



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Curso 2016/2017

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL
MENOR EN SUPUESTOS DE
GESTACIÓN POR
SUSTITUCIÓN.**

Nombre del/la estudiante: María Alcántara Corrales
e-mail del/a estudiante: alcantara_mc@usal.es

Tutor/a: Dra. Dña. Antonia Durán Ayago

Febrero 2017

RESUMEN

Los últimos avances científicos y tecnológicos en el campo de las Técnicas de Reproducción Humana y Asistida han dado lugar a una gran variedad de prácticas y tratamientos, y con ello se introduce la voluntad pro-creacional para determinar la filiación como fórmula alternativa a la filiación biológica y adoptiva. Una de estas técnicas que se encuentra en auge actualmente pese a ser moralmente cuestionada en nuestro país es, la gestación por sustitución. El hecho de que en España exista una regulación insuficiente que declara nulo el contrato de este tipo, la ambigüedad que genera el reconocimiento de algunos efectos y el indeterminado concepto del interés supremo del niño, no hacen sino generar más incertidumbre en torno a esta figura. Aquéllos que deciden trasladarse a países donde está permitida esta práctica, posteriormente a su realización regresan a su país de origen e intentan garantizar la filiación del menor no con éxito en algunas ocasiones. Nos plantearemos a lo largo de este trabajo los retos que presenta su regulación, los intereses de los sujetos involucrados y sobre todo la relevancia del concepto de la dignidad del menor así como la protección del niño como eje central conforme al que gire este trabajo.

Palabras clave (entre 3 y 6): técnicas de reproducción humana, filiación, menor

SUMMARY

The latest scientific and technological advances in the field of Human and Assisted Reproduction Techniques have given rise to a great variety of practices and treatments, and with this the pro-creational will is introduced to determine filiation as an alternative formula to biological filiation And adoptive. One of these techniques that is currently booming despite being morally questioned in our country is, by substitution gestation. The fact that in Spain there is insufficient regulation that declares the contract of this type invalid, the ambiguity that generates the recognition of some effects and the indeterminate concept of the supreme interest of the child, only cause more uncertainty about this figure. Those who decide to move to countries where this practice is allowed, after they return to their country of origin and try to ensure the child's filiation is not successful on some occasions. Throughout this work, we will consider the challenges presented by its regulation, the interests of the subjects involved and, above all, the relevance of the concept of the dignity of the child as well as the protection of the child as the central axis according to which this work turns.

Keywords (between 3 and 6): techniques of human reproduction, filiation, child

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	3
II. JUSTIFICACIÓN	4
III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	4
1. Concepto y causas	4
2. Tipos	7
3. Naturaleza contractual	8
4. Antecedentes	8
5. Análisis normativo estatal	10
6. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación	12
7. Turismo reproductivo	14
IV. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN SUPUESTOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	Error! Bookmark not defined.
4.1 Delimitación jurisprudencial	18
A) Caso Californiano y Resolución de la Dirección General del Registro y Notariado de 18 de Febrero de 2009.	18
B) Sentencia número 193/2010 de 15 de Septiembre, de Juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia	23
C) Instrucción de la DGRN de 5 de Octubre de 2010	24
D) Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de Noviembre de 2011	27
<u>E)</u> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil de 6 de Febrero de 2014 y Auto del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil de 2 de Febrero de 2015	29
F) Especial mención al Tribunal europeo de derechos humanos	32
4.2 Principales aspectos de la nueva Ley de Registro civil: Ley 20/2011, de 21 de Julio	35
4.3 Delimitación doctrinal	38
V. CONCLUSIONES	42
BIBLIOGRAFÍA	46

I. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución (en adelante GS) es un fenómeno creciente a nivel mundial. Se encuentra permitida en algunos países y prohibida por otros creándose así un turismo reproductivo desde países como el nuestro hacia otros donde sí es legal; el propósito principal de quienes recurren a esta práctica es que, la filiación que de ella resulta y se determina a su favor en Estados donde es legal, se reconozca jurídicamente en los Estados de residencia de los comitentes, donde está prohibida.

Para el derecho español el contrato de GS es nulo de pleno derecho; no obstante, después de años de recorrido registral y judicial, actualmente es posible la inscripción en el Registro Civil de los nacidos mediante esta técnica en el extranjero. Como veremos a lo largo de este trabajo, la GS es una realidad cada vez más cercana y una alternativa a las técnicas de Reproducción asistida (en adelante TRHA) comúnmente aceptadas en la mayoría de los países y que permite a ciertas personas cumplir su deseo de ser padres.

