



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Curso 2014/2015

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL
MENOR EN LA DETERMINACIÓN
DE LA FILIACIÓN EN SUPUESTOS
DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

**Nombre del/la estudiante: Cristina María Zamora Gómez
e-mail del/a estudiante: crizamgom@usal.es**

Tutor/a: Dra. Dña. Antonia Durán Ayago

Junio 2015

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento: Derecho Privado

Área: Derecho Internacional Privado

Curso 2014/2015

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL
MENOR EN LA DETERMINACIÓN
DE LA FILIACIÓN EN SUPUESTOS
DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

**THE BEST INTERESTS OF THE
CHILD IN LEGAL PARENTAGE IN
CASES OF SURROGACY
ARRANGEMENTS**

Tutor/a: Dra. Dña. Antonia Durán Ayago

Nombre del/la estudiante: Cristina María Zamora Gómez

e-mail del/a estudiante: crizamgom@usal.es

RESUMEN (15 líneas)

En España las vías para determinar la filiación son la biológica y la adoptiva según nuestro Código Civil. Sin embargo, se introduce la vía de la voluntad procreacional por el uso de las TRHA. El contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho según el artículo 10 LTRHA. Es por ello que ciudadanos españoles acuden a otros países donde la regulación de este contrato es permisiva, lo que trae como consecuencia que al regresar los comitentes a su país de residencia vean denegada la inscripción en el Registro Civil nacional de la filiación ya determinada en el país de celebración del contrato. Ello conlleva un grave perjuicio para el menor, puesto que según el país donde se halle tendrá una filiación u otra, esto es, a favor de los padres comitentes o a favor de la madre gestante. En este trabajo se analiza la concreción del concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor en los supuestos de determinación de la filiación habida a través de gestación por sustitución, incidiendo en que la filiación debe ser única y que deberá permanecer inalterada y garantizada desde el nacimiento del niño. A este respecto se analizan las respuestas dadas por la DGRN, los tribunales españoles y el TEDH sobre casos de celebración de contratos de gestación por sustitución en un país cuya regulación los permite y la posterior solicitud de inscripción de la filiación determinada en país distinto.

PALABRAS CLAVE (entre 3 y 6): Maternidad subrogada, interés superior del menor, filiación.

ABSTRACT

In Spain, according to our Civil Code, the way to establish legal parentage can be either biological or adoptive. However, the path of procreational will is introduced by the use of assisted human reproduction. The gestation substitution contract is null and void under article 10 of the law that regulates it. For this reason, Spanish citizens are forced to go to other countries where regulation of this contract is more permissive. But once back to their homeland, the National Registry denies the filiation that was determined abroad. It implies a serious harm to the child, because his filiation will change depending on the nation where he is. In this work we analyze the realization of undefined legal concept of interests of the child in cases of parentage determination through substitution gestation, stressing that the affiliation should be unique and should remain unchanged and guaranteed from birth. In this respect, the answers given by the DGRN, the Spanish courts and the ECHR on contract cases of gestation by replacement in permissive foreign countries and the subsequent application for registration of the affiliation abroad, are analyzed.

KEYWORDS: Surrogacy Arrangements, Interests of the child, Legal Parentage.

SUMARIO

| | |
|--|-----------|
| ABREVIATURAS Y SIGLAS | 5 |
| I. INTRODUCCIÓN. | 7 |
| II. LA FILIACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN SUPUESTOS DE SOMETIMIENTO A TRHA. | 8 |
| III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN | 13 |
| 1. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. | 13 |
| 2. MODALIDADES DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. | 14 |
| 3. REGULACIÓN EN EL ÁMBITO NACIONAL: ARTÍCULO 10 LTRHA Y CONSECUENCIAS DE SU APLICACIÓN | 15 |
| 4. ÁMBITO INTERNACIONAL CON REPERCUSIONES NACIONALES: EL MAL LLAMADO TURISMO REPRODUCTIVO. | 19 |
| A. <i>ESPAÑA: EMISOR DE C-BRC.</i> | 21 |
| B. <i>¿CÓMO COMBATIR EL C-BRC?</i> | 22 |
| IV. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN SUPUESTOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. | 24 |
| 1. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN SUPUESTOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN HABIDOS EN EL EXTRANJERO..... | 27 |
| A. <i>DIRECCIÓN GENERAL DEL REGISTRO Y NOTARIADO.</i> | 29 |
| B. <i>TRIBUNALES ESPAÑOLES.</i> | 36 |
| a) <i>Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010.</i> 36 | |
| b) <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011</i> | 37 |
| c) <i>Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014</i> | 38 |
| C. <i>TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS</i> | 41 |
| V. CONCLUSIONES..... | 46 |
| VI. BIBLIOGRAFÍA: | 49 |
| MONOGRAFÍAS: | 49 |
| ARTÍCULOS:..... | 50 |
| LEGISLACIÓN:..... | 55 |
| JURISPRUDENCIA: | 56 |

ABREVIATURAS Y SIGLAS

| | |
|--------------|--|
| AP | Audiencia Provincial |
| Art. | Artículo |
| <i>BOE</i> | Boletín Oficial del Estado |
| <i>C-BRC</i> | <i>Cross-Border Reproductive Care</i> |
| CC | Código Civil |
| CDN | Convención de Derechos del Niño |
| CE | Constitución Española |
| CEDH | Convención Europea de Derechos Humanos |
| DA | Disposición Adicional |
| DGRN | Dirección General Del Registro y Notariado |
| DIPr | Derecho Internacional Privado |
| ESHRE | <i>European Human Reproduction and Embriology</i> |
| FJ | Fundamento Jurídico |
| GS | Gestación por Sustitución |
| IDGRN | Instrucción de la Dirección General del Registro y Notariado |
| JPI | Juzgado de Primera Instancia |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LRC | Ley del Registro Civil |
| LTRHA | Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida |
| RC | Registro Civil |
| RDGRN | Resolución de la Dirección General del Registro y Notariado |
| RHA | Reproducción Humana Asistida |
| RRC | Reglamento del Registro Civil |

| | |
|--------|---|
| SJPI | Sentencia del Juzgado de Primera Instancia |
| SsTEDH | Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STEDH | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| STSJ | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TS | Tribunal Supremo |

I. INTRODUCCIÓN.

Este trabajo pretende presentar la problemática a nivel sistemático que en el ámbito nacional presenta la celebración de un contrato de gestación por sustitución (en adelante, GS), que debido a nuestra regulación restrictiva, se vienen celebrando en el extranjero.

Para ello comenzamos analizando el sistema de determinación de la filiación en nuestro Estado, deteniéndonos en el modo de determinarla en supuestos de sometimiento a técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA). Con ello pretendemos hacer ver que, si bien no reconocida por nuestro Código Civil (en adelante, CC), sí se aprecia de facto por la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA) la determinación de la filiación basada en la voluntad procreacional.

Seguidamente nos detenemos en el análisis de la GS en cuanto a fenómeno y contrato. A nivel nacional hacemos especial mención a la regulación dada por el escueto artículo 10 LTRHA pormenorizando en la opción que su apartado tercero da únicamente al varón padre biológico de ver reconocida su paternidad respecto del niño nacido por GS, y las consecuencias que de ello se deducen. Junto a ello hacemos referencia al fenómeno del *Cross-Border Reproductive Care*, mal llamado “turismo reproductivo”, ésta es la respuesta social a la regulación que declara nulo el contrato de GS. Así, parejas o personas solas que ven en la celebración de estos contratos la única vía de poder ser padres/madres, viajan a aquellos países cuya legislación es permisiva y los contempla, lo que trae como consecuencia que, en ocasiones, como sucede en España, la inscripción de la filiación ya determinada a favor de los comitentes en el país de celebración del contrato es denegada en el país de origen de los comitentes, causando ello un grave perjuicio para el menor, que ve puesta en duda de manera constante su filiación y, por tanto, su identidad.

A este respecto, tras una contextualización del interés superior del menor en relación a la determinación de su filiación, analizamos la respuesta que la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), los tribunales españoles y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) han dado a esta consecuencia, esto es, el nacimiento de niños mediante GS en un Estado y su posterior entrada en el país donde los comitentes tienen su residencia. Centrándonos en la cuestión de cómo la determinación de su filiación constituye parte del núcleo básico de su interés.

II. LA FILIACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN SUPUESTOS DE SOMETIMIENTO A TRHA.

DÍEZ PICAZO define la relación jurídica de filiación como “*la condición de una persona definida por el hecho de ser hijo de otro así como a la relación padre/madre vs. hijo*”¹. Es una relación de naturaleza jurídica, lo que significa que el Derecho establece unos criterios para determinarla, criterios que pueden ser biológicos o no. Así, ser progenitor no significa necesariamente ser padre o madre; “*la regla B es padre/madre de A significa que B tiene que cumplir respecto de A el conjunto de deberes o, si se prefiere, el conjunto de funciones o el conjunto de papeles que la sociedad y el ordenamiento jurídico esperan y definen con esa denominación*”².

En nuestra Constitución se reconocen una serie de principios rectores de la determinación de la filiación que de forma escueta exponemos³: el principio de no discriminación por razón de nacimiento (art. 14 CE); la protección de la familia e investigación de la paternidad (art. 39 CE) y el principio *favor filii* o predominio del beneficio de los hijos, que rige tanto la filiación como todo el Derecho de familia. Todos ellos habrán de regir en la determinación de la filiación, incluida en la determinación por la vía de la voluntad que expondremos más adelante.

Como bien sabemos el ordenamiento jurídico español reconoce dos vías para la determinación de la filiación, a saber, la vía natural y la adoptiva⁴. El artículo 108 de nuestro Código Civil establece que “[l]a filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.”.

La introducción de los principios rectores del Derecho de Familia expuestos anteriormente, modificó el CC por la *Ley 11/1981 de 13 de mayo de modificación del*

¹ DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia*, Tecnos, 2012, p.149.

² DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A., *Sistema...*, *op. cit.*, p.149.

³ LASARTE, C., *Principios del Derecho Civil IV: Derecho de Familia*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2011, pp. 280-281; DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema...*, *op. cit.*, p. 149; BARBER CÁRCAMO, R., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR* 8, diciembre 2010, pp. 26-27; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUM ESCORIAZA, J., “La filiación: contenido y determinación”, *Publicaciones Universidad Nacional de Educación a Distancia*, Madrid, 2006, pp. 3-4.

⁴ ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Barcelona, Ed. Bosch, 2005, pp. 207-209 y 267-269; LACRUZ BERDEJO J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil. IV: Derecho de Familia*, Barcelona, Ed. Dykinson, 1990, pp. 25-28, 35-38; DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A., *Sistema...*, *op. cit.*, pp. 249-251, 305-307.

*Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*⁵. Por lo que se refiere a la filiación natural, se opta por un sistema de determinación basado en la verdad biológica: *favor veritatis*. Así, se estipula que padre y madre a efectos legales es quien es padre y madre biológico.

Poco después, la *Ley 21/1987 de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*⁶ incorporó estos mismos principios a la regulación de la filiación adoptiva, equiparando de modo total los efectos entre la filiación adoptiva y la natural. La determinación de la filiación adoptiva es judicial, ya que es necesaria una resolución judicial que garantice el cumplimiento de todos los requisitos.

Ahora bien, desde la posibilidad que otorgó el avance de la ciencia de convertir en realidad los medios de reproducción asistida, no se puede hablar únicamente de filiación natural y adoptiva, necesariamente hemos de introducir el término de filiación intencional⁷.

Con los medios de reproducción asistida, el aforismo romano *mater semper certa est* deja de ser un principio rector⁸. Estas técnicas permiten que por ejemplo una mujer que no produzca óvulos llegue a ser madre o que en un matrimonio entre mujeres la mujer no gestante vea determinada la filiación del hijo gestado por su cónyuge a su favor⁹.

Así encontramos distintas vertientes de la maternidad: maternidad genética, por quien aporta el óvulo; maternidad de gestación por quien aporta la gestación y una “función jurídico-social de madre”, que denominamos maternidad jurídica y que podrá corresponder a distintas mujeres¹⁰.

⁵ Publicado en *BOE* núm. 119, de 19 de mayo de 1981, disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-11198>, consultado 4 de mayo 2015.

⁶ Publicado en *BOE* núm. 275, de 17 de noviembre de 1987, disponible en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1987-25627, consultado 4 mayo 2015.

⁷ *Ley 14/2006 de 26 de Mayo de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, *BOE* núm.126, de 27 de Mayo de 2006, vigente desde el 03 de Agosto de 2011, disponible en: <http://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>, consultado 4 mayo 2015.

⁸ Aforismo atribuido a Paulo, Digesto de Justiniano, t. I, Libro 2, Título 4, apartado 5.

⁹ Así lo permite el artículo 7.3 de LTRHA, que dispone textualmente: “*Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido*”. DÍAZ MARTINEZ, A., “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, enero-diciembre 2007, pp. 82-86; BARBER CÁRCAMO, R. “Reproducción...”, *loc. cit.*, pp. 29-30.

¹⁰ DURÁN AYAGO, A., “El acceso al registro civil de certificaciones 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*, t. XII, 2012, pp. 273-274.

La máxima común en la LTRHA y en sus técnicas es la voluntad de generar un nuevo ser humano, que viene a sustituir al hecho o la verdad biológica, convirtiéndose en padre/madre legal a quien presta su consentimiento para someterse a estas técnicas. Sin embargo, el legislador no ha otorgado a esta voluntad el carácter de título de determinación de la filiación, no produciéndose tras la promulgación de la LTRHA ninguna modificación de los artículos 115 y 120 del CC, haciendo encajar en ellos esta voluntariedad (con la única excepción del artículo 7.3 LTRHA, que únicamente puede entenderse como un nuevo título de determinación de la filiación ligado a la voluntad)¹¹.

Centrándonos en la determinación de la filiación en los supuestos de sometimiento a técnicas de reproducción humana asistida, hemos de conjugar la verdad biológica predominante en la determinación de la filiación imperante en el CC (a excepción de la filiación adoptiva) con el anonimato en la donación de gametos admitida en la LTRHA (art. 5.5). Como sabemos sólo en circunstancias excepcionales que supongan un peligro cierto para la vida o la salud del hijo podrá revelarse esta identidad.

Por tanto, la verdad biológica que prima en la determinación de la filiación según nuestro CC viene a ser sustituida por la voluntad de quien desea ser progenitor sin ser relevante de quién proviene el material genético. Queda constatado así que el principio inspirador de la Ley en cuanto a la determinación de la filiación es la voluntad de generar un ser humano, constituyéndose en padre o madre legal quien ha dado su consentimiento para ello¹². Sin embargo, el legislador, como hemos comentado, no otorga a esta voluntad el carácter de título de determinación de la filiación sumándolos así a los determinados por el CC (arts. 115 y 120), sino que continúan aplicándose éstos aunque con modulaciones en sus efectos. Esta determinación de la filiación en supuestos de uso de

¹¹ BARBER CÁRCAMO, R., “Reproducción...”, *loc. cit.*, pp. 28-29; ZURITA MARTÍN, I., “Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres”, *LA LEY 2006I*, pp. 4-9.

¹² GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, Madrid, 2013, p.147. La autora estima que en la reproducción asistida, “*aunque el legislador pretenda que la determinación de la filiación se lleve a cabo por las reglas comunes, en realidad, la voluntad es el elemento, la conditio sine qua non, sobre la que va a girar la correcta realización del acto médico y todos los efectos jurídicos que la generación de una criatura produce. Prácticamente el consentimiento sustituye la propia relación sexual. Es decir, la relevancia del consentimiento de quienes quieren ser padres es incontenible, hasta el extremo de erigirse en un criterio absoluto en la determinación del vínculo filial, que hace declinar la verdad biológica incluso en detrimento de los hijos*”; BLANCO-MORALES LIMONES, P., “¿Y tú de quién eres?: Problemas actuales del Derecho de familia”, *Lección Inaugural curso académico 2010/2011*, Universidad de Extremadura, 2010, p. 21.

