. Asunto C-167/12, C.D. contra S.T.
STS 6 de febrero de 2014, núm. 835/2013.	[RJ/2014/833]
STEDH de 26 de junio de 2014, núm. 65192/11, Caso Mennesson c. Francia.	[JUR 2014/176908]
STEDH de 26 de junio de 2014, núm. 65941/11, Caso Labassee c. Francia.	[JUR 2014/176905]
Sentencia Corte de Apelación de París de 18 de marzo de 2010 y Sentencia de la Corte de Casación francesa de 6 de abril de 2011: apartados 22 a 28 de la STEDH de 26 de junio de 2014, núm. 65192/11,	Texto inédito

Caso Mennesson c. Francia.	
STEDH de 27 de enero de 2015, núm. recurso 25358/12, Caso Paradiso y Campanelli c. Italia.	[JUR 2015/24183]
ATS 2 de Febrero de 2015, núm. 355/2015.	[ATS 2015/335A]
STS 25 de octubre de 2016, núm. resolución 881/2016.	[STS 5375/2016]
STS 16 de noviembre de 2016, núm. resolución 953/2016.	[STS 5283/2016]
STEDH de 24 de enero de 2017, núm. recurso 25358/12, Caso Paradiso y Campanelli v. Italia.	Texto inédito

3. WEBS

<http://www.cnrha.msssi.gob.es>

<http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/>

<http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/texto-ilp>

<https://www.medicaltourismco.com/medical-tourism-in-india>

<http://www.lavanguardia.com/vida/20161214/412602666192/espana-prepara-ley-vientres-alquiler.html>

<http://www.elmundo.es/espana/2017/01/24/58867efe22601d80338b462c.html>

<http://www.elmundo.es/espana/2017/01/29/588cff6d268e3e50768b4603.html>

<http://www.elmundo.es/espana/2017/01/31/588fad39468aeb0c3d8b45b3.html>

<http://www.elmundo.es/espana/2017/01/25/5887c9e8e5fdeab8308b46bd.html>

<http://www.elmundo.es/espana/2017/02/02/58925025468aeb681d8b45c4.html>

<http://www.elmundo.es/espana/2017/02/06/5898de29268e3e8a3b8b4636.html>

<http://www.elmundo.es/espana/2017/02/11/589f7f87468aebd06c8b457a.html>

<http://www.elmundo.es/espana/2017/02/11/589ef0ef268e3e01318b478f.html>

<http://www.elmundo.es/opinion/2017/02/11/589dfd6a468aeb24118b4616.html>