A través de este estudio se pretende hacer una modestísima aportación al debate que los expertos, sobre todo en el ámbito del Derecho civil y del Derecho Internacional Privado (pero también desde otras disciplinas como la bioética y la medicina), están llevando a cabo en relación con la GS. En este sentido, se presentarán al lector las dificultades a la hora de abordar su regulación; se procederá a definir esta TRHA; a exponer sus causas, tipos y antecedentes; así como a hacer una referencia al tratamiento normativo, doctrinal y jurisprudencial que se le otorga en España y otros países de referencia. Además analizaremos en qué consiste el tan mencionado interés superior del menor que suscita tanta polémica y el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante ella.

“La procreación es una decisión autónoma, de derecho privado, que pertenece a la familia, a la persona individual y el Estado debe reconocer el máximo de autonomía posible; sin embargo, no puede el Estado quedar al margen cuando existen intereses que deben protegerse, como los del concebido que esté por nacer”¹

¹ BUENDÍA, P.A y BLANCO, A.M; “Incidencias sociales, jurídicas y bioéticas de la Gestación por sustitución”, *Revista del derecho y la bioética*, 2009, p10.

II. JUSTIFICACIÓN

La polémica suscitada en torno a la GS ha llamado francamente mi atención.

El interés por este tema me surgió al ser consciente de las nuevas posibilidades que ofrece la ciencia al ser humano, entre ellas el poder separar procreación de unión sexual entre hombre y mujer, la posibilidad de que parejas con problemas de esterilidad u otros relacionados cuya salida tradicional era la adopción, cuenten con una solución alternativa para poder ser padres; la posibilidad de que personas homosexuales puedan recurrir a esta TRHA, etc.

Los límites que el derecho pone a estas nuevas técnicas, la complejidad del proceso, si es o no posible un régimen jurídico universal como parece que reclama la situación, cómo opera el orden público internacional en estos casos, qué camino debe tomar el legislador español ante la demanda en el extranjero de la GS, si con ella se crea o no una distorsión deshumanizadora de la maternidad, cómo regulan las leyes de otros Estados esta figura, son sólo algunas de las motivaciones que me han llevado a leer y crearme una opinión formada acerca de este asunto.

Pretendo contribuir al debate abierto respecto a este tema tomando como punto de partida las palabras del Doctor Marcos Meeroff en relación con las TRHA: “no son humanas ni antihumanas, son producto de las relaciones sociales profundamente marcadas por las condiciones sociales”²

III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

1. Concepto y causas

“El mundo era tan reciente que muchas cosas carecían de nombre y, para mencionarlas había que señalarlas con el dedo”

Gabriel García Márquez.

Cien años de Soledad.

Existen numerosos nombres para referirse a esta técnica, si bien la mayor parte de la doctrina considera que utilizar ciertas expresiones suponen menospreciar esta figura por el carácter peyorativo y vulgar que tienen por ejemplo expresiones como *vientre de alquiler*, *alquiler de útero*, *maternidad suplente*, etc. La crítica subyace por el

²MIR CANDAL, L; “La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la Maternidad Subrogada”. *Revista Red bioética/UNESCO* 1, 2010, pp 174-188.

hecho de que se presume el daño a la dignidad de los implicados por el alcance despectivo con el que se utilizan³. Ciertamente es que la complejidad del proceso y todas las implicaciones ético/morales y sociales que se desprenden como consecuencia de acudir a ella, hacen que sea dificultoso emplear un solo nombre. A veces, la forma en que se nombra revela la visión que se tiene de ella poniendo el acento en uno u otro aspecto de la realidad; algunos autores usan terminología contractual e incluso la hacen aparecer como una actividad más del tráfico jurídico⁴. Para el Profesor JIMÉNEZ MUÑOZ por ejemplo, se define desde una visión más destinada a observar la existencia del contrato⁵ mientras que, otros autores, la conceptúan como un fenómeno social en proceso de expansión en un mundo globalizado.⁶

Como se puede apreciar, la cuestión terminológica ha suscitado mucha polémica porque no toda la doctrina utiliza el mismo término para referirse a esta técnica de reproducción y los autores discrepan acerca de cuál es el más adecuado para referirse a este caso. Por otro lado, en lo que sí están de acuerdo en su mayoría la doctrina es en considerarla una técnica *especial* de reproducción asistida⁷ inmersa en el derecho de familia que altera, por su novedad, los estereotipos ya creados.