TRHA viene regulada en los artículos 7 a 10 LTRHA, cuyo contenido expondremos a continuación¹³.

La maternidad viene definida por el parto, el principio *mater semper certa est* es el imperante en nuestro sistema de determinación de la maternidad, resultando indiferente para nuestro sistema el origen biológico. En este sentido, prima la verdad gestacional: es madre quien pare. Así, el parto constituye un límite a la autonomía de la voluntad¹⁴.

Encontramos la excepción a este principio en la redacción del artículo 7.3 LTRHA, que permite a la cónyuge de la mujer gestante determinar su filiación a favor del niño que nacerá con la manifestación de su deseo de ser tenida como madre, manifestación que hace ante el Encargado del Registro Civil y con anterioridad al nacimiento del niño¹⁵.

En materia de determinación de la paternidad, si nos encontramos ante inseminación heteróloga cobra trascendental importancia el consentimiento del varón para el sometimiento de la mujer a la fecundación por técnicas asistidas¹⁶. El consentimiento no atribuye la paternidad; ésta se determina por los mecanismos ordinarios expresados en el CC. Si la mujer está casada rige la presunción de paternidad del marido; si no, el medio de determinación de la paternidad será por la vía del reconocimiento.

Este consentimiento impide, en caso de filiación matrimonial, que los miembros de la pareja impugnen dicha filiación que se ha determinado a espaldas de la verdad

¹³ STC 116/1999, de 17 de junio de 1999. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/88, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. El Abogado del Estado ante la solicitud de inconstitucionalidad demandada por el grupo popular quien alega entre otras que la LTRHA 1988 constituye un “*supuesto atentado contra la garantía institucional de la familia, como garantía de la existencia de la institución y de los rasgos que el acuerdo social vigente considera esenciales y definitorios*”, estima: “...las nuevas técnicas reproductivas abocan a la separación de los conceptos de «padre» y de «progenitor», separación que no es tampoco ninguna novedad en el ordenamiento. Del art. 39 C.E., se afirma, no cabría deducir una suerte de responsabilidad derivada de la «titularidad del gameto», pues basta tener en cuenta la nula relevancia de la voluntad del donante y la intercambiabilidad y aleatoriedad del material genético, como demuestra la dicción del art. 6.5 de la Ley (no recurrido y que somete la elección del donante, bajo ciertas condiciones, a la responsabilidad del equipo médico interviniente), así como la del art. 5.7, tampoco objeto de impugnación” Disponible en BOE, consultado 18 abril 2015: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1999-15024

¹⁴ BARBER CÁRCAMO, R., “Reproducción...”, *loc. cit.*, pp. 29-30.

¹⁵ DÍAZ MARTINEZ, A., “La doble maternidad...”, *loc. cit.*, p. 82: “La reciente reforma del art. 7 LTRHA aplica, sin embargo, el aludido criterio de la voluntad personal como origen de una maternidad con plena eficacia jurídica al disponer que la mujer casada con la usuaria del tratamiento de reproducción asistida “podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge se determine a su favor la filiación respecto del nacido”; FARNÓS AMORÓS, E. Y GARRIGA GORINA, M., “¿Madres? Pueden ser más de una. Tres casos recientes de la Supreme Court de California”, *InDret*, Barcelona, Octubre 2005, p. 6.

¹⁶ El artículo 8.1 LTRHA determina que el consentimiento deberá ser formal, previo y expreso a la fecundación con contribución de donante o donantes, pudiendo ser la donación también de gametos femeninos o embriones.

biológica¹⁷. En caso de determinación de la filiación no matrimonial, el consentimiento permite que, a falta de reconocimiento, éste sirva como escrito indubitado para determinar la filiación por vía del expediente gubernativo, tal como dispone el artículo 8.2 LTRHA. La acción de reclamación no será la dispuesta en el CC para manifestar la verdad biológica, sino una cuya pretensión está basada en el consentimiento prestado¹⁸.

Una vez más, la Ley advierte la nula importancia que en estas técnicas se le da a la verdad biológica en cuanto a la determinación de la filiación, exponiendo el último apartado del artículo 8 que, en los casos excepcionales en que sea necesaria la revelación de la identidad del donante, no supondrá la determinación de la filiación.

Tras esta exposición queda demostrado que actualmente los títulos de determinación de la filiación en nuestro país son tres: filiación natural, adoptiva y volitiva, aunque este último no quede enumerado como tal en la LTRHA ni en el CC.

Así, el profesor RIVERO HERNÁNDEZ estima que el elemento relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por reproducción humana asistida es la voluntad o decisión de que ese ser nazca “*no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible, sino porque los demás elementos, biológicos pueden ser sustituidos (...) Lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja. El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido*”¹⁹.

En este apartado tan sólo adelantaremos que dentro de esta modalidad de filiación encuentra encaje la GS, ya que por medio de este contrato, que podrá ser oneroso o

¹⁷ Literalmente el artículo 8.1 LTRHA dispone: “*Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.*”

¹⁸ GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica... op. cit.*, pp. 147-151; BARBER CÁRCAMO, R., “Reproducción...”, *loc. cit.* pp. 30-31; MARTINEZ DE AGUIRRE, C., “Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida” *El juez civil ante la investigación biomédica*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004 pp. 2-5; BLANCO-MORALES LIMONES, P., “¿Y tú de quién eres?...”, *loc. cit.*, p. 21 La autora, con relación a este tema expone: “*Se trata de un negocio jurídico formal, integrado por dos voluntades: la del varón que consiente la paternidad y la de la mujer que presta su asentimiento a dicha paternidad. Sus efectos guardan cierta analogía con la adopción, en cuanto genera un título de atribución de la filiación que no corresponde por naturaleza*”. Se expone una vez más la voluntad como el requisito imprescindible para establecer las relaciones jurídicas de filiación.

¹⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Editorial Trivium, Madrid. 1988, pp. 142.

gratuito, una mujer consiente en llevar a cabo la gestación mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueda aportar o no sus gametos²⁰. El nuevo ser nacerá por la existencia de la voluntad de una pareja o una sola persona de tener un hijo; sin esa voluntad, el hijo no nacería.

III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

1. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

De todas las denominaciones que se le da a esta figura biológica y jurídica²¹ nos decantamos por llamarla “gestación por sustitución”, y ello porque, además de ser la denominación que aparece en la LTRHA de 2006, así como la dada por la Comisión especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas en el denominado Informe Palacios, el término supone más precisión con la realidad, ya que la gestante no quiere ser madre, de ahí “gestación” y “sustitución” porque gesta para otros²².

Así pues, nos acogemos a una definición amplia de GS, en la que no resulta determinante si la voluntad de gestar proviene de una pareja homosexual o heterosexual, casada o no, o de una sola persona, y contemplando en la misma definición la opción de que quien geste aporte o no sus gametos, y que los gametos masculinos provengan de otro miembro de la pareja o de donante, e incluyendo el posible carácter oneroso o no del contrato²³. Entendemos, pues, por GS, tal como la profesora ELEONORA LAMM expone en

²⁰ SAP Valencia 10ª, 23 de noviembre de 2011, Fundamento Jurídico 1º.

²¹ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 3, 2012. p.4; IGAREDA GONZÁLEZ, N., “La inmutabilidad del principio “mater semper certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución” *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 21, enero 2015, pp. 3-19. pp. 3-4; VAQUERO PÉREZ, C., “Diez claves para conocer los vientres de alquiler”, *Noticias Jurídicas*, Diciembre 2010, p. 1; SCOTTI, L. B., “El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en Derecho N°1, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, diciembre de 2012–febrero de 2013, pp. 274-275.

²² SOUTO GALVÁN, B., “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Madrid, Nueva Época, núm. I/2005, pp. 276-277.

²³ DÍAZ ROMERO, M. R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7527, Sección Doctrina, Diciembre 2010, pp.1-15 precisa que “la gestación por sustitución se realiza a través de un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción humana asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o no, que pueden aportar o no sus gametos”. Vemos así como Díaz Romero intenta aportar

su monografía, “una forma de reproducción asistida, por medio de la cual, una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”²⁴.

2. MODALIDADES DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Es necesario diferenciar las distintas modalidades de GS que pueden darse²⁵. La mayor parte de la doctrina diferencia entre “GS tradicional” y “GS gestacional”. En la tradicional, la mujer gestante aporta la gestación y sus gametos, siendo indiferente si el semen lo aporta uno de los comitentes, así, la gestante tendrá vínculo genético con el nacido. La gestacional se caracteriza porque la gestante tan solo aporta la gestación, en este caso las posibilidades de aportación de gametos puede ser de la pareja comitente (si se trata de una pareja heterosexual), de uno solo de los comitentes, y por último que tanto el óvulo como el semen sean donados. En la modalidad gestacional, por tanto, la gestante no tendrá vínculo genético con el nacido.

Podemos encontrarnos con varias posibilidades teniendo en cuenta las distintas combinaciones que pueden darse y que enumeramos a continuación brevemente²⁶:

- Los comitentes aportan el material genético, lo que implica que nos encontremos necesariamente ante una pareja heterosexual. Se lleva a cabo la fecundación in vitro y el embrión se implanta en el útero de la gestante. Los comitentes serían además padres biológicos.

- Tan solo uno de los comitentes aporta el material genético. En caso de ser la mujer comitente quien aporta el óvulo la GS será gestacional y el semen lo aportará un donante.

una definición que contemple los distintos tipos de GS teniendo en cuenta las variables que pueden modificarse en esta figura: aportación de gametos por la gestante, o por los comitentes, o por donantes anónimos; orientación sexual de los comitentes; relación matrimonial o no de estos. Coincide con esta definición, PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida*, Colegio de Registradores, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002, p.329, así como el documento presentado por el EUROPEAN PARLAMENT, “Recognition of parental responsibility: biological parenthood v. legal parenthood, i.e. mutual recognition of surrogacy agreements: What is the current situation in the MS?, Need for EU action?”, Directorate-Generl For internal policies, Policy department, citizens´ rights and constitutional affairs, p.18; Por su parte STRUYCKEN, V.M., “Surrogacy, a new way to become a mother? A new PIL Issue” *Convergence and Divergence in Private International Law- Liber Amicorum Kurt Siehr*; Eleven International Publishing, 2010, pp.357-359 ofrece una definición más limitada de la GS.

²⁴ LAMM, E., *Gestación por sustitución...*, op. cit., pp. 22-24.

²⁵ VELA SÁNCHEZ, A. J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, Nº 7608, 2011, p.1; SCOTTI, L. B., “El reconocimiento...”, loc. cit. pp. 275-276; PÉREZ VAQUERO, C., “Diez claves...”, loc. cit. p.1; LAMM, E., *Gestación por sustitución...*, op. cit., pp. 27-28

²⁶ LAMM, E *Gestación por sustitución...*, op. cit., pp. 29-30.

Sin embargo, si el material genético que se aporta es el masculino, el femenino será aportado por la gestante (GS tradicional) o por una donante (GS gestacional). Esta variedad de opciones también la encontramos en el supuesto en que únicamente exista un solo comitente, hombre o mujer.

- La tercera de las variables es que ninguna de las partes ni comitentes ni gestante aporte material genético, así tanto el óvulo como el semen serán aportados por donantes, siendo la GS gestacional con gametos donados.

- Por último, otra posibilidad que encontramos es que sea la gestante quien aporte el óvulo que podrá ser fecundado bien por espermatozoides del comitente o bien por el de un donante. Aquí la gestación sería tradicional.

3. REGULACIÓN EN EL ÁMBITO NACIONAL: ARTÍCULO 10 LTRHA Y CONSECUENCIA DE SU APLICACIÓN.

El artículo 10 de la *Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción humana asistida* dispone²⁷:

“1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

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

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

En el contrato de GS el principio es el de nulidad de pleno derecho, por tanto, ello implica que el contrato no es eficaz, de él no se desprende ningún derecho ni deber²⁸. De este modo, la situación en caso de celebración de un contrato de esta naturaleza es que la mujer gestante no tiene obligación de entregar el bebé tras su nacimiento a quienes han querido posicionarse como comitentes. La norma pretende que ante la falta de garantía que proporcionaría a los comitentes la celebración de un contrato así, puesto que tampoco

²⁷ Publicado en *BOE* núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

²⁸ FARNÓS AMORÓS, E., “Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain”, *Features*, Faculty of Law, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2013, pp. 68-72; PÉREZ MONGUE, M., “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus Realidad”, *Revista de Derecho Privado*, Julio-Agosto 2010; Universidad de Zaragoza, pp. 41-64; FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ TAHOSES, A. S., “Eficacia jurídica-registral...”, *loc. cit.*, p. 2; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V., “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá V, 2012, pp. 365-381.

cabría indemnización a su favor en caso de incumplimiento del contrato, éste no se celebre.

Respecto a la paternidad, el párrafo tercero de este artículo 10 prevé la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. Nos encontramos así con la posibilidad otorgada por nuestro ordenamiento de que, en el caso de que uno de los comitentes varón aportara su material genético, pueda ejercer su acción de reclamación como padre biológico conforme a los artículos 764 y siguientes del LEC²⁹.

Como hemos visto, la opción legislativa nacional consiste en privar al contrato de GS de efectos jurídicos, estableciendo la relación de filiación a favor de la mujer gestante, sin ser determinante el origen del óvulo. Se dan dos mecanismos en nuestro derecho para impedir que el contrato así celebrado garantice los efectos perseguidos. En primer lugar, la declaración de nulidad del mismo que hace que su incumplimiento no pueda ser alegado ante los tribunales y, en segundo lugar, incluso en caso de cumplimiento voluntario de las partes, la filiación materna se mantendría determinada a favor de la gestante, no teniendo relevancia jurídica alguna la aportación de óvulos por parte de la comitente ni tampoco su voluntad, en el caso de que no se aporte material genético³⁰.

En la práctica, ello conlleva que el varón (o uno de los varones) de la pareja que aportó su semen pueda reclamar la filiación biológica del niño nacido a través de la opción que le brinda el artículo 10.3 LTRHA. Es llamativo que este artículo en todo momento hable de paternidad, dejando la maternidad a un lado. Consecuencia de ello es que si el óvulo fue aportado por la mujer comitente va a ser insignificante, ésta no tendrá derecho a ver reconocida su maternidad biológica a favor del hijo nacido. La discriminación por llevar al extremo el principio de “madre es quien pare” es evidente. El padre biológico ve garantizado su derecho a reconocer su paternidad por vía directa de aplicación del artículo 10.3, sin embargo la madre biológica no, quedándole como única vía la adopción de su propio hijo genético.

²⁹ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero, mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”. *InDret*, 3/2009, p. 5, hace una observación respecto a la posible determinación de la filiación respecto del padre biológico en casos de celebración de contratos de GS habidos en el extranjero: “Pero el establecimiento no es automático o inmediato, pues requiere el reclamar la paternidad acudiendo a los tribunales, siguiendo la acción las normas generales. Puesto que ni madre gestante ni, en su caso, la madre biológica, constan en los certificados de nacimiento extranjeros, los menores se verían privados de la filiación materna, salvo que los reclame la madre que ha dado a luz”.

³⁰ LAMM, E., *Gestación por sustitución...*, op. cit. pp. 73-74.

En la práctica, y como consecuencia de estas circunstancias se da el supuesto siguiente: el varón que fuera el padre biológico del nacido ejercita la acción de reclamación de la paternidad (art. 10.3LTRHA) y, posteriormente, previa renuncia de la gestante, realizada tras los treinta días desde el parto³¹, el hijo podrá ser adoptado por la pareja del varón aportador sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el artículo 176 CC³².

De este modo, la pareja del padre biológico, que si es mujer podría haber aportado también sus gametos (circunstancia totalmente indiferente para el legislador), podrá ver reconocida la maternidad o la paternidad en su caso, por vía de la adopción.

Algunos de los autores que no ven en esta práctica un fraude de ley sostienen entre sus argumentos que el legislador en la LTRHA, en caso de que la pareja del padre biológico sea mujer, no prohíbe la adopción, sino que ante un conflicto de intereses entre la madre gestante y la genética, decide a favor de declarar la maternidad para la gestante, no siendo ello opuesto a que posteriormente a su inscripción la madre genética requiera la maternidad mediante el instrumento de la adopción³³. En este sentido, incluso, algunos autores como FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ TAHONES recomiendan que, tras el nacimiento, el comitente no biológico complete un procedimiento de adopción³⁴. La autora JIMÉNEZ MARTÍNEZ tampoco contempla un supuesto de fraude de ley en este sentido apoyando su argumento en la voluntariedad y libertad de la gestante³⁵.

³¹ Artículo 177.2.3 Código Civil: “*El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto.*”

³² 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”. *La Ley*, núm. 4893, Sección Tribuna Abierta, segundo trimestre de 2011, p. 3: “*La falta de sanción de la gestación por sustitución posibilita que una maternidad subrogada en España pueda legalizarse por la vía de la adopción express que, como excepción al principio general, se contempla en el artículo 176 del CC.*”

³³ LLEDÓ YAGÜE, F., “Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica” en DÍAZ MARTÍNEZ, A. *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Dykinson, Madrid, 2007, p. 175. Para quien, “*...si media aportación de óvulos por parte de la mujer comitente, aunque para la entidad pública como regla general no resulte vinculante la elección de los adoptantes por parte de los padres naturales, no obstante, estas hipótesis resultarán determinantes en el fondo para la institución de integración familiar intermediaria necesaria en la constitución del vínculo adoptivo.*”

³⁴ FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ TAHOCES, A.S., “Eficacia jurídica-registral...”, *loc. cit.*, p. 5, literalmente: “*Si, como es cada vez más habitual, las parejas acceden a la maternidad subrogada en California porque en su ordenamiento originario el acceso a la maternidad subrogada es ilegal, es aconsejable que, tras el nacimiento, el padre no biológico complete un procedimiento de adopción.*”

³⁵ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., “La inscripción de la...”, *loc. cit.*, p. 369. Es necesario recordar que el fraude de ley contemplado en nuestro Código Civil nada menciona sobre la libertad con la que los actores llevan a cabo dicho fraude, buscando el resultado pretendido y prohibido por el ordenamiento.

Para PÉREZ MONGE, en cambio, nos encontraríamos ante un fraude de ley que conduciría a la aplicación de las normas generales, siendo padre el biológico y madre la gestante, aunque admite que es posible que este fraude se dé y que no sea denunciado³⁶.

Hemos de recordar que el artículo 6.4 CC dispone que “[l]os actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

En tal supuesto, tal como indica la profesora LAMM, “*de iure conditio no existe ni dificultad técnica –por articulado vigente- ni práctica –en cuanto a la innecesariedad de contar como intermediario en la adopción con la presencia de la entidad pública (artículo 176.2 CC)*”³⁷.

Esta consecuencia fáctica de la aplicación de la actual regulación de la GS es tachada de “absurda” por ciertos autores. DE VERA Y BEAMONTE sostiene que “*supone utilizar la adopción para conseguir los efectos que se perseguían mediante la celebración del contrato de gestación por sustitución; y si esto es así, ¿por qué no se admite directamente la gestación por sustitución y se evita un proceso más largo y complejo que va a llevar al mismo resultado?*”³⁸.

Coincidimos en este punto con los autores que consideran que ante este supuesto descrito se estaría cometiendo un fraude de ley. Como concluimos en el primer punto de este trabajo, se trataría de determinar la filiación derivada de la GS en base a la voluntad procreacional, verdadero título que la justifica, sin acudir a la figura de la adopción, cuya filosofía de origen responde a otros postulados³⁹.

³⁶ PÉREZ MONGE, M., “Cuestiones actuales...”, *loc. cit.* p. 53.

³⁷ LAMM, E., *Gestación por sustitución... op. cit.*, p. 77.

³⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, núm. 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, p. 5.

³⁹ No obstante, es cierto que aun tratándose de mecanismos diferentes, son muchas las concomitancias entre gestación por sustitución y adopción. En este sentido y pro a una regulación de la GS la profesora DURÁN AYAGO entiende que “*también es verdad que en el contexto internacional muchas de las herramientas garantistas que se han utilizado para la adopción podrían extrapolarse a la gestación por sustitución*” en DURÁN AYAGO, A. “El acceso al Registro Civil...”, *loc. cit.*, p. 276. Incluso en el Informe preliminar sobre los problemas derivados de los convenios de maternidad subrogada de carácter internacional elaborado en el seno de la Conferencia de la Haya en marzo de 2012, disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf>, se afirma que la complejidad del fenómeno es de tal magnitud por los intereses en juego, que parece necesario establecer unas pautas comunes con carácter internacional, a imagen del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional.

4. ÁMBITO INTERNACIONAL CON REPERCUSIONES NACIONALES: EL MAL LLAMADO TURISMO REPRODUCTIVO.

La Conferencia de La Haya ha reconocido la maternidad subrogada como un “negocio global”⁴⁰. La dispar regulación de esta institución en los Derechos nacionales hace que estos acuerdos se celebren entre personas situadas en países distintos, abarcando en la práctica los lugares más distantes del mundo y dando lugar a lo que por algunos es llamado “turismo reproductivo o procreativo”⁴¹.

En este sentido, resulta de suma importancia diferenciar los supuestos en los que el convenio de GS tiene lugar en un Estado con el que los comitentes están internacionalmente involucrados previamente, de aquellos supuestos en los que el traslado de los particulares se lleva a cabo con la única finalidad de celebrar y cumplir un contrato de esta naturaleza⁴².

Ante todo, indicaremos que el término “turismo reproductivo” ha sido criticado especialmente por la *European Human Reproduction and Embryology* (ESHRE) por considerar que se le da poca importancia y se trata con poca sensibilidad las razones por las que los individuos acceden a las técnicas de reproducción asistida, siendo sustituido por “*Cross-Border Reproductive Care*” (en adelante, C-BRC), término más respetuoso y más definitorio de la realidad a la que hace referencia⁴³.

Para dar una definición de este fenómeno nos apoyaremos en la argumentación dada por la profesora OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, que advierte que el término “turismo”

⁴⁰ CONFERENCIA DE LA HAYA: “Private international law issues surrounding the status of the children, including issues arising from international surrogacy arrangements”, Preliminary Document No 11 of March 2011 for the attention of the Council of April 2011 on General Affairs and Policy of the Conference, p. 7 “*This growth in “reproductive tourism” and, in particular the growth in the international surrogacy market, can be attributed to a number of interrelated factors. First, in what appears to be many States worldwide, commercial surrogacy (and in some States, human reproductive technology as a whole) is either banned or sharply regulated. In contrast, in a minority of States, commercial surrogacy is permitted, often with little or no internal regulation. The result of these differing laws, combined with modern means of communication and travel, has meant that individuals have had little difficulty in seeking and organising surrogacy overseas. In some of these more permissive States there is the added attraction for intending parents of lower costs and less risk*”. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>, consultado 30 mayo 2015.

⁴¹ SCOTTI, L. B., “El reconocimiento...”, *loc. cit.* pp.276; EUROPEAN PARLAMENT, “Recognition of parental responsibility...”, *loc. cit.*, p23.

⁴² DREYZIN DE KLOR, A. Y HARRINGTON, C., “La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?”, *Revista de Derecho de Familia*, Octubre 2011.

⁴³ Parte de la doctrina apoya esta sensibilización por la adecuación del término, entre ellos: FARNÓS AMORÓS, E., “European Society of Human Reproduction and Embryology, 26th Annual Meeting”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm 3/2010, disponible: <http://humrep.oxfordjournals.org/content/23/10/2182.full.pdf>, consultado 9 mayo 2015; DURÁN AYAGO, A. “El acceso al Registro Civil...”, *loc. cit.*, pp.271-272.

se ha popularizado en un sentido impropio, al tiempo que señala la fundamental diferencia entre el turismo legal y el sanitario⁴⁴.

El *C-BRC* lleva implícito cuestiones propias tanto del turismo legal como sanitario, y es que en estos casos los “pacientes” que serían los comitentes “*no buscan únicamente recibir un tratamiento que facilite o posibilite la procreación, sino que pretenda, además, crear un vínculo de filiación conforme al Derecho del Estado al que se desplazan, que no se establecería con arreglo a la ley del Estado de origen*”⁴⁵.

Es una realidad que parejas o personas solteras viajan fuera de sus Estados buscando una regulación que les permita ejecutar los contratos de GS. El *Informe preliminar sobre los problemas derivados de los convenios de maternidad subrogada de carácter internacional* elaborado en el seno de la Conferencia de La Haya (marzo de 2012), constata que entre 2006 y 2010 la cifra de estos contratos se ha incrementado en un 1000% en las cinco grandes agencias especializadas que se han consultado, incrementándose los contratos internacionales de maternidad subrogada en un 40% en 2008⁴⁶.

⁴⁴ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, en *Iguals y Diferentes ante el Derecho Privado*, Valencia, Tirant le Blanch, 2010, pp. 465-467.

⁴⁵ Continúa exponiendo la profesora Orejudo que “*Los elementos identificativos del turismo legal, aparecen en este supuesto: en primer lugar, existe disparidad de respuestas normativas (normas de conflictos y sustantivas) en la materia, de forma tal que lo que un ordenamiento estatal niega, que en el caso en concreto es el acceso legal, y con determinados efectos sobre la filiación, a ciertas técnicas de RHA, otro lo acepta. En segundo término, el ordenamiento del Estado en el que se proporcionan estos tratamientos atribuye competencia a las propias autoridades para sancionar la legalidad del acto y reconocer esa determinada filiación respecto de los niños que en su día fueron engendrados a través de la particular técnica de RHA, que es, precisamente, lo que persiguen los interesados. Es lo que ocurre en la actualidad con la maternidad de sustitución*”. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. “Reconocimiento en España...”, *loc. cit.* p. 468.

⁴⁶ CONFERENCIA DE LA HAYA: “A Preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf>, consultado 9 mayo 2015; SHENFIELDL, F., DE MOUZON, J., PENNING, G., FERRARETTI, A.P., NYBOE ANDERSEN, A., DE WERT, G., GOOSSENS, V., “The ESHRE Taskforce on Cross Border Reproductive Care, Cross border reproductive care in six European countries”, *Human Reproduction*, Vol.25, No.6 pp. 1361–1368, 2010, “*The ESHRE Task Force study is the first to provide data on patients crossing borders: it says that “patients seeking care cross borders, mainly because of restricted local treatment and limited financial Access, came from 49 countries, with high numbers from Italy (31.8%), Germany (14.8%), the Netherlands (12.1%) and France (8.7%). Legal reasons are predominant for patients from Italy (70.6%), Germany (80.2%), France (64.5%) and Norway (71.6%). Difficulties accessing treatment were more often noted by UK patients from other countries, and expected quality was an important factor for most patients. As per their relational status, majority of patients are married couples and same sex couples.*” Disponible en: <http://humrep.oxfordjournals.org/content/25/6/1361.full.pdf+html> consultado 9 mayo 2015.

A. ESPAÑA: EMISOR DE C-BRC.

Somos un país emisor en C-BRC. Debido a nuestra regulación, algunos bufetes de abogados de nuestro país que tienen una división especializada en casos de GS cifran en 800 las parejas que anualmente viajan al extranjero para efectuar un contrato de GS⁴⁷.

El mapa de países receptores es comprensiblemente amplio, siendo el destino más habitual en la actualidad el estado de California en Estados Unidos, principalmente porque su ordenamiento jurídico obvia el hecho de cuál sea la nacionalidad y residencia de los comitentes y porque es el que más garantías ofrece⁴⁸. Otros de los países receptores son Tailandia, México (Tabasco), Ucrania e India. La cuestión determinante en la elección de un país concreto es fundamentalmente económica. Mientras que acudir a California para la celebración de un contrato de GS supone un desembolso en torno a 120.000€, en México ronda los 60.000€ y en Tailandia los 45.000€⁴⁹. La gran diferencia económica trae causa en las características de la celebración de los contratos suponiendo en los casos donde es más económico que las garantías respecto a la madre gestante o al niño nacido o incluso para los comitentes no son tan precisas⁵⁰. Cada comitente buscará opciones en aquellos países dentro de sus posibilidades suponiendo esta circunstancia una discriminación por motivos económicos, y es que sólo podrán acudir a esta práctica quienes tengan un nivel adquisitivo alto.

Centrándonos en California, los acuerdos de GS no tienen un reconocimiento legal explícito, su eficacia emana de la jurisprudencia de su Tribunal Supremo, encontrando su germen en el caso *Johnson v. Calvert*⁵¹. De acuerdo con las secciones de 7003 y 7015 del

⁴⁷ *Subrogalia* bufete especializado en casos de GS que trabaja con varias clínicas de distintos Estados: EEUU, Ucrania, México, Grecia, Rusia, Kazajistán, Georgia: su sitio web: <http://www.subrogalia.com/es/paises-programas-paises.php> consultado 18 junio 2015; Otro bufete especializado en estos contratos pero que únicamente contrata con clínicas estadounidenses es *Vientres de Alquiler en España*: <http://www.xn--vientredealquilerespaa-4ec.es/> consultado 18 junio 2015.

⁴⁸ Tanto es así que existen empresas locales californianas especializadas en la intermediación en este proceso, ejemplo de ello es *Conceptual Options*, que opera desde Los Ángeles y San Diego, es sumamente llamativo que dirigen sus servicios a comitentes españoles, italianos y franceses: <http://www.madresubrogada.com/futuros-padres/>. También la agencia *Building Families Inc.*, con sede en California: <http://www.buildingfamiliesinc.com/es/inicio/>, consultado 9 mayo 2015.

⁴⁹ Tal como muestran algunas noticias de nuestro país, http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/05/01/actualidad/1398974404_290772.html; <http://www.elmundo.es/yodona/2015/02/07/54d3617be2704eb42f8b45a6.html>; <http://gestacionsustituta.es/gestacion-por-sustitucion-en-radio-nacional/>; <http://www.modernplaymag.com/padres-gay/>.

⁵⁰ En el caso de India, las gestantes acuden a esta práctica por motivos económicos, es por ello que los bufetes que actúan en España antes referidos no contratan con clínicas hindúes.

⁵¹ Mark y Crispina Calvert intentaron tener un bebé por medios naturales y mediante inseminación in vitro, tras los intentos sin éxito decidieron acudir a Anna Johnson, una enfermera que estaba de acuerdo en gestar el embrión de Mark y Crispina aportando éstos su material genético. Sin embargo, el acuerdo se vino abajo durante el embarazo de Anna, quién reclamó a la pareja que le hiciera ciertos pagos antes del

Código Civil californiano (hoy la sección 7610 (a) del *California Family Code*, que remite a la sección del 7550), la maternidad podía ser determinada por el hecho del parto y, a partir de la remisión a las normas de la determinación de la paternidad, también por las pruebas genéticas.