En este trabajo se opta por el término Gestación por sustitución⁸ ya que es el término empleado por la Ley 14/2006, de 26 Mayo de Técnicas de Reproducción Humana y Asistida (en adelante LTRHA)⁹ en el derecho español; ello pese a que la literatura científica y el lenguaje cotidiano utilizan en ocasiones, otros términos quizá no

³ DELCLÓS, T; “¿Puede alquilarse un vientre?” 27 de julio de 2014. Disponible en: http://elpais.com/elpais/2014/07/25/opinion/1406307767_057258.html. Y lo más importante, dicha expresión daña la dignidad de mis hijas y de la mujer que nos ayudó a que nacieran (...) Denominar a esta técnica de reproducción asistida con esa expresión vulgar y soez resulta denigrante para todas las partes implicadas en dicho proceso (...). También en: SÁNCHEZ ARISTI, R; "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos". *Revista Humanidades Médicas*, 2010, núm. 49, p 2: (...) cabe propugnar el rechazo de la ampliamente difundida expresión de “madre de alquiler”, así como las de “vientre de alquiler” y “útero de alquiler” (...). Consulta: 21 de Diciembre de 2016.

⁴ (...) como si de esos vientres flotaran en el éter y fueran por su cuenta... GIMENO, B; “Vientres de alquiler” en *El País*: gato por liebre. 2 Mayo 2014. www.elplural.com/opinion/vientres-de-alquiler. Consulta el 21 de Diciembre 2016.

⁵ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J; “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración del contrato del GS. Comentario a la STS 835/2013 de 6 Febrero 2014”, *Revista de derecho*, número 18, 2014, pp 404-405.

⁶ VELA SÁNCHEZ, J; “ La GS: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley* número 7608, 2011, p 402

⁷ SCOTTI, T; "El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas". *Revista Pensar en Derecho*, 2013, núm. 1, p 274. IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, M y CASADO BLANCO, M; “Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada”, *Revista española de medicina legal: órgano de Asociación nacional de médicos forenses*, 2014, número 2, p 60. También en: PÉREZ VAQUERO, C; “Diez claves para conocer los vientres de alquiler. Noticias Jurídicas, 1 de Diciembre de 2010. En www.noticiasjuridicas.com. También en: SOUTO GALVÁN, B; "Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución". *Revistas - Feminismo/s*, 2006, núm. 8, p 181.

⁸ Acuñado por el Informe de la Comisión especial de estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación artificial humana (Informe Palacios) que tras un largo proceso culminó con la Ley 35/1988 de 22 Noviembre sobre TRHA.

⁹ Publicado en BOE número 126, de 27/05/2006.

tan acertados según lo expuesto anteriormente y más allá de las diferencias que se puedan encontrar entre ellos. Se viene considerando que “gestación por sustitución” es menos despectivo y de criterio más moderado, ya que no hace mención a lo soez como “alquiler de cuerpo femenino”.

A partir de estos términos Richard, se plantea:

“Pero madre es la que pare o la que aporta el material genético; su cuerpo y metabolismo para sostener la vida y la del desarrollo del feto; la que acuna al dormir, lo alimenta y atiende sus necesidades; o la que asume las obligaciones civiles ante la sociedad de ese recién nacido?”¹⁰

En términos sencillos y respecto al concepto propiamente dicho, la GS es la técnica mediante la cual una mujer gesta en su vientre un bebé para un individuo o pareja que desea tener ese niño. Dicha mujer podrá ser o no la madre biológica del niño y podrá llevar a cabo este proceso a cambio de una prestación económica o de forma gratuita. Intervienen por tanto dos partes en la GS:

- a) Pareja o individuo contratante, que puede aportar el material genético o no: comitentes.
- b) Mujer que pone a disposición su útero para llevar a cabo la gestación: mujer gestante.

Es interesante destacar dos Informes muy importantes en este campo ya que propiciaron la creación de leyes que posteriormente regularon las TRHA. Uno de ellos conocido como *Informe Warnock* de 1978 y el otro como *Informe Palacios*¹¹ de 1986.