Los comitentes pagan a la madre gestante y a la agencia un precio en concepto de gastos derivados de la gestación y la gestante se somete a revisiones médicas incluyendo pruebas físicas y psicológicas. Una vez conseguido el embarazo, la mayoría de las agencias recomiendan que la madre gestante y los comitentes se reúnan para terminar de concretar los términos del contrato. Finalmente, la determinación de la filiación requiere de la celebración de un procedimiento judicial (sección 7630 (f) del *California Family Code*), donde se declarará la filiación intencional y la extinción de la filiación que se pueda establecer respecto a la madre gestante. El órgano judicial decide en unidad de acto sin valoración previa de idoneidad de la pareja comitente. La sentencia obliga al hospital a garantizar que tras el parto los nombres de los comitentes aparezcan en el certificado original de nacimiento, que se inscribirá en *The California Office of Vital Records*, junto con la sentencia que declara la filiación a favor de los comitentes⁵².

B. ¿CÓMO COMBATIR EL C-BRC?

La manera de combatir esta realidad sería, por una parte, que el Estado receptor de estas prácticas exigiera reglas de vinculación de la pareja o la persona que quiere contratar con su Estado y, por otra, tal y como expone parte de la doctrina, la armonización de las leyes de nuestro entorno europeo⁵³.

Los trabajos que respecto a la GS ha estado desarrollando la Conferencia de la Haya muestran que es necesario trabajar conjuntamente en el ámbito internacional para dar una

nacimiento del bebé incidiendo en que si no se efectuaba rehusaría su palabra de dar el bebé a los Calvert tras el nacimiento. El Tribunal mantuvo que en el seno de un contrato de maternidad subrogada la madre natural era aquella que había tenido la intención de tener un hijo propio y que tal hecho se demostraba en este caso en que el óvulo fecundado provenía de la señora Calvert y que sin dicha inseminación la señorita Johnson no habría podido dar a luz al niño que gestó. Consultar al respecto: STATSKY, W., *Family Law: The Essentials Cengage Learning*, 2014, p. 412. En el caso *In Re Marriage of Buzzanca*, el tribunal de apelaciones de California también estableció la filiación a favor de la pareja comitente, en este caso, ninguno de los miembros comitentes aportó sus gametos. A este respecto podemos ver FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.”, *InDret*, Barcelona, enero 2010, pp. 8-10.

⁵² En caso de tratarse de una pareja del mismo sexo masculina, explica FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España...”, *loc. cit.*, p.12, que “la sentencia puede ordenar que conste el nombre de los dos hombres en el certificado, uno en la casilla de “father” y otro en la de “mother”, o bien que conste el término “parent” delante de cada nombre”.

⁵³ DURÁN AYAGO, A. “El acceso al Registro Civil...”, *loc. cit.*, pp. 272.

respuesta lo más uniforme posible, y siempre respetando la autonomía de cada Estado, a este fenómeno que afecta a nuestro entorno⁵⁴.

Los trabajos de la Conferencia de La Haya en este proyecto comienzan en 2011 con la elaboración de una nota preliminar sobre las cuestiones de Derecho Internacional Privado en torno a la situación de los niños nacidos mediante GS. En ella se recalca la idea de que el estatuto jurídico del menor debe ser protegido y garantizado desde el momento de su nacimiento. En este sentido, se ponen de manifiesto los diferentes problemas que la GS internacional muestra, que se agrupan en dos categorías⁵⁵: a) cuando los comitentes desean sacar al niño del país donde nació para llevarlo a su Estado de residencia; b) una vez que el niño ya está en el Estado de residencia de los comitentes (o durante el proceso migratorio) y se procura regularizar su situación legal. En ambos supuestos no se puede dejar de observar que, pese a la diferente regulación del fenómeno de la GS en cada uno de los Estados, lo cierto es que, desde su nacimiento, el niño trae determinada su filiación en aplicación a una ley estatal concreta.

En 2012 la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya preparó el Documento Preliminar nº 10 de marzo de 2012, que se presentó a la consideración del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de la Haya en abril de 2012. En él se propone la adopción de un instrumento internacional que permita el establecimiento de un marco de cooperación entre autoridades, así como el acercamiento entre las regulaciones de los Estados que permiten la GS. El Consejo ordenó a la Oficina que continuara esta labor, por ello se llevó a cabo una serie de cuestionarios a los sectores interesados en el fenómeno de la GS, a los miembros de la Conferencia de la Haya y a los Estados no miembros interesados, a los profesionales del Derecho y de la Salud y a las agencias de subrogación.

En 2014 se elaboraron las conclusiones que de estos cuestionarios se extrajeron y en 2015 se emitió una nota de actualización del Proyecto. En ella, el Consejo de 2015 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia insta a los miembros de la Conferencia de La Haya a que un Grupo de Expertos sea convocado para explorar la viabilidad del proyecto así como los avances en esta área, ya que la falta de un marco legal puede

⁵⁴ Disponibles en la página web de la Conferencia de la Haya con el título: “*The private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements*”, http://www.hcch.net/index_en.php?act=text_display&tid=178, consultado 14 junio 2015

⁵⁵ LAMM, E., *Gestión por sustitución...*, *op. cit.*, pp. 195-210.

suponer que existan mayores vulneraciones de derechos (los de la gestante, los del niño, los de los comitentes).

IV. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN SUPUESTOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico una definición de qué podemos entender por interés superior del menor, sin embargo son numerosos los Tratados e instrumentos internacionales ratificados por España que manifiestan la necesidad de protección de los menores y que devienen por tanto en normas nacionales⁵⁶.

Nos parece imprescindible recalcar que el interés superior del menor sólo podrá hacerse valer respetando la legalidad vigente, sólo es concretable en un contexto normativo determinado⁵⁷. Dentro de la institución de la GS, si no se cumple la legalidad vigente, es inútil hablar de velar por el interés superior del menor, ya que éste se concreta dentro de un ordenamiento jurídico sin el cumplimiento del cual no se puede garantizar dicho interés.

La Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (en adelante, CDN) consagra este principio en su artículo 3, pero no da una definición del mismo. Tan sólo exige que todas las medidas respecto al niño estén basadas en la consideración de su interés superior. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres, madres u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo⁵⁸.

⁵⁶ Entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, firmada en Nueva York el 10 de diciembre de 1948; los Pactos internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966; la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990; y la Carta Europea de Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución A 3-0172/1992, de 8 de julio; hay muchos otros tratados en este sentido que hacen referencia directa al menor.

⁵⁷ DURÁN AYAGO, A., “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, publicado en CALVO CARAVACA, A.L. Y CASTELLANOS RUIZ, E. (eds.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, ed. Colex, 2004, pp. 295-318.

⁵⁸ Artículo 3 CDN: “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,

RIVERO HERNÁNDEZ destaca dos caracteres del concepto jurídico indeterminado de interés del menor: el relativismo, ya que va a depender de las “coordenadas personales y circunstancias personales del menor” teniendo en cuenta que pueden variar no solo de un menor a otro sino en la misma persona del menor, y el “aspecto dinámico”, pues va a depender de la evolución y cambios personales que experimente el propio menor bien por sí mismo o por las circunstancias que le rodeen⁵⁹.

Dentro de la estructura del concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor, la doctrina española y la alemana han distinguido los siguientes elementos:

a) Un núcleo fijo (*Begriffskern*), también denominado “zona de certeza positiva”, configurado por unos datos seguros a modo de presupuesto o condicionamiento inicial mínimo (por ejemplo, la salvaguarda de derechos fundamentales como la vida o la integridad física). Conviene preguntarnos si la determinación de la filiación de un menor constituye parte de este núcleo fijo de su definición. La respuesta inmediata es afirmativa, puesto que sólo mediante la determinación de la filiación se arma el mecanismo de protección y garantías de su persona. La determinación de la filiación le otorga una identidad, una nacionalidad.

b) Una zona de “certeza negativa”, igualmente segura en el sentido de que a partir de ella desaparece el valor implícito en el concepto.

c) Una zona intermedia, de variación e incertidumbre (*Begriffshof*), también llamada “halo conceptual”, donde caben opciones varias dentro de márgenes relativos e imprecisos. Se trata de una zona ambigua, más amplia a medida que el concepto deja de ser técnico, y especializada y se inserta en lo cultural o valorativo. En esta zona intermedia podríamos ubicar los derechos sucesorios, derecho a la sanidad, que de la determinación de la filiación se otorgan al menor, que dependerán de la evolución en la regulación del país del que se trate.

Existe el mandato constitucional de que se establezca la relación jurídica de un hijo con su progenitor en virtud del artículo 39 párrafos segundo y tercero CE. Los tribunales españoles aluden a que, mediante esta determinación de la filiación, se cumple la finalidad protectora de la filiación, esto es, el cumplimiento de los deberes paternos constitucionales.

especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”.

⁵⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor.*, Dykinson, 2007, Madrid.

En este sentido, se pronunció la STC 7/1994, de 17 de enero que precisa que los intereses del hijo en el proceso de búsqueda de la veracidad biológica paterna, esto es, la finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas “*no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica, como ha destacado la doctrina del Tribunal Supremo.*”. Así, otro contenido del concepto de interés del menor en relación con la determinación de la filiación es el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica⁶⁰.

Otra sentencia de gran relevancia en este asunto es la dictada por el Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1997⁶¹, relativa a la reclamación de filiación no matrimonial regida por el Código Civil, en su fundamento jurídico primero establece que “[l]a protección del interés del menor, digna y obligada, está atribuida en primer lugar a los progenitores, pero no es verdad absoluta entender que el bien del menor está en la obtención de una declaración de filiación paterna y materna.”.

Teniendo en consideración ambas sentencias, podemos llegar a la conclusión de que el interés superior del menor, al menos en nuestra jurisprudencia, no se limita a la estricta determinación jurídica de la filiación biológica, sino que relaciona ésta con la protección del hijo menor, que recaerá en primer lugar, según el profesor RIVERO HERNÁNDEZ, sobre quienes “*lo han traído al mundo*”, pero no sólo ni siempre sobre ellos, ya que en atención al interés del menor podrá prevalecer la “*llamada filiación social*” en pro de la seguridad jurídica y la estabilidad del estado de filiación⁶².

A modo de corolario destacamos como contenido del interés del menor en relación con la determinación de la filiación, en primer lugar, el interés a la veracidad, relacionado con el conocimiento a la verdad biológica, puesto que el derecho a la identidad se

⁶⁰ Se trata de un proceso civil de filiación extramatrimonial, en un supuesto de determinación de la filiación biológica paterna, expone en este sentido que “*las resoluciones judiciales que disponen la investigación de la filiación sirven directamente fines constitucionales; y la interpretación de las leyes que rigen esta materia debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos menores, para lo cual aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad, cuando ésta es desconocida.*”.

⁶¹ STS 3737/1997 de 20 de mayo de 1997.

⁶² RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor.*, Dykinson, 2007, Madrid, p. 248. A este respecto también resulta complementario consultar el artículo de GARCÍA VICENTE, J. R., “La previsible reforma del Derecho de las acciones de filiación. Algunas propuestas”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 20, enero y diciembre de 2006, pp. 203-254. Este autor dentro de una breve enumeración sobre el posible contenido del interés del menor en relación a la determinación de la filiación dispone que “*el tercer aspecto del interés del hijo es el interés en la “estabilidad” de la filiación declarada: el hijo tiene interés en que no pueda debatirse indefinidamente la filiación legalmente establecida, sobre todo cuando la controversia se sostenga por los progenitores o por terceros.*”.

configura desde el conocimiento del propio origen⁶³ y quedará satisfecho en la medida en que se apliquen las normas relativas a la averiguación de la verdad biológica⁶⁴; en segundo lugar, encontramos el interés a la protección del menor, mandato constitucional del artículo 39 apartados terceros y cuarto CE y, por último, la estabilidad de la filiación ya declarada.

La Conferencia de la Haya ha manifestado en sus trabajos en torno a este fenómeno que en una serie de Estados, entre los que se encuentra Bélgica, Holanda y España (con la IDGRN de 5 de Octubre de 2010), se han establecido remedios con el fin de reducir el impacto nocivo que para los niños implica estar en un limbo jurídico debido a la desigual regulación del fenómeno de la GS en países de nuestro entorno. Estos remedios hacen frente a situaciones que son, en efecto, un hecho consumado: el niño ya ha nacido y, por lo general, la gestante no desea cuidarlo⁶⁵.

1. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN SUPUESTOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN HABIDOS EN EL EXTRANJERO.

En el apartado III hemos analizado el *C-BRC* e hicimos hincapié en que mediante esta práctica se buscaba no sólo el acceso a las TRHA sino también la creación de una relación jurídica, la determinación de la filiación, que sería totalmente válida conforme al Derecho del Estado receptor pero que conlleva la causalidad de qué efectos jurídicos privados se derivan del mismo en otro Estado⁶⁶.

Es conveniente contextualizar la polémica en torno a la inscripción del nacimiento y filiación de los hijos nacidos en el extranjero mediante GS en la fecha en que es publicada la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009⁶⁷. Antes, esta técnica se había estado

⁶³ STC 138/2005, de 26 de mayo, 273/2005, de 27 de octubre: “*la investigación de la paternidad guarda íntima relación con la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona*”; También sobre el derecho al conocimiento al propio origen ha tenido notable relevancia la STEDH de 13 de febrero de 2003, caso *Odièvre vs. Francia*.

⁶⁴ Resulta idóneo recordar en este sentido que la LTRHA española en su artículo 5.5 refleja el carácter anónimo en la donación de gametos para las técnicas de reproducción humana asistida.

⁶⁵ CONFERENCIA DE LA HAYA: Preliminary Document No 11 of March 2011..., *loc. cit.*, p.11: “*In a number of States ad hoc, ex post facto remedies have been found with a view to reducing the harmful impact of this legal limbo for children. These remedies are ways of trying to cope with situations which are, in effect, a fait accompli: the child is already born and usually the surrogate mother does not wish to care for the child and the intending parents do*”.

⁶⁶ ALLAN, S., “Commercial Surrogate and Child: Ethical Issues, Regulatory Approaches, and Suggestions for Change”, *Social Science Research Network*, mayo 2014, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2431142, consultado 20 mayo 2015.

⁶⁷ BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2008.

practicando; prueba de ello es la información proporcionada en el año 2003 por los medios de comunicación en relación a una conocida aristócrata española que viajó a EE.UU. para asistir al nacimiento de sus gemelas. Hasta entonces, las autoridades españolas no ponían impedimento a la hora de inscribir a los nacidos en el extranjero mediante estas técnicas, máxime si los interesados eran una pareja heterosexual o una mujer sola en cuyo caso se podría pensar que habían sido gestados por la mujer miembro de la pareja y dado a luz en el extranjero.

Pero en noviembre de 2008 el Encargado del Registro Civil del Consulado de España en Los Ángeles denegó a dos ciudadanos españoles varones y casados en España en 2005 la inscripción del nacimiento de sus hijos gemelos nacidos en San Diego en octubre de 2008.

La DGRN mediante Resolución de 18 de febrero de 2009 ordenó la inscripción de nacimiento y filiación de los menores. Esta Resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal y revocada posteriormente por la SJPI de Valencia el 15 de septiembre de 2010⁶⁸. Ésta fue recurrida a su vez en apelación ante la AP de Valencia que por Sentencia de 23 de noviembre de 2011⁶⁹, desestimó el recurso y confirmó la sentencia dictada en instancia. Finalmente el TS mediante Sentencia de 6 de febrero de 2014 zanjó la cuestión confirmando la decisión de los tribunales inferiores⁷⁰.

Poco después, el TEDH dictó dos Sentencias, de 26 de junio de 2014, Asunto *Menesson c. France*⁷¹ y Asunto *Labassee c. France*⁷², que aparentemente desdecían a los tribunales españoles y planteó el asunto desde la óptica del respeto a los derechos humanos y a la protección del interés superior del menor.

⁶⁸ SJPI Valencia, ROJ: SJPI 25/2010.

⁶⁹ SAP Valencia, ROJ: SAP V 5738/2011.

⁷⁰ El texto de la sentencia puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_Supremo_deniega_la_inscripcion_de_la_filiacion_de_dos_ninos_gestados_en_California_a_traves_de_un_contrato_de_alquiler consultado 20 mayo 2015.

⁷¹ STEDH 26 de junio 2014, *Menesson c. Francia* (demanda núm.65192/11), disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145180#{"itemid":\["001-145180"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145180#{), consultado 20 mayo 2015.

⁷² STEDH 26 de junio de 2014, *Labassee c. Francia* (demanda núm. 6594/11), disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145180#{"itemid":\["001-145180"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145180#{) consultado 20 mayo 2015.

El 2 de febrero de 2015, el TS resuelve un incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia dictada por esa misma Sala de 6 de febrero de 2014, especificando cuál es la trascendencia de las SsTEDH en el caso que están conociendo⁷³.

Por último y hasta la fecha de redacción de este trabajo ha sido dictada otra sentencia por el TEDH en el Asunto *Paradiso et Campanelli c. Italie*⁷⁴, que cobra especial relevancia en relación con el interés superior del menor.

A continuación nos detendremos en cada uno de estos dictámenes brevemente expuestos centrándonos en la relevancia de la determinación de la filiación para el interés superior del menor.

A. DIRECCIÓN GENERAL DEL REGISTRO Y NOTARIADO.

Previamente a la *Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009*, cuando la filiación constaba en un Registro extranjero y se pretendía que constara también en idéntico sentido en el Registro Civil español, eran de aplicación los artículos 23 de la LRC, artículos 81, 86 y 88 del RRC y el artículo 323 de la LEC, en cuya virtud la DGRN venía exigiendo tres requisitos: a) el certificado del Registro extranjero, b) la realidad del hecho inscrito y c) su conformidad con la Ley española.

En la Resolución de 2009, la DGRN admite el recurso basándose en varios argumentos, entre los que cabe destacar el interés superior del menor, que se traduce en el derecho de éste a una identidad única, lo que tiene como consecuencia última respetar la filiación ya determinada en el país de nacimiento.

El procedimiento seguido por los interesados en el citado recurso no consiste en solicitar el *exequatur* de la decisión californiana, que establece la filiación para que adquiera eficacia de cosa juzgada en nuestro país. Los documentos que se aportan son las certificaciones de nacimiento de los menores emitidas por la autoridad administrativa del Registro Civil del Condado de San Diego (Los Ángeles – California) para el reconocimiento de la eficacia probatoria registral. La expedición de estos documentos fue ordenada por los tribunales civiles de California con anterioridad al nacimiento de los menores, siendo la decisión judicial la que establece la doble paternidad de los mismos a

⁷³ Se puede consultar el Auto del Tribunal Supremo en el siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=7288332&links=%22245/2012%22&optimize=20150213&publicinterface=true>, consultado 20 mayo 2015.

⁷⁴ STEDH 27 de enero de 2015, *Affaire Paradiso et Campanelli c. Italie (Requête no 25358/12)*, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-150770>, consultado 20 mayo 2015.

favor de los padres intencionales y la que ordena la expedición de los certificados en los que ya no figura la madre genética ni la gestante, lo que es conforme al Derecho del Estado de California⁷⁵.

La Resolución ordena la transcripción, dejando claro que su Resolución no prejuzga las cuestiones de fondo, ni la filiación, ni la validez del contrato, ni el eventual *exequatur*, reorientando su decisión a una cuestión de reconocimiento de las certificaciones extranjeras (arts. 81 RRC y 323 LEC). De este modo, serán los tribunales los competentes para decidir sobre las cuestiones de fondo. Así, el control de legalidad que realiza la DGRN se ciñe a la eficacia probatoria de los certificados de nacimiento y se basa en el límite del orden público internacional, que atiende al interés superior de los menores en el caso concreto⁷⁶.

Según la Resolución, “*la introducción en la esfera jurídica española de la certificación extranjera presentada no altera el correcto y pacífico funcionamiento de la sociedad española, como estructura supraindividual, establecido por el legislador*”. En concreto, ofrece una serie de razonamientos para argumentar que la citada transcripción no afecta al orden público internacional español: 1) en España ya se admite la filiación a favor de dos varones en casos de adopción; 2) también se permite la filiación de un hijo a favor de dos mujeres, por tanto no permitirlo en caso de dos hombres resultaría discriminatorio; 3) no permitir que quede acreditada la filiación vulneraría el artículo 3 CDN; 4) el niño tiene derecho a una única identidad, y no identidades distintas según el país en que se encuentre⁷⁷.

De este modo, la DGRN descarta el control de legalidad que sacaría a relucir el orden público internacional invocando el interés superior del menor recogido en el artículo 3 CDN. Se apela al buen funcionamiento de los servicios registrales de ámbito internacional que garantice el derecho fundamental de los menores a una identidad única y no distinta en el país de nacimiento y en el país donde viven (arts. 7 y 8 CDN).

⁷⁵ California Family Code, Sections 7630.3 f y 7650 a y Supreme Court (California) *Johnson v. Calvert* (851 p.2d 776; 1993). En este asunto los padres intencionales fueron declarados padres al tener la voluntad de tener un hijo la que originó el nacimiento de los menores. También se pueden consultar otros casos de doble filiación materna siguiendo el artículo publicado por FARNÓS AMORÓS, E y GARRIGA GORINA, M., “¿Madres?...”, *loc. cit.*

⁷⁶ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna...”, *loc. cit.*, pp. 7.

⁷⁷ Según la RDGRN rechazar la inscripción de la filiación en el RC español, podría producir resultados perjudiciales para los menores: a) Los hijos podrían quedar privados de una filiación, o de la filiación en relación con el sujeto que es su padre genético; b) La filiación de estos sujetos y sus padres cambiaría cada vez que los menores cruzaran la frontera; c) Los hijos se verían privados de un derecho fundamental (virtud del artículo 7 CDN): vivir con las personas que realmente los quieren como hijos, pero no figuran legalmente como padres (FJ 5º de la Resolución).

A nuestro entender, la afirmación que hace la DGRN en relación a la vulneración del interés del menor es errónea. Como ya hemos indicado previamente, el interés del menor habrá de considerarse siempre insertado dentro del contexto legislativo que sea de aplicación. En este caso, el artículo 10 de la LTRHA forma parte del ordenamiento jurídico que ha de ser de aplicación y cuyo orden habrá que respetar⁷⁸. Este artículo constituye una norma de policía que contribuye a la delimitación del orden público internacional español⁷⁹.

La aplicación de esta norma de policía supone la prohibición de los contratos de GS y las consecuencias que se derivan con respecto a la maternidad, esto es, la filiación. Conviene tener esto presente a la hora de valorar la incidencia en la filiación de los menores de la ley de policía contractual. Cabe entender que la nulidad del contrato (art. 10.1 LTRHA) y los efectos de la filiación son dissociables, y es que el propio artículo 10.3 prevé la disociación al permitir establecer la filiación biológica paterna⁸⁰.

Aunque según la Resolución sean los tribunales los competentes para indagar en la cuestión de fondo (*status filii*) no siendo exigible previo *exequatur*, las argumentaciones que da respecto a las circunstancias obstaculizadoras del reconocimiento (competencia judicial internacional y orden público internacional) puede llevar a interpretar que el Encargado del Registro actúa como un “cuasicontrolador incidental” de la sentencia californiana. Y es que aunque la DGRN no trate la eficacia de cosa juzgada de la sentencia

⁷⁸ FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España...”, *loc. cit.*, p.16: “Al huir de la rigidez del art. 10.1 LTRHA, la DGRN ha abierto una vía irregular para dar respuesta a conductas prohibidas en el ordenamiento jurídico español, que puede fomentar el desplazamiento masivo de ciudadanos españoles hacia países que permiten la maternidad subrogada. En último término, la situación creada por la DGRN genera inseguridad jurídica respecto de los menores nacidos en el extranjero a partir del recurso a una madre subrogada, que pueden ver como su filiación determinada en un ordenamiento resulta ineficaz en otro ordenamiento.”.

⁷⁹ En este sentido, QUIÑONEZ ESCAMÉS, A., “Doble filiación paterna...” *loc. cit.*, p. 5, que afirma que pareció esta la opción por la que se decantó en Encargado del Registro Civil consular español. También comparten la misma visión, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Hijos made in California”, *Aranzadi civil*, núm. 3/2009; FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España...”, *loc. cit.*; SALAS CARCELLER, A., “El Registro Civil y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2011 (Tribuna), *Westlaw*, entre otros. Contra esta visión, HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, 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 (Octubre 2014)*, Vol. 6, Nº 2, p.160, que se postula diciendo que el artículo 10 LTRHA “es simplemente una norma imperativa...sólo aplicable cuando el Derecho español rija la cuestión en virtud del art. 9.4 CC”.

⁸⁰ Para QUIÑONES ESCAMÉS, A., “Doble filiación paterna...”, *loc. cit.*, p. 20: “...no cabe pensar, aunque estemos ante un fraude de ley (imperativa), que el fraude todo lo corrompe (*fraus omnia corrumpit*) con la sanción correspondiente. Estamos ante una ley de policía contractual y los tribunales pueden establecer, por reconocimiento, la paternidad biológica.”.

extranjera no prejuzgando la cuestión de fondo, resulta difícil separar en este caso el título que permite establecer la filiación de los menores y los documentos que ordena expedir⁸¹.

Siguiendo el orden cronológico, se publicó la *Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución*. Su exposición de motivos coloca como principal objetivo la protección del interés superior del menor, la garantía de que la voluntad de la gestante sea libre, que no se trate de un caso de tráfico de menores y que no se imposibilite el derecho del niño a conocer su origen biológico. Esta Instrucción tiene como consecuencia permitir la inscripción en el RC español de los nacimientos y filiación de hijos de españoles nacidos en el extranjero mediante GS teniendo en cuenta una serie de premisas. A saber, 1º) Existencia de una resolución judicial en el extranjero que acredite la filiación del nacido mediante GS, de manera que no se admitirá como título apto para la inscripción una certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento en la que no conste la identidad de la madre gestante. 2º) Esta resolución extranjera, si se ha dictado en un proceso contencioso, debe haber obtenido previamente el exequátur en España, según los Convenios internacionales que pudieran resultar de aplicación o en su defecto, a través del artículo 954 LEC. 3º) Si la resolución ha sido dictada como consecuencia de un acto de jurisdicción voluntaria, no resultará necesario el exequátur. Será el Encargado del Registro Civil el que efectuará un reconocimiento incidental, debiendo controlar: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualquier otro documento que se hubiere presentado; b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; c) Que se hubieren garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; d) Que no se haya producido vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante; e) Que la resolución judicial sea firme y los consentimientos prestados irrevocables.

Han sido numerosas las críticas que esta Instrucción ha tenido por parte de la doctrina nacional, y es que parece llevar a cabo un papel de cuasileislador que no le corresponde⁸². Así, entre otras, conviene resaltar que la exigencia de una resolución

⁸¹ QUIÑONEZ ESCAMÉS, A., “Doble filiación paterna...”, *loc. cit.*

⁸² Así lo ha manifestado DURÁN AYAGO, A., “El acceso al Registro Civil...”, *loc. cit.*; También en el mismo sentido LASARTE ÁLVAREZ, C., “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, núm. 7777, 17 de enero de 2012, que sostiene que “la instrucción es contraria a la legislación vigente, técnica y axiológicamente hablando, pues en realidad, pretende que cuanto la ley excluye sea admisible por vía reglamentaria, resolviendo, aunque solo sea aparentemente, problemas que no deben ser objeto de ocurrencias

judicial extranjera sobre filiación es contraria a la ley, a los artículos 81 y 85 RRC, que admiten como título válido inscribible de la filiación la presentación de un acta extranjera, además, esta exigencia induce a una judicialización de la función registral.

Por la parte que nos ocupa, el interés del menor, la exigencia de esta resolución judicial extranjera podría resultar discriminatoria por razón de la filiación. Según la Instrucción, podrían ser inscritas directamente las actas registrales extranjeras de nacimientos habidos sin GS, pero no en estos casos, lo que supondría un perjuicio para los menores, no siendo coherente ni con el artículo 14 CE ni con los instrumentos legales internacionales que protegen el interés superior del menor⁸³. Además, se produciría otra discriminación puesto que los países en los que tras la GS se emite una resolución judicial (California, Grecia, Reino Unido), suelen ser los destinos más caros, por tanto, tan sólo obtendrían garantías aquellos comitentes que pudieran permitirse económicamente estos destinos.

Otra crítica es la ausencia de mención alguna de control del orden público por parte del Encargado del RC español mediante reconocimiento incidental que aborda la directriz primera, punto 3 de la Instrucción. En tono justificador, puede entenderse como una exclusión de cualquier motivo no previsto en los puntos “c” (garantía de derechos procesales), “d” (interés superior del menor y de la madres gestante) y “e” (irrevocabilidad de consentimientos)⁸⁴.

ministeriales de urgencia”. En sentido similar, FARNÓS AMORÓS, E., “Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos”, *Revista de Derecho de Familia* núm.49, 2011, pp. 153-181.

⁸³ CALVO CARAVACA A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.3, nº1, marzo 2011, pp. 247-262. Respecto a esta cuestión VELA SÁNCHEZ, A.J., “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Diario La Ley* núm.7815, 2012, aunque entiende que la Instrucción es inconstitucional por atentar contra el principio de igualdad, también sostiene que “*atendiendo a su clarividente Exposición de Motivos y a sus concretas directrices podríamos configurar la estructura básica del convenio de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, de manera que sus claves serían: 1ª Fecundación de la mujer gestante con la aportación de material genético de, al menos, uno de los padres o madres intervinientes; 2ª Capacidad de obrar plena u consentimiento voluntario de las partes contratantes; 3ª Irrevocabilidad del consentimiento prestado; 4ª Posibilidad de que el hijo conozca su origen biológico*”. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3854297> consultado 20 mayo 2015.

⁸⁴ Para ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X, pp.339-377, “...en aras a cubrir todas las posibles situaciones que puedan presentarse la cláusula general de orden público, ésta suministra una cobertura más confortable y proporciona un mecanismo más flexible para dar una respuesta al caso concreto.”.

Aún con todas sus críticas, en aplicación de esta Instrucción numerosos niños nacidos en el extranjero por GS han sido inscritos en el RC español conforme a esta Instrucción⁸⁵. Otra consecuencia de interés, aunque no nos detendremos en ello, es que al permitirse la inscripción se han reconocido en el ámbito social derechos a los padres intencionales, esto es, las bajas por maternidad o paternidad⁸⁶.