Junto a estos 2 Informes más las matizaciones de la doctrina y sus aportaciones, atendemos a la que VELA SÁNCHEZ y VILAR GONZÁLEZ¹² consideran la más completa de las definiciones de GS: “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”(SAP Valencia 23 Noviembre 2011).

¹⁰ RICHARD, P.M; “Maternidad subrogada. Ponencia en el Congreso virtual Interinstitucional. Los grandes problemas nacionales, 2008.

¹¹ En el Informe Warnock se definió la GS como *aquella situación en la que una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca*. Esta definición se encuentra en: IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, M y CASADO BLANCO, M; “Reflexiones legales y éticas en torno a...” *op, cit*, p.60.

¹² VILAR GONZÁLEZ, S; “Situación actual de la Gestación por sustitución” *Revista de derecho UNED*, 2014 numero 14, pp 902-930

Entre las causas que dan origen a la GS, hay que diferenciar entre los motivos de quienes recurren a ella para poder ser padres y los motivos de quien es contratada para realizar el proceso gestacional.

Para los comitentes las razones principales suelen ser el deseo de tener hijos propios y la infertilidad (ligado a la exigencia cultural de tener hijos); las TRA han puesto a disposición de quienes tienen incapacidades para gestar una amalgama de posibilidades a las que recurrir para lograr ser padres. También varones homosexuales que anhelan serlo suelen recurrir frecuentemente a la GS.

Respecto a las personas que se ofrecen para llevar a cabo la GS, suelen hacerlo por dos motivos: el altruista o solidario¹³ (decidir ayudar a un pariente) y el económico (a cambio de un precio cierto, es lo más frecuente).

2. Tipos

Siguiendo a VILAR GONZÁLEZ¹⁴, hay dos tipos de GS:

- a) Gestacional o parcial: la mujer gestante lleva a cabo el embarazo en su vientre sin tener relación genética con el niño nacido, pudiendo ser utilizados para la fecundación gametos de los comitentes o gametos anónimos que serán introducidos en la mujer gestante mediante una TRHA.
- b) Tradicional o total: la mujer gestante aportará sus propios óvulos fecundados normalmente por inseminación artificial.

¹³ SÁNCHEZ ARISTI, R; "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos", *Revista humanidades médicas*, 2010, p 6: *Por su parte, desde el punto de vista de la mujer gestante, las razones para ofrecerse a desarrollar una gestación por encargo de otra u otras personas pueden ser asimismo diversas, aunque en lo esencial cabe trazar la siguiente clasificación: 1) Mujeres que actuarían por solidaridad y guiadas por un espíritu altruista, con el ánimo de favorecer a otras personas en el trance de procrear. (...) relación de parentesco o de muy cerca amistad. Estos supuestos se concertarían con el primero de los grupos (...)*

¹⁴ VILAR GONZÁLEZ, S, "Situación actual..." *op. cit.*, p 901

3. Naturaleza contractual

Con carácter general, la GS se lleva a cabo mediante la firma de un contrato.

Para algunos autores la naturaleza de este contrato encaja en los contratos de obra o en los contratos de cosa o en los contratos de servicios. Por arrendamiento de cosa entiende el Código civil en su artículo 1543, el contrato por el que una parte se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto; en este sentido hay que decir que la mayor parte de la doctrina no está de acuerdo en catalogarla de esta forma. Mucho más discutible es englobarla en un contrato de arrendamiento de servicios ya que aunque si bien es cierto que en la GS una mujer gestante presta un servicio a cambio de un precio, también la mayor parte de la doctrina discrepa con dicha calificación.

Hay quienes creen que se trata de una nueva tipología contractual por no encontrarse semejanzas con los contratos tradicionales. La opinión mayoritaria es que el legislador debe calificarlo como negocio especial dentro del derecho de familia, como por ejemplo conceptúa el autor VELA SÁNCHEZ¹⁵:

“se trata de un contrato innominado (...) que no puede encasillarse ni parificarse con otras tradicionales figuras contractuales, porque se trataría de una figura innominada de carácter mixto, en cuanto participa de la locatio operis, de la locatio operarum, del mandato, requiere la colaboración de terceros (...). En fin, la complejidad es muy grande y no permite su encuadre en las habituales figuras contractuales.”¹⁶