Es de obligado recibo destacar la relevancia que en este asunto tiene la nueva *Ley del Registro Civil 20/2011*⁸⁷. Resulta llamativo que la IDGRN fuese emitida durante la tramitación de la nueva Ley, pues nada tiene que ver lo dicho por la DGRN y lo redactado por el legislador, que en ningún caso nombra la GS en el texto de la Ley ni en los diarios de sesiones de las Comisiones en las que fue discutida⁸⁸.

El Título X de la Ley, “*Normas de Derecho Internacional Privado*”, obviamente regula los trámites para realizar los asientos en el Registro Civil a que den lugar las relaciones de Derecho Internacional Privado y, por tanto, la filiación de los hijos habidos en el extranjero mediante GS. A partir de su entrada en vigor dejaría de aplicarse la IDGRN, pues siendo el contenido de ambas diverso, el conflicto entre las dos regulaciones se resolvería a favor de la norma de mayor rango.

Resultan de especial interés los artículos 96 y 98. El primero regula el acceso de resoluciones judiciales extranjeras al Registro civil español y el segundo hace lo propio respecto de las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros⁸⁹. La

⁸⁵ En la noticia redactada por MARIÑO, M., “La situación legal en España de los niños de vientre de alquiler: ¿pueden o no ser registrados?, *20 minutos*, 04/04/2013 se afirma que “*cientos de recién nacidos en el extranjero por gestación subrogada, es decir, de un vientre de alquiler, han sido inscritos en los últimos años en el registro civil español. Son españoles y, legalmente, hijos de españoles*”. Disponible en: <http://www.20minutos.es/noticia/1775366/0/vientre-de-alquiler/registro-civil/bebes/>, consultado 20 mayo 2015.

⁸⁶ STSJ Asturias, Sala de lo Social de 20 de septiembre de 2012, recurso núm. 1604/2012; TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sección 4ª, de 18 de octubre de 2012, recurso núm. 1875/2012, entre otras.

⁸⁷ BOE de 22 de julio de 2011. Esta Ley tenía una *vacatio legis* de tres años puesto que prevé una reforma sustancial en la organización y funcionamiento de nuestro Registro Civil. Su texto puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.boe.es/boe/dias/2011/07/22/pdfs/BOE-A-2011-12628.pdf>. Su *vacatio legis* fue extendida hasta el 15 de julio de 2015 por la Ley 18/2014 de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, así lo expresa la DA 20ª y previsiblemente volverá a prorrogarse hasta junio de 2017, según el Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la administración de justicia y del Registro Civil que en estos momentos se discute en las Cortes.

⁸⁸ 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, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012.

⁸⁹ ALBERT MÁRQUEZ, M., “Los contratos de gestación de sustitución...”, *loc. cit.*, p. 9, expresa que teniendo en cuenta la regulación de la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros cabe plantear dos problemas: “*Primero, ¿es la certificación registral de la filiación de los hijos habidos mediante gestación de sustitución en el extranjero una de las certificaciones reguladas en el art. 98? A mi juicio, no puede ser de otro modo, puesto que donde la Ley no distingue no cabe distinguir, y no encontramos motivo alguno para excepcionar el asunto que nos convoca de este régimen de Derecho*

principal innovación la encontramos en el apartado segundo del artículo 98 que establece que si una certificación registral extranjera constituye mero reflejo de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga el acceso al Registro Civil, para lo cual primero habrá de ser reconocida.

Para llevar a cabo ese reconocimiento el artículo 96 dispone dos vías: el exequátur y el reconocimiento incidental, según haya existido o no contienda entre las partes. El primero se prevé para supuestos contenciosos que habrán de seguir lo pautado en el Convenio que en su caso sea aplicable o, en su defecto y por el momento, en la LEC de 1881. El segundo cuando la resolución provenga de un “*procedimiento equiparable a la jurisdicción voluntaria*”, que son la mayoría de los casos que han afectado en esta materia a españoles y también el que dio origen a la RDGRN de 2009. En este caso será el Encargado del RC el que se encargue de verificar los siguientes aspectos⁹⁰: “*a) La 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 todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento; d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.*”⁹¹.

Centrándonos en el requisito del orden público internacional, nos topamos nuevamente con el artículo 10 LTRHA que podría dar como resultado el rechazo al reconocimiento. Por esta vía no se exige la realización de ningún control del Derecho aplicado por la autoridad de origen, siendo la cláusula del orden público internacional la única que podría alegarse⁹². En este punto, el interés superior del menor aparecería con tal intensidad que podría, por la vía de los hechos consumados, desplazar el artículo 10 LTRHA, puesto que este interés exige que el menor tenga acreditado su estado civil con independencia de la valoración que pueda merecer la actuación de sus padres al haber recurrido a la GS en un país extranjero. Podríamos ir más allá, al sanarse el vicio de ilegalidad de la IDGRN por la nueva LRC, ésta se podría utilizar como vía para concretar

Internacional Privado. Segundo, ¿qué se requeriría, cuando entre en vigor la nueva Ley, para inscribir en Registro español la filiación de un hijo habido en el extranjero mediante gestación de sustitución?”.

⁹⁰ ESPINAR VICENTE, J.M., “Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil” *Diario La Ley* núm. 7771, Sección Doctrina, 9 enero 2012, pp.11. Este autor resalta que el hecho de que el legislador haya otorgado esa función a un órgano no jurisdiccional se debe a que no ha distinguido entre las dos funciones básicas del reconocimiento.

⁹¹ Artículo 98 Ley 20/2011 del Registro Civil, *Certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros*.

⁹² DURÁN AYAGO, A., “El acceso al Registro Civil...”, *loc. cit.*, p. 302.

el orden público internacional al que la Instrucción directamente no alude, a través del apartado d) del numeral 3 de la Disposición primera: “*Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente*”.

Tras el análisis de la Resolución y la Instrucción vemos que la DGRN entiende que la determinación de la filiación del menor no es una consecuencia directa de la celebración del contrato de GS, haciéndose necesario que en atención al interés del menor, la filiación ya determinada en el país de celebración sea reconocida en España. Se acogen para ello a la consecuencia de facto, esto es, el nacimiento de niños que tienen vinculación con dos Estados cuyos ordenamientos difieren en otorgar legalidad o no a su modo de nacer, se argumenta además el concepto de interés del menor fuera del ordenamiento jurídico, esto es, fuera del art.10 LTRHA.

B. TRIBUNALES ESPAÑOLES.

a) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010.

La Resolución de 18 de febrero de 2009 fue impugnada por el Ministerio Fiscal y anulada por el JPI nº 15 de Valencia, en su sentencia de 15 de septiembre de 2010, ordenando dejar sin efecto la inscripción del nacimiento y filiación de los niños en el Registro Civil español. Recuerda el juzgado que el artículo 81 RRC es una norma que desarrolla otra de rango superior que es el artículo 23 LRC que implica la necesidad de un control no sólo formal sino también material, exigiendo por tanto que el Encargado del Registro compruebe si de ocurrir el hecho inscrito en España sería o no legal, en concreto, conforme al artículo 10 de la LTRHA⁹³.

⁹³ Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil (Vigente hasta el 15 de Julio de 2015), su artículo 23 dispone para lo que aquí nos interesa que “*También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación 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 española*”. Para OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “Filiación: Maternidad de Sustitución: recurso frente a la inscripción de filiación conformada a través de maternidad de sustitución en California: admisión del recurso”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo 10, 2010, pp. 1072-1078, caben tres posibles interpretaciones de este artículo. La primera es que se refiera a la ley sustantiva española, esta es la lectura que hace el JPI, y que conduce a la aplicación del art. 10 de la Ley 14/2006. La segunda es entender que el art. 23 LRC hace una remisión al ordenamiento español en su conjunto, así, a las normas de conflicto al tratarse éste de un asunto internacional, por lo que habría de estar a lo dispuesto en el art. 9.4CC. Al remitir éste a la ley personal, habría que determinar la nacionalidad del hijo, y aplicar la ley nacional, en lo que a la legalidad de la maternidad de sustitución respecta. “*En este supuesto, teniendo en cuenta que si se insta y es posible la*

Destaca este juzgado que el interés del menor tiene que insertarse siempre dentro de un contexto legislativo, incidiendo que el ordenamiento español cuenta con otros medios para acreditar la filiación de los menores. Se refiere así a la opción de que el padre biológico de los niños reclamase su paternidad, tal y como le permite el artículo 10.3 LTRHA y su cónyuge incoara un procedimiento de adopción. De esta manera, sí se estaría respetando la coherencia del ordenamiento jurídico español⁹⁴. A nuestro entender, como argumentamos en el punto III.3 de este trabajo, se trataría ésta de una práctica fraudulenta, ya que supondría usar la figura de la adopción para alcanzar la determinación de la filiación del niño nacido mediante GS a favor del cónyuge del padre biológico.

b) Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011

La sentencia de primera instancia fue apelada ante la AP que entendió que el caso que inició este proceso no presentaba los requisitos que la IDGRN imponía en el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante GS, especialmente el relativo a la resolución judicial extranjera que no se había presentado en el procedimiento. De este modo, la AP confirmó la sentencia de la instancia inferior ordenando dejar sin efecto la inscripción.

En su fundamento jurídico segundo considera que la certificación registral californiana vulnera el orden público internacional español en la medida en que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres; el niño, no puede ser objeto de transacción, pues ello atentaría contra la dignidad de la persona. No considera la AP que la filiación sea una consecuencia última y periférica del contrato de GS, sino que

inscripción de los nacimientos en el extranjero es porque los menores son (según la ley extranjera) nacidos de españoles y, por consiguiente de nacionalidad española, el resultado sería el mismo. A la postre la aplicación de la Ley 14/2006 obstaculizaría la inscripción.” La tercera es interpretar que al estar ya determinada la filiación según la ley extranjera, habría que abordar la cuestión desde el reconocimiento de la relación, abriéndose dos vías. Podría ser un reconocimiento material, habiendo de aplicar por tanto el art. 9.4 CC, con la consecuencia que ya hemos visto; la otra opción es que se realice un reconocimiento procesal, pero en tal caso no hay otros preceptos que dispongan otras condiciones que los antes indicados, los contenidos en la normativa del RC; ALBERT MÁRQUEZ, M. M., “Los contratos de...”, *loc. cit.*, pp.1-14.

⁹⁴ En el artículo de DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm.15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, núm. 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, encontramos una fuerte crítica con la que coincidimos plenamente: “*Esta observación, sin duda, produce cierta perplejidad, ya que está indicando que la propia Ley española contempla, indirectamente, mecanismos que permiten eludir la prohibición de gestación por sustitución que la misma establece, lo que, sin embargo, es cierto (...) esta solución es un tanto absurda, ya que supone utilizar la adopción para conseguir los efectos que se perseguían mediante la celebración del contrato de gestación por sustitución; y si esto es así, ¿por qué no se admite directamente la gestación por sustitución y se evita un proceso más largo y complejo, que va a llevar al mismo resultado?*”.

constituye su causa para los comitentes y el objeto de prestación para la gestante, conforme al artículo 1274 CC y, por tanto, un elemento esencial del mismo.

Respecto al interés superior del menor, la AP advierte que este principio no puede servir de coartada para dar cabida en el ordenamiento jurídico español a la filiación derivada de una figura nula por aplicación del artículo 10 LTRHA. Dictamina que *“es cierto que toda resolución que afecte a los menores de edad debe tener como guía el principio del interés del menor tanto por aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, como por aplicación del artículo 39 CE o de las disposiciones de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como de las normas concordantes del Código Civil, pero la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la propia Ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados (art. 10 de la Ley 14/2006 y arts. 175 y ss. CC)”*.

Una vez más el tribunal redirige la posible solución para que los menores vean determinada su filiación a la opción de la reclamación de paternidad por parte del padre biológico y a la institución jurídica de la adopción de los artículos 175 y ss. del CC por parte de la pareja. Es más, la SAP entiende que *“la prohibición de la gestación por sustitución persigue, al menos en abstracto, la defensa del interés de los menores, pues como se ha dicho, pretende impedir que la vida humana sea objeto del comercio”*. El tribunal va más allá al afirmar que tampoco se vulnera el derecho a la vida privada y familiar, reconocido en el artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, por dos motivos: en primer lugar porque la denegación de la inscripción no impediría desarrollar de facto una vida familiar y, en segundo lugar, porque los menores pueden ejercer su derecho a la identidad única *“pues estos tienen la que resulta de la certificación californiana”*.

c) Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

El TS resuelve un recurso de casación contra la sentencia de la AP de Valencia de 23 de noviembre de 2011. Exponiendo los fundamentos jurídicos que para el objeto de nuestro trabajo nos interesan, el TS lleva a cabo una ponderación de intereses respecto al interés superior del menor con otros bienes jurídicos en juego: la protección de la dignidad e integridad de la mujer gestante, el impedimento a la mercantilización de la gestación y de la filiación y evitar la explotación de las mujeres, llegando a la conclusión, en su

fundamento jurídico octavo, que estos últimos han de prevalecer sobre el interés del menor⁹⁵.

Según el TS, los menores no verían vulnerado su derecho a la identidad única porque no cuentan con una vinculación efectiva con los Estados Unidos puesto que los recurrentes acudieron a California solo porque allí era posible la celebración de un contrato de GS, no vulnerándose tampoco el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH. Para el TS la denegación del reconocimiento de la filiación determinada por la autoridad de California con base en el contrato de GS, siendo efectivamente una injerencia en el ámbito de vida familiar, reúne los requisitos que según la jurisprudencia del TEDH la justifican⁹⁶, y que son: “a) la injerencia está prevista en la ley, pues ésta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y b) es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal y como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes de trascendencia constitucional como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situaciones de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”⁹⁷.

El Alto Tribunal termina reconociendo que la denegación de la inscripción de nacimiento y filiación podría causar inconvenientes a los menores, pero con ello no quedarían desprotegidos. Asume la argumentación de que la protección ha de otorgarse partiendo de las previsiones legislativas españolas⁹⁸, y al igual que las instancias

⁹⁵ 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, Octubre 2014, pp.5-49. Este autor hace una objeción a la argumentación del TS “el tratamiento que el Supremo dispensa al principio de prioridad del interés del menor, no resulta acorde con el principio de jerarquía normativa, pues la propia Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección del Menor coloca por encima de la legalidad ordinaria los tratados internacionales ratificados por España y muy en particular la Convención de Nueva York sobre los derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.”. También para la doctora Eleonora Lamm, el Tribunal Supremo utiliza el argumento del interés superior del menor de forma ineficiente ya que coloca a los menores en un “limbo jurídico”, y es que la consecuencia de cancelar la inscripción es la desprotección “desde que se niega a los niños sus derechos básicos como ciudadanos españoles y se los priva de padres a efectos legales”, LAMM, E., “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto” *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 2, Nº. 2, 2014, pp. 43-50.

⁹⁶ STEDH de 28 de junio de 2007 caso *Wagner y otro c. Luxemburgo*.

⁹⁷ FJ 4º.10 STS 6 febrero 2014.

⁹⁸ “La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el

inferiores hace referencia al artículo 10.3 LTRHA que permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. Termina sugiriendo que figuras como el acogimiento y la adopción también permitirían la integración real de los menores en el núcleo familiar (FJ 4º.11).

A día de hoy y a falta de una regulación permisiva de la figura de la GS en nuestro ordenamiento jurídico, ésta (la del artículo 10.3), es la vía para la determinación de la filiación de los niños habidos por esta técnica a favor de su padre biológico. Por ello el TS insta al Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones pertinentes para determinar correctamente la filiación de los menores, atendiendo a la efectiva integración de los mismos en el núcleo familiar de facto.

Es interesante destacar el voto particular de esta sentencia al que se adhieren cuatro de los nueve magistrados del pleno y que argumenta principalmente en torno al interés superior del menor, entendiendo que sobre su base debe reconocerse la filiación ya acreditada en el extranjero, pues de lo contrario se estaría situando a los menores en un limbo jurídico que no les beneficiaría. *“Este interés se protege antes y después de la gestación...es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo...y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que prevalece sobre otras consideraciones, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”*⁹⁹.

La sentencia supuso la paralización de las inscripciones que desde la IDGRN de 5 de octubre de 2010 se venían realizando por los Cónsules españoles, siempre que se hubieran observado los requisitos que en ella se señalaban. Tras esta paralización el 13 de junio de 2014 se aprobó en Consejo de Ministros una propuesta de reforma de la Ley del Registro Civil en términos muy restrictivos para el reconocimiento en España de la filiación habida por GS en el extranjero¹⁰⁰.

parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo”. FJ 5º 6.

⁹⁹ En este sentido se puede ver también el artículo de PARRÓN CAMBERO, M.J., “Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus est”, *Diario La Ley*, núm. 8269, Sección Tribuna, 12 de marzo de 2014, pp. 4-5.

¹⁰⁰ Los últimos acontecimiento en torno a este asunto ha sido la emisión de enmiendas al Proyecto de Ley del Registro Civil: BOLETÍN GENERAL DE LAS CORTES GENERALES, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, Enmiendas e índices de enmiendas al articulado del Proyecto de Ley de medidas de reforma

Cobra especial interés el escrito emitido por la DGRN el 11 de julio de 2014 dirigido a todos los jueces y magistrados encargados de los Registros Civiles del territorio, en relación al régimen registral de la filiación de los nacidos fuera de España mediante GS tras la STS de 6 de febrero de 2014. Aclarando que “*la Instrucción de 5 de octubre de 2010 no ha quedado afectada en su validez y eficacia por la doctrina emanada por el Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 en la que se declara la nulidad de la Resolución de este Centro Directivo de 8 de febrero de 2009, habida cuenta de que en dicha Resolución se ordenó la inscripción de un nacimiento y filiación resultante de un contrato de gestación por sustitución que base exclusivamente a la certificación del Registro Civil extranjero, cuya sola certificación, por su propio limitado contenido, no permite desplegar el control sobre todos los extremos a que se refiere la directriz primera de la Instrucción...*”¹⁰¹.

C. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

En las SsTEDH en los casos *Mennesson contra Francia* y *Labassee contra Francia* dictadas el 26 de junio de 2014¹⁰², el Gobierno francés denegó la inscripción en el RC francés de los niños nacidos en el seno de estas parejas heterosexuales mediante GS, aun cuando en ambos casos el padre intencional aportó su material genético siendo por tanto padre biológico. El TEDH consideró que tal decisión vulneraba el derecho de los niños al respeto a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 de la CEDH. Como

administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, disponible en <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-101-2.CODI.%29#%28P%C3%A1gina1%29>, consultado 30 mayo 2015. Destacamos la enmienda del pasado 26 de mayo iniciada por el grupo mixto que finalmente no se aceptó y que habría dejado la redacción de este artículo de la siguiente manera: “*En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre que ha gestado, siendo necesaria para hacer constar la filiación no matrimonial la declaración conforme de ambos sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del o la cónyuge respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur*”; También al respecto se puede consultar el artículo de DURÁN AYAGO, A., “Valoración del proyecto presentado por el gobierno para regular la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada”, disponible en el blog de Gestación Subrogada: <http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro>, consultado 27 mayo 2015.

¹⁰¹ Continúa diciendo que “*Esta diversidad de supuestos de hecho lleva consigo también la diversidad de “quaestio iuris”, lo que determina que la doctrina del Tribunal Supremo no pueda extrapolarse miméticamente a un supuesto distinto como lo es el de los casos en que la referida solicitud de inscripción de nacimiento y filiación resultante de una gestación por sustitución se sustenta en una sentencia judicial firme por la que se declara la filiación que se pretende inscribir, y que permite el ejercicio de la facultad de control incidental a que nos hemos referido*”.

¹⁰² STEDH 26 de junio 2014, *Menesson c. Francia* (demanda núm.65192/11) y *Labassee c. Francia* (demanda núm. 6594/11) disponibles en <http://www.echr.coe.int/>

sabemos este derecho comprende el derecho a la identidad íntimamente relacionado con la determinación de la filiación y por tanto englobado en el interés superior del menor¹⁰³.

La justicia francesa en ambos supuestos alega la protección de su orden público internacional para denegar el acceso al RC, ya que de lo contrario se estaría reconociendo en cierto modo la figura de la GS prohibida por su ordenamiento jurídico. Y es que conforme al artículo 16 del CC francés el cuerpo humano es indisponible, hecho que viola un contrato de GS no gratuito¹⁰⁴.

El Tribunal reconoce ante todo la autonomía y libertad de cada Estado en la regulación que hagan sobre la figura de la GS: prohibirla de manera expresa, permitirla y regularla o no pronunciarse al respecto, máxime cuando la cuestión engloba aspectos éticos como en este caso. Ahora bien, desde el momento que esa autonomía pueda conllevar una puesta en peligro de un derecho fundamental como es la identidad individual, el margen de autonomía del Estado se estrecha.

De este modo, el Tribunal terminó reconociendo que en ambos casos, los niños nacidos por GS se encontraban en situación de inseguridad jurídica, ya que su filiación había sido determinada en el Estado de nacimiento negándose Francia a reconocer tal situación.

El Tribunal hizo hincapié en que en ambos casos el padre había aportado su material genético y que incluso en tal situación Francia se resistía a reconocer a los nacidos la nacionalidad francesa conllevando ello un perjuicio para los menores en cuanto a la incertidumbre sobre su identidad¹⁰⁵. Y es que no podría refugiarse en el interés superior

¹⁰³ ROURA, S., “Nota de urgencia sobre las decisiones en los casos *Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia* de 26 de junio de 2014” disponible en <http://www.gestacion-subrogada.com/interpretacion-sentencia-tedh>, consultado 27 mayo 2015.

¹⁰⁴ HERRERA, M. Y LAMM, E., “Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar” *La Ley*, Tomo 2014-D Buenos Aires, Argentina, pp. 6-8.

¹⁰⁵ Disponiendo expresamente la STEDH *Mennesson c. France* (n° 65192/11) en los fundamentos jurídicos 100 y 101: “100. Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l’espèce, l’un des parents d’intention est également géniteur de l’enfant. Au regard de l’importance de la filiation biologique en tant qu’élément de l’identité de chacun (voir, par exemple, l’arrêt *Jäggi* précité, § 37), on ne saurait prétendre qu’il est conforme à l’intérêt d’un enfant de le priver d’un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l’enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique n’a pas été admis à l’occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d’une reconnaissance de paternité ou de l’adoption ou par l’effet de la possession d’état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 34 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l’identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu’en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu’à l’établissement en droit interne de leur lien de filiation à l’égard de leur père biologique, l’État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d’appréciation.

de los menores el privarles del vínculo jurídico paterno máxime cuando la propia realidad biológica determinaba que en ambos casos los varones de las respectivas parejas eran progenitores.

Esta valoración del TEDH se consideró un avance en la seguridad jurídica para las familias involucradas en trámites de GS. Ahora bien, el hecho de que el Tribunal destacase la relación biológica de los padres con los hijos conlleva cierta incertidumbre en aquellos casos en los que ni el padre ni la madre intencional hubiesen aportado su material genético¹⁰⁶. Hacer énfasis en la filiación genética supone igualar los conceptos de procreación y filiación, y como sabemos hoy en día debido a las TRHA procreación no es sinónimo de filiación.

En nuestro país, la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, advierte que los recurrentes no han aportado pruebas de su relación genética con los niños nacidos: *“También ha de tenerse en cuenta que no ha resultado probado que alguno de los comitentes aportara sus gametos, pues aunque en algún pasaje de sus alegaciones así se afirma, ni se concreta cuál de ellos lo habría aportado, ni menos aún se prueba cual fuera el padre biológico de cada uno de los niños”*. Sin embargo, como ya hemos visto, en base al artículo 8 del Convenio, insta al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para determinar *“la correcta filiación de los menores, y tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar de facto”*¹⁰⁷.

En esta sentencia se hace alusión a otras sentencias del TEDH, caso *Wagner contra Luxemburgo*, de 28 de junio de 2007, y caso *Harroudj contra Francia*, de 4 de octubre de 2012, en ellas el tribunal interpreta que donde existe una relación de familia con un niño, el Estado tiene la obligación de *“actuar con el fin de permitir que ese vínculo se*

101. Étant donné aussi le poids qu’il y a lieu d’accorder à l’intérêt de l’enfant lorsqu’on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée a été méconnu.”

Idénticos argumentos encontramos en la STEDH, caso *Labasse c. France* (nº 65941/11) en los fundamentos 79 y 80.

¹⁰⁶ DURÁN AYAGO, A., “Primeras impresiones sobre las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos casos *Menesson c. France* y *Labassee c. France*, dictadas el 26 de junio de 2014” disponible en <http://www.gestacion-subrogada.com/interpretacion-sentencia-tedh> , consultado 27 mayo 2015.

¹⁰⁷ STS 835/2013 de 6 de febrero de 2014, Fundamento de derecho quinto-12- *“La protección de este interés no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores.”*

desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia". De este modo, la sentencia del TS y las del TEDH relativas a GS convergen en el punto de resaltar la importancia que la "verdad biológica" tiene en la filiación.

Tras las sentencias del TEDH en los casos *Mennesson c. France* y *Labassee c. France*, el Ministerio de Justicia se comprometió a volver a aplicar la IDGRN de 2010 así como a incorporar su contenido a la reforma en vías de discusión de la LRC (Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil), aunque finalmente este compromiso se ha diluido, pues ha desaparecido la regulación de esta materia tras la aprobación de enmiendas en el Congreso el pasado 2 de junio¹⁰⁸.

Como ya apuntamos, el 2 de febrero de 2015, el pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resolvió un incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia de 6 de febrero de 2014 presentado por los afectados, que es admitido a trámite por providencia de 29 de abril del 2014, al haber dictado el TEDH las sentencias anteriormente discutidas relativas a la determinación de la filiación de niños nacidos en el extranjero por GS¹⁰⁹.

El TS hace hincapié en que el TEDH, en relación al respeto a la vida privada de los niños, indica que las sentencias del Tribunal de Casación francés que les niega la inscripción conducen a que los menores se encuentren en una situación de incertidumbre jurídica. Francia niega la consideración de hijos de los recurrentes nacidos por GS en el extranjero, impidiendo el establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes tanto mediante inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, como 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. *"El Tribunal de Estrasburgo considera que tal contradicción atenta al reconocimiento de su identidad en el seno de la sociedad francesa. Por añadidura, a pesar de que sus padres biológicos sean franceses, las niñas se ven abocadas a una inquietante incertidumbre en cuanto a la*

¹⁰⁸ http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-101-4.PDF, consultado 17 junio 2015.

¹⁰⁹ Auto Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, de 2 de febrero de 2015, Recurso Núm.245/2012 disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7288332&links=%22245/2012%22&optimize=20150213&publicinterface=true>, consultado 27 mayo 2015.

posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa, una indeterminación susceptible de afectar negativamente a la definición de su propia identidad”.

En el FJ noveno de este auto se advierte que los promotores del incidente, cuando fueron oídos sobre la trascendencia de las sentencias dictadas por el TEDH alegaron que: *“este Tribunal, en sus sentencias critica específicamente las soluciones que otorgan los tribunales franceses a los litigantes: reconocimiento de paternidad, adopción, o notoriedad de estado. Es decir, las mismas soluciones que se sugiere a los litigantes españoles. La crítica versa sobre la grave restricción sobre la identidad y el derecho fundamental a la vida privada de los menores”.*

El TS advierte del error en el que caen los recurrentes, aclarando que lo que el TEDH observa es una violación del artículo 8 del CEDH en su aspecto de derecho a la vida privada de los menores, por cuanto el ordenamiento francés, considerando que existe vicio de origen (es nulo el contrato de GS), no permite el reconocimiento de la filiación entre los matrimonios comitentes y las niñas gestadas por sustitución por ningún medio, y especialmente, que no admita el reconocimiento de la filiación paterna biológica, lo que merece al Tribunal un especial reproche.

Sin embargo, el TS, en su sentencia del 6 de febrero previó que respecto del padre biológico fuese posible la determinación de la filiación paterna; y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente formaban un núcleo familiar de facto, la sentencia acordó que debía protegerse legalmente, en su caso mediante adopción o, de considerarse que se estaba ante situación de desamparo por la decisión de la madre gestante, mediante acogimiento.

Continua exponiendo el TS en el FJ doceavo del auto que el Tribunal de Estrasburgo no afirma que la negativa a transcribir al RC francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por GS infringiese el derecho al respeto a la vida privada de los menores, afirma que a esos niños había que reconocerles un estatus definido, *“una identidad cierta en el país en el que normalmente vivieran. Ese estatus debe ser fijado conforme a las normas esenciales del orden público internacional del Estado en cuestión sobre filiación y estado civil, siempre que sean compatibles con esta exigencia, como lo son en el ordenamiento jurídico español.”*

Por último, respecto del caso *Paradiso et Campanelli c. Italie*¹¹⁰ a diferencia de los casos anteriores conocidos por el TEDH aquí ninguno de los comitentes aportó material genético. Sin embargo, el TEDH no estima este hecho como determinante, puesto que estima que la medida de separar al hijo nacido de la pareja comitente con la que se ha establecido un vínculo familiar de facto atenta contra su interés, puesto que esta es una medida extrema que en el supuesto concreto no se justifica. Así pues, la STEDH estima que el interés superior del niño que en este caso se traduce en el mantenimiento de los lazos existentes con los comitentes, prevalece sobre el dato genético.

V. CONCLUSIONES.

Desde que científicamente se hicieron posibles las técnicas de reproducción humana asistida, a las modalidades de determinación de la filiación ya conocidas (la biológica y la adoptiva) se les une la voluntad procreacional¹¹¹. Dentro de esta modalidad encuadramos la GS, de cuya celebración nace un niño que no habría existido de no haberse dado la voluntad de los comitentes. La voluntad es, por tanto, *conditio sine qua non* para que se produzca el nacimiento.

Tras este trabajo queda patente que nuestra escueta regulación del contrato de GS no da respuesta a la problemática que éste fenómeno plantea a nivel nacional. Debido a ello, tanto nacionales de nuestro país como de otros con regulaciones similares ven en la celebración de contratos de GS en terceros países con una normativa más permisiva la vía para llegar a ser padre o madre, naciendo así el concepto de *C-BRC*. La Conferencia de La Haya ha sido clara al estimar la necesidad de cierta armonización de esta materia a nivel internacional para paliar las consecuencias de incertidumbre que se dan.

El *C-BRC* conlleva la inseguridad que para los comitentes y para el menor supone que en ocasiones o bien no puedan salir del país de celebración del contrato porque no les son

¹¹⁰ Esta pareja italiana recurre a la GS en una clínica de Moscú en mayo de 2010, nace un niño y se expide el certificado de nacimiento a nombre de los comitentes en Rusia, certificado cuya inscripción en el RC italiano es denegado por darse la voz de alarma desde el Consulado Italiano en Rusia de que la documentación presentada es falsa. Comienza así un proceso judicial contra la pareja por violación del régimen de adopción internacional, quedando probado además que no hubo aportación de material genético, por tanto existe una violación también de la LRHA italiana que prohíbe la GS. El Tribunal Italiano termina estimando que los comitentes ni son padres legales del niño, puesto que no se formuló un proceso de adopción, ni tampoco son padres genéticos, así pues el niño es dado en adopción a personas distintas de los comitentes.