4. Antecedentes

Independientemente de las objeciones morales, de los ataques mediáticos o de los vacíos legales, la GS es una realidad que comienza a tratarse con algo más de naturalidad y frecuencia; del escándalo que se creaba con las primeras prácticas se va pasando a una época de discreta aceptación, sin olvidarnos de las críticas de ciertos sectores sociales que más adelante comentaremos¹⁷

¹⁵ VELA SÁNCHEZ, A. J; “La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”. *Diario La Ley*, 2013, núm. 8055, pp. 1 a 14, p. 2

¹⁶ LAMM, E; “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética”. Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho, Barcelona, 2010. p 198

¹⁷ “Aunque la maternidad subrogada no es una práctica reproductiva nueva, es un hecho generalmente aceptado que se trata de un fenómeno cada vez más frecuente. Los informes recientes han documentado un aumento en la práctica de la maternidad subrogada, que incluyen acuerdos que cruzan las fronteras nacionales”: En la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, se elaboró un Informe en Abril de 2012 sobre los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional. Disponible en:

Hasta aproximadamente el año 2005 tan sólo los heterosexuales habían recurrido a la GS, sin embargo, con la Ley 13/2005 de 1 de Julio por la que se modifica en el Código civil el derecho a contraer matrimonio, se dio cobertura legal al matrimonio de parejas homosexuales. Estas parejas para poder formar una familia recurren a partir de ese momento también a la GS en el extranjero, lo que generó un gran revuelo entre los sectores más conservadores.

Antiguamente, las mujeres aceptaban gestar hijos para otras por tradición, afecto o coacción en la mayoría de casos. Con el paso de los años el principal motivo para gestarlos fue el económico, motivo sin el cual actualmente no habría proceso de GS ya que en el mundo capitalizado de hoy *“el dinero se encarga de mover todo, o casi todo”*¹⁸. Esta razón monetaria generó que muchos autores hablasen del término *“mercado del útero”* por la comercialización de los derechos reproductivos de las personas.

La diferencia entre la GS del pasado y la GS actual es que antes no existían las TRHA y solo se contemplaba la fecundación natural. En los tiempos modernos, se puede engendrar un hijo para otra persona sin mantener relaciones sexuales, recurriendo a las TRHA; no es necesaria esa fecundación natural. Es interesante la apreciación que hace TUBELLA DOMÍNGUEZ¹⁹ cuando se refiere a las TRHA, no habla *de “concebir un hijo sino de gestarlo”*

Con estos antecedentes y los resultados a los que nos ha llevado la ciencia respecto a las practicas sobre maternidad extracorpóreas, se replantean conceptos tales como la familia, filiación, maternidad, paternidad, parto, embarazo.... Se provoca lo que muchos autores llaman *“Revolución reproductiva”*

DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS INTERIORES. El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE. p 12.

¹⁸ TUBELLA DOMÍNGUEZ, M; “Su bebé, gracias (gestación por subrogación)”. [En línea]. Barcelona: Master de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, 2010. p 9 Disponible en: https://campusvirtual2.ub.edu/pluginfile.php/1338923/mod_resource/content/1/Unidad%20%20-%20Prof.%20Mark%20Tubella.pdf

¹⁹ TUBELLA DOMÍNGUEZ, M; “Su bebé, gracias, (gestación por sustitución), Barcelona, 2010. Master de derecho de familia, infancia y adolescencia. p 56

5. Análisis normativo estatal

Como punto de partida diremos que no hay cuerpo legal al que acudir para el tratamiento de la GS.

Únicamente tenemos el art 10 Ley 14/2006 de 26 Mayo sobre Técnicas de reproducción Humana y Asistida²⁰

Artículo 10. Gestación por sustitución

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.*

Queda patente que este artículo prohíbe el contrato de GS declarándolo nulo de pleno derecho. Ya el Informe Palacios nombrado anteriormente recomendaba la prohibición de esta figura en la normativa española a juicio de algunos autores como LLEDÓ YAGÜE²¹ “...por lo que se refiere a España, el Informe de la comisión especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación humana (Informe Palacios), (...) se muestra totalmente contrario a la gestación por sustitución...” aunque para otros autores el Informe por el contrario, recomienda su validez en determinados supuestos apoyándose en el derecho a formar una familia ante la imposibilidad sexual de gestar.

Al margen de lo comentado por la doctrina, el Informe Palacios²² prohíbe la GS en cualquier circunstancia: “Deberá prohibirse en cualquier circunstancia, y ser objeto de sanción penal o del tipo que proceda las personas que participen en un contrato de gestación por sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que las propicien, los equipos médicos que las realicen, y los centros sanitarios en que se lleven a cabo”

²⁰ La primera ley, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida ya prohibía esta técnica en España. Las sucesivas modificaciones hasta la actual Ley 14/2006, también han negado este fenómeno reproductivo por el hecho de que siempre se ha considerado que no puede ser objeto de tráfico jurídico ni la gestación ni la reproducción.

²¹ LLEDÓ YAGÜE, F; “El alquiler de útero y el problema de las madres sustitutas o por encargo”. *II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pp 319 a 346.

²² Referencias encontradas en: <http://aebioetica.org/revistas/1995/1/21/57.pdf>. Consulta 16 Diciembre 2016.

Parece que desde sus inicios se cuestionaba si la regulación al respecto era o no positiva.

Ante esta regulación del art 10 LTRHA, el panorama se había mostrado desalentador a la hora de ser optimistas y pensar en una posible eliminación de la prohibición legal de la GS. Ahora bien, desde algunos partidos políticos como Ciudadanos²³ se ha puesto sobre la mesa buscando un pronunciamiento de urgencia la posible regulación de esta técnica. Para ellos es necesario que las Cortes Generales constituyan una subcomisión de estudio donde abordar este problema. Desde el Partido Popular en la Asamblea de Madrid celebrada en mayo 2016 se abogó por una regulación de carácter altruista si bien, fue contradictorio con lo manifestado en el Congreso donde se dijo que aceptar su legalización era atentar contra la dignidad de la mujer. Actualmente, el Partido popular (caracterizado por mantener posiciones más conservadoras), debido sobre todo por la llegada al poder de generaciones más jóvenes, está más conectado con los cambios que se producen en la sociedad española. Fruto de ello, se muestran dispuestos a debatir sobre la legalización de la GS²⁴. Habrá que esperar para ver cuándo se produce y qué consecuencias tiene la Ponencia social del Partido popular en el Congreso y cuáles son finalmente las posturas adoptadas por éste y otros partidos políticos. En todo caso, asistimos ya al menos, a una posibilidad palpable de regulación futura.

Por tanto la cuestión es que, si ha habido un cambio en los valores de la sociedad, con ello debe producirse la inevitable adaptación del derecho a tales cambios, al igual que ocurre con los avances médicos o científicos que continúan su evolución. O por el contrario, debemos descubrir si esta TRHA sigue siendo reprobada con carácter general y su prohibición debe seguir establecida como tal, sobre todo ponderando los intereses en presencia. Tiene una ardua labor el gobierno al respecto.

Sabemos que el derecho no ofrece una respuesta única a la hora de abordar los problemas de la realidad y que existen siempre posturas discrepantes que muestran el carácter plural de las soluciones jurídicas, y una de ellas es sin duda la GS.

²³http://www.eldiario.es/tribunaabierta/gestacion-subrogada-requiere-profundo-sereno_6_497010304.html
Consultado el 7 de Febrero de 2017.

²⁴ <http://www.elmundo.es/espana/2017/02/02/58925025468aeb681d8b45c4.html>. Consultado el 13 Febrero 2017. Recientemente: la GS, el problema que mayor polémica y posiciones enfrentadas había suscitado, se despachó finalmente con un aplazamiento del debate que queda pendiente sin fecha a la vista. Ha sido en definitiva, una manera de apartar un asunto espinoso que podía haber dado lugar a una batalla ideológica y con perfiles éticos delicados y por ello, también, indeseada. Disponible en: <http://www.elmundo.es/espana/2017/02/11/589f7f87468aebd06c8b457a.html>. Consultado el 14 Febrero 2017.

El debate está servido.

Hay varias razones por las que es difícil conciliar las distintas respuestas jurídicas que se proponen:

- Múltiples implicaciones: morales, sociales, económicas etc.
- Existencia de conceptos jurídicos indeterminados.
- Ámbitos jurídicos sensibles como el derecho de la persona y el derecho de familia.