¹¹¹ BLANCO-MORALES LIMONES, P., “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, *Millenium DIPr.*, Tirant Lo Blanch, disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/archivos/1433416687.pdf>, consultado 18 junio 2015.

expedidos los pasaportes o bien al regresar al país de residencia de los comitentes les es denegada la inscripción de la filiación determinada a favor de éstos en el país de nacimiento; esto último es lo que sucede en el caso español. Esta denegación conlleva que en nuestro país se reconozca como madre a la gestante, una mujer con la que el menor no tiene ningún tipo de vínculo fáctico afectivo, pudiendo el padre biológico plantear la acción para el reconocimiento de su paternidad biológica por el mecanismo que le otorga el ya conocido apartado tercero del artículo 10 LTRHA. Esta posibilidad no se le reconoce a la posible madre genética, resultando evidente el trato discriminatorio respecto de ella. Se coloca así al menor en un limbo respecto a su filiación, violando por tanto su interés superior. Éste interés hace necesario que el niño tenga determinada su filiación desde el nacimiento.

La problemática de qué ley ha de aplicarse para determinar la filiación del menor es errónea, el menor, desde su nacimiento ya la tiene determinada. El planteamiento pues estaría en el reconocimiento de decisiones extranjeras y en el principio de reconocimiento mutuo y armonía internacional, para así no desacreditar las decisiones tomadas a este respecto en aquellos países donde la GS está permitida.

Lo que resulta evidente es la necesidad de una regulación nacional uniforme, coherente, justa e igualitaria de la GS que no dé la espalda al fenómeno, puesto que es obvio que estas prácticas se están llevando a cabo, no podemos obviar la realidad, ni dar respuestas diferentes según se trate de supuestos nacionales o internacionales. También habrá que buscar una armonización a nivel internacional que permita la aplicación del mencionado principio de reconocimiento mutuo, para ello habrá que llevar a cabo un debate en el que participen expertos de los distintos sectores involucrados en este fenómeno.

Nos parece apropiado concluir este trabajo con una idea que la historiadora y psicoanalista francesa Élisabeth Roudinesco expuso: *“No deberíamos temer cambiar las leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y la ciencia. La gestación por sustitución es la continuación de la procreación médicamente asistida. Desde finales del siglo XIX, cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la sociedad al pánico: el divorcio, la igualdad de derechos de los padres, el*

aborto... ¡Siempre se nos está diciendo que un apocalipsis está a punto de pasar, y nunca pasa! Apocalipsis sería una humanidad que no quiera hijos”¹¹².

¹¹² <http://rue89.nouvelobs.com/2009/04/24/should-surrogate-mothers-be-legalised-ten-keys-to-the-debate>, consultado 15 abril 2015.

VI. BIBLIOGRAFÍA:

MONOGRAFÍAS:

- ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Barcelona, Ed. Bosch, 2005.
- DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A. *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de Familia*, Tecnos, 2012.
- Digesto de Justiniano, t. I, Libro 2, Título 4, apartado 5.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, Madrid, 2013
- LACRUZ BERDEJO J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil. IV: Derecho de Familia*, Barcelona, Ed. Dykinson, 1990.
- LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Colección de Bioética, Universidad de Barcelona, 2014.
- LASARTE, C. *Principios del Derecho Civil IV: Derecho de Familia*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2011.
- LLEDÓ YAGÜE, F. “Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica” en DÍAZ MARTÍNEZ, A. *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Dykinson, Madrid, 2007.
- PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida*, Colegio de Registradores, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002.
- PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida*, Colegio de Registradores, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor.*, Dykinson, Madrid, 2007.
- STATSKY, W., *Family Law: The Essentials Cengage Learning*, 2014.

ARTÍCULOS:

- 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, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012, pp.1-18.
- ALLAN, S., “Commercial Surrogate and Child: Ethical Issues, Regulatory Approaches, and Suggestions for Change”, *Social Science Research Network*, mayo 2014, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2431142, pp. 1-27.
- 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, Octubre 2014, pp. 5-49.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X, pp. 339-377.
- BARBER CÁRCAMO, R. “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR* 8, diciembre 2010, pp. 25-37.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Hijos made in California”, *Aranzadi civil*, núm. 3/2009, pp. 2117-2119.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P. “¿Y tú de quién eres?: Problemas actuales del Derecho de familia” *Lección Inaugural curso académico 2010/2011*, Universidad de Extremadura, 2010, pp. 1-32. Disponible en: http://dehesa.unex.es:8080/xmlui/bitstream/handle/10662/2030/LIUEX_2010-2011.pdf?sequence=1.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P., “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, *Millenium DIPr.*, Tirant Lo Blanch, pp. 1-16, disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/archivos/1433416687.pdf>.
- CALVO CARAVACA A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.3, nº1, marzo 2011, pp.1-16.
- 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”. *La Ley*, núm. 4893, Sección Tribuna Abierta, segundo trimestre de 2011, pp. 1-9.

- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, núm 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, pp. 1-10.
- DÍAZ MARTINEZ, A., “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, enero-diciembre 2007, pp. 75-129.
- DIAZ ROMERO, M. R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7527, Sección Doctrina, Diciembre 2010, pp. 1-17.
- DREYZIN DE KLOR, A Y HARRINGTON, C. “La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?”, *Revista de Derecho de Familia*, Octubre 2011, pp.1-19, disponible en: [http://www.academia.edu/7697309/Los desarrollos del derecho internacional privado en Argentina a doce años de iniciado el siglo XXI](http://www.academia.edu/7697309/Los_desarrollos_del_derecho_internacional_privado_en_Argentina_a_doce_a%C3%B1os_de_iniciado_el_siglo_XXI).
- DURÁN AYAGO, A. “El acceso al Registro Civil de certificaciones 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*, tomo XII, 2012, pp. 265-308.
- DURÁN AYAGO, A., “El interés del menor como principio inspirador de la adopción internacional”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2000, pp. 355-366.
- DURÁN AYAGO, A., “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, publicado en CALVO CARAVACA, A.L. Y CASTELLANOS RUIZ, E. (EDS.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, ed. Colex, 2004, pp. 295-318.
- DURÁN AYAGO, A., “Primeras impresiones sobre las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos casos *Menesson c. France* y *Labassee c. France*, dictadas el 26 de junio de 2014” disponible en <http://www.gestacion-subrogada.com/interpretacion-sentencia-tedh>.
- DURÁN AYAGO, A., “Valoración del proyecto presentado por el gobierno para regular la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada”, disponible en el blog de Gestación Subrogada: <http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro>.

- ESPINAR VICENTE, J.M., “Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil” *Diario La Ley* núm. 7771, Sección Doctrina, 9 enero 2012, pp. 1-15.
- FARNÓS AMORÓS, E. Y GARRIGA GORINA, M. “¿Madres? Pueden ser más de una. Tres caos recientes de la *Supreme Court* de California”; *InDret*, Barcelona, Octubre 2005, pp. 1-8.
- FARNÓS AMORÓS, E., “Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos”, *Revista de Derecho de Familia* núm.49, 2011, pp. 153-181.
- FARNÓS AMORÓS, E., “European Society of Human Reproduction and Embryology, 26th Annual Meeting”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm 3/2010, pp. 1-3, disponible: <http://humrep.oxfordjournals.org/content/23/10/2182.full.pdf>.
- FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.”, *InDret*, Barcelona, enero 2010, pp. 1-25.
- FARNÓS AMORÓS, E., “Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain”, *Features*, Faculty of Law, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2013, pp. 68-72.
- FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ TAHOSES, A.S., “Eficacia jurídica-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm.6/2011, Pamplona, 2011, pp. 127-146.
- GARCÍA DE GORTÁZAR Y NEBREDÁ, C., “¿Libre circulación de pacientes en la Unión Europea? La atención de los dependientes y la tarjeta sanitaria”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 47, 2003, pp. 49-97.
- GARCÍA VICENTE, J.R., “La previsible reforma del Derecho de las acciones de filiación. Algunas propuestas”, *Derecho Privado y Constitución*, núm.20, enero y diciembre de 2006, pp. 203-254.
- HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, 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* (Octubre 2014), Vol. 6, Nº 2, pp. 147-174.
- HERRERA, M. Y LAMM, E. “Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar” *La Ley*, Tomo 2014-D Buenos Aires, Argentina, pp. 1-8.

- IGAREDA GONZÁLEZ, N., “La inmutabilidad del principio “mater semper certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución” *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 21, enero 2015, pp. 1-17.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales” *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, tomo V, 2012, pp. 365-381.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. Y LAMM, E. “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, *La Ley*, 2010, pp. 1-36.
- LAMM, E., “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto” *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 2, Nº. 2, 2014, págs. 43-50.
- LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 3, 2012, pp. 1-49.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, núm.7777, 17 de enero de 2012, pp. 1-20.
- LLEDÓ YAGÜE, F., “Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica” en DÍAZ MARTÍNEZ, A. *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 155-176.
- MARTINEZ DE AGUIRRE, C. “Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida” *El juez civil ante la investigación biomédica*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 247-302.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, en *Iguals y Diferentes ante el Derecho Privado*, Valencia, Tirant le Blanch, 2010, pp. 1-36.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “Filiación: Maternidad de Sustitución: recurso frente a la inscripción de filiación conformada a través de maternidad de sustitución en California: admisión del recurso”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo 10, 2010, pp. 264-266.

- PARRÓN CAMBERO, M.J., “Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus est”, *Diario La Ley*, núm. 8269, Sección Tribuna, 12 de marzo de 2014, pp. 1-6.
- PÉREZ MONGUE, M., “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus Realidad”, *Revista de Derecho Privado*, Julio-Agosto 2010; Universidad de Zaragoza, pp. 41-64.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A. “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero, mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”. *InDret*, 3/2009, pp. 1-43.
- RIVAS RIVAS, A. M., “Pluriparentabilidades y parentescos electivos. Presentación del volumen monográfico” *Revista de Antropología Social*, Universidad Complutense de Madrid, vol.18, 2009, pp. 1-13, disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/view/RASO0909110007A/8801>
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Editorial Trivium. Madrid. 1988.
- ROURA, S., “Nota de urgencia sobre las decisiones en los casos Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia de 26 de junio de 2014” disponible en <http://www.gestacion-subrogada.com/interpretacion-sentencia-tedh>.
- SALAS CARCELLER, A., “El Registro Civil y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.10/2011 (Tribuna), *Westlaw*.
- SANZ-DIEZ DE ULZURRUM ESCORIAZA, J., “La filiación: contenido y determinación” *Publicaciones Universidad Nacional de Educación a Distancia*, Madrid, 2006, pp. 1-19.
- SCOTTI, L. B., “El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas” *Pensar en Derecho N°1*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, diciembre de 2012–febrero de 2013, pp. 1-23.
- SHENFIELDL, F., DE MOUZON, J., PENNING, G., FERRARETTI, A.P., NYBOE ANDERSEN, A., DE WERT, G., GOOSSENS, V., “The ESHRE Taskforce on Cross Border Reproductive Care, Cross border reproductive care in six European

- countries”, *Human Reproduction*, Vol.25, No.6 pp. 1361–1368, 2010, pp. 1-8.
 Disponible en: <http://humrep.oxfordjournals.org/content/25/6/1361.full.pdf+html>
- SOUTO GALVÁN, B., “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Madrid, Nueva Época, núm. I/2005, pp. 275-292.
 - STRUYCKEN, V.M., “Surrogacy, a new way to become a mother? A new PIL Issue” *Convergence and Divergence in Private International Law- Liber Amicorum Kurt Siehr*; Eleven International Publishing, 2010, pp. 357-375.
 - VAQUERO PÉREZ, C. “Diez claves para conocer los vientres de alquiler” *Noticias Jurídicas*, Diciembre 2010, pp. 1-10, disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4601-diez-claves-para-conocer-los-vientres-de-alquiler/>.
 - VELA SÁNCHEZ, A. J. “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, Nº 7608, 2011, pp. 1-17.
 - VELA SÁNCHEZ, A. J., “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Diario La Ley* núm.7815, 2012, pp. 1-15. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3854297>.
 - ZURITA MARTÍN: “Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres”. *LA LEY*, Núm. 1, 2006, pp. 1475-1479.

LEGISLACIÓN:

- California Family Code, Sections 7630.3 f y 7650 a)
- Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución A 3-0172/1992, de 8 de julio.
- Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.
- Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, firmada en Nueva York el 10 de diciembre de 1948.
- Ley 11/1981 de 13 de mayo en materia de filiación natural.
- Ley 14/2006 de 26 de Mayo de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

- Ley 20/2011 del Registro Civil, aprobado en el BOE del 22 de julio de 2011.
- Ley 21/1987 de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.
- Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil (Vigente hasta el 15 de Julio de 2015).
- Pactos internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966.
- RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, *BOE* núm. 222, 16-IX-2006, presenta el catálogo de servicios gratuitos públicos.
- Reglamento del Registro Civil promulgado por Real Decreto de 24 de julio de 1889.

JURISPRUDENCIA:

- Auto del Tribunal Supremo de 02 de febrero de 2015.
- Auto Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Pleno, de 2 de febrero de 2015, Recurso Núm.245/2012.
- SAP Valencia 10ª, 23 de noviembre de 2011, Fundamento Jurídico 1º.
- SAP Valencia 10ª, 23 de noviembre de 2011.
- SAP Valencia, Roj: SAP V 5738/2011.
- SJPI 15 de Valencia, Roj: SJPI 25/2010.
- STC 116/1999, de 17 de junio de 1999. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/88, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida
- STC 116/1999, de 17 de junio de 1999. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/88, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
- STC 138/2005, de 26 de mayo, 273/2005, de 27 de octubre.
- STEDH 26 de junio 2014, *Menesson c. Francia (demanda núm.65192/11)*.
- STEDH 26 de junio de 2014, *Labassee c. Francia (demanda núm. 6594/11)*.
- STEDH 27 de enero de 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie (Requête no 25358/12)*.
- STEDH de 13 de febrero de 2003, caso *Odièveve vs. Francia*.
- STEDH de 28 de junio de 2007 caso *Wagner y otro c. Luxemburgo*.
- STS 3737/1997 de 20 de mayo de 1997.
- STS 835/2013 de 6 de febrero de 2014.

- STSJ Asturias, Sala de lo Social de 20 de septiembre de 2012, recurso núm. 1604/2012; TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sección 4ª, de 18 de octubre de 2012, recurso núm. 1875/2012.
- Supreme Court (California) *Johnson v. Calvert* (851 p.2d 776; 1993).

OTROS:

- Conferencia de La Haya: “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements” Preliminary Document No 3 C of March 2014 for the attention of the Council of April 2014 on General Affairs and Policy of the Conference.
- Conferencia de La Haya: “The private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements”, Preliminary Document No 11 of March 2011 for the attention of the Council of April 2011 on General Affairs and Policy of the Conference, Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>.
- Conferencia de La Haya: Informe preliminar sobre los problemas derivados de los convenios de maternidad subrogada de carácter internacional elaborado en el seno de la Conferencia de la Haya en marzo de 2012, disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf>.
- EUROPEAN PARLAMENT, “Recognition of parental responsibility: biological parenthood v. legal parenthood, i.e. mutual recognition of surrogacy agreements: What is the current situation in the MS?, Need for EU action?”, Directorate-Generel For internal policies, Policy department, citizens’ rights and constitutional affairs.