La falta de previsión legal ha dado lugar a que autoridades judiciales y administrativas estén obligadas a:

- a) Aplicar una normativa registral y de Derecho internacional Privado, que se refiere a nociones tan ambiguas como Orden Internacional Público español (OPIE) y,
- b) Integrar lagunas a través de principios generales del derecho como el interés superior del menor o la dignidad humana, contenidos en nuestra Carta Magna o en textos internacionales con catálogos de derechos fundamentales, tanto o más ambiguos.

“Si quiera de unas mínimas pautas, más allá de la mera declaración de nulidad del contrato del que dimana y, en el ámbito penal, de unas disposiciones cuya aplicación parece que a nadie se le ocurriría exigir actualmente (nótese que cabría la posibilidad de subsumir la gestación por sustitución en algunas de las conductas tipificadas como delictivas entre los arts. 220 a 222 del Código Penal”²⁵

6. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación

Conforme al art 10.1LRTHA la filiación de los nacidos mediante GS queda determinada por el parto, luego se aplica el axioma romano *“mater semper certa est”*. Ahora bien, con las técnicas de reproducción se ha suprimido este concepto para dar paso a *“pater et mater incertos sunt”*. El concepto que tradicionalmente se tenía de filiación ha cambiado con las nuevas prácticas ya que ésta no se determina únicamente por la procreación sino también por la adopción y por las nuevas técnicas de reproducción humana y asistida habidas entre progenitores o/y padres e hijos. Este es el

²⁵ LAMM, E; “El elemento volitivo como...” *op cit* p 378

concepto de filiación que maneja la autora LAMM²⁶, por cierto, muy acertado para los tiempos modernos.

Con la GS se pretende que no exista vínculo filial entre la mujer gestante y el niño, y que la filiación quede determinada por los padres comitentes. Es por este motivo por lo que muchos autores se plantean sustituir el “favor veritatis” (= *verdad biológica*) por el “favor filiationis” (= *lo que establezca la inscripción registral*)²⁷

“Puede decirse que se ha derogado el favor veritatis en nombre del favor filiationis, lo que implica también que se hayan superado los tradicionales tipos de filiación”

Esto ha supuesto que a los dos tipos de filiación comúnmente aceptados, la filiación natural y la filiación adoptiva, se una la llamada *filiación intencional* que es aquella que deriva de los padres comitentes.

“La verdadera paternidad resulta más del amar y servir que de suministrar material genético. La paternidad emocional (...), sobrepaja la paternidad biológica o genética. El vínculo del hijo con los padres no resulta de los factores fisiológicos de generación y parto. La filiación no consiste solo en nacimiento, ni tampoco en descendencia genética”²⁸

Como consecuencia de estas cuestiones, también se ha generado un gran debate sobre la maternidad y a quien se le puede llamar madre. El axioma tradicional “*madre siempre es cierta*” que ha regido a lo largo de la historia se cuestiona en favor de “*madre y padre siempre son inciertos*”. En este último se sustenta la GS. El principio tradicional ha quedado obsoleto para el actual contexto ya que en este momento hablar de maternidad no equivale, ni mucho menos a parto (desconexión madre-ovulo-útero).

²⁶ LAMM, E; "El elemento volitivo como..." *op, cit* p 389

²⁷ 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. Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución". *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2012, tomo XII, p 273

²⁸ LAMM, E; Realidad y derecho, INDRET, Barcelona, 2012 número 3, p 49

7. Turismo reproductivo

Cuando una persona o pareja se desplaza a otro país con el objetivo de acceder a TRHA que en su país no están disponibles, nos encontramos con el fenómeno llamado turismo reproductivo.

Aunque normalmente el “turismo” lo asociamos con ocio o placer, en este caso parece asemejarse más a un turismo comercial al referirnos a él con el propósito de acordar o contratar derechos reproductivos. Visto así, ya las connotaciones con las que lo exponemos son negativas.

Las preocupaciones²⁹ con las que nos encontramos al analizar este fenómeno son:

- a) Es una opción para personas con recursos económicos solamente.
- b) Es harto difícil garantizar seguridad a las partes implicadas y controlar que no se efectúen abusos sobre las mujeres que en países no desarrollados se someten a la GS en países ricos y por parte de personas con alto poder adquisitivo.
- c) Se deja entrever que la reproducción humana es objeto de comercio y es precisamente esto en lo que se basan las mayores críticas sociales y doctrinarias.

Como consecuencia, se generan una serie de problemas que procedemos a exponer:

1. Existen países como por ejemplo India o Ucrania donde regresar los comitentes con el niño al país de residencia de los padres es muy dificultoso o incluso imposible por carecer de pasaporte o de documentación para el viaje. Estos países no otorgan nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, por lo que el niño se encuentra con una filiación incierta y apátrida, sin poder salir de dicho país y con los comitentes desesperados sin solución al alcance.
2. Normalmente en EEUU sucede que el estado receptor del niño no reconoce la filiación reconocida en el país donde tuvo lugar la GS; en este caso, el problema no se encuentra en salir del país sino en el intento de inscribir en el Registro Civil receptor la certificación extranjera legal, y que normalmente se deniega por razones de orden público. Como consecuencia el niño vive en un país que no reconoce a sus padres legalmente, con lo que quedan afectados derechos

²⁹ LAMM, E; “Gestación por sustitución...”, *op, cit* , 2012, pp 21-28.

fundamentales del niño como su identidad, dignidad, nacionalidad y por supuesto la filiación.

Ante estos conflictos, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional privado³⁰ está preparando un Convenio concreto para regular los contratos internacionales de GS ya que los casos van en aumento día a día y se hace necesario y urgente una regulación legal y armoniosa a este problema internacional que tanta polémica suscita.

IV. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN CASOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La concreción del interés superior del menor (en adelante ISM) no es tarea fácil.

La utilización por parte del legislador de este “concepto jurídico indeterminado” impone a las personas obligadas a aplicarlo a un proceso complementario de valoración en el que deberán ser ponderadas todas y cada una de las circunstancias particulares concurrentes a fin de conseguir determinar cuál es el interés superior del menor en la situación que se pretende resolver; en nuestro caso, en la GS.

“Interés del menor debe entenderse desde la aceptación del menor como persona y como sujeto de derecho en cuya representación todos actuamos y decidimos por él”

Es interesante destacar que el interés superior del menor sólo podrá hacerse valer respetando la legalidad vigente; sólo puede concretarse en un contexto normativo determinado³¹. Dentro de la institución de la GS, si no se cumple la legalidad actual, 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. Además, resulta imposible aportar soluciones válidas para todos los supuestos y habrá que estar a las circunstancias de cada caso y sus particularidades.

³⁰ LAMM, E; “Gestación por sustitución”. *Revista Indret* 3/2012. Barcelona 2012, pp 28-32

³¹ 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

Son numerosos los textos internacionales y nacionales que hace referencia a este principio que se presenta en principio abstracto y general, y que data de al menos la Carta de los Derechos del niño de Naciones Unidas. Ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos³² se proclama el derecho a las libertades y derechos fundamentales que propugna tal Declaración, sin distinción por el nacimiento o por el origen nacional, entre otras cosas.

El art 3 de la Convención de los derechos del niño establece que el interés superior del menor es una “*consideración primordial*” a entender por los tribunales y demás Instituciones, tanto públicas como privadas, en todas las medidas concernientes a los niños³³, y ello “*no permite al juez alcanzar cualquier resultado*”.

Aunque la Convención no ofrece un concepto de este principio sí orienta para su interpretación y además afirma que corresponde al Estado hacerse cargo de su protección cuando padres u otros familiares o personas no tengan la capacidad de hacerlo³⁴

Una interpretación del artículo 10 de la Constitución española (en adelante CE) a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH), nos hace concluir que el interés superior del menor se identifica con la dignidad de la persona.

Artículo 10 CE:

1. *La dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*
2. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la DUDH y los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*

También el artículo 39.2 CE dispone que “*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”, lo que debe entenderse como reconocimiento del principio del interés superior del menor.

³² Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución 217 de la Asamblea General de Naciones Unidas, en 1948 el 10 Diciembre, art 2.1.

³³ El citado art 3 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la AGNU el 20 de Noviembre 1989, firmada por España ese mismo año y ratificada en 1990, se refiere al interés superior del menor en los siguientes términos: “*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 menor*”

A nivel jurisprudencial, destacar la Sentencia 836/2013 de 15 Enero en la que el Tribunal Supremo mantuvo el derecho de los hijos declarando la compatibilidad con los principios de la Ley 14/2006 de 26 Mayo sobre TRHA³⁵ El interés superior del menor se proyecta sobre una vida familiar con independencia de su naturaleza matrimonial o no del hecho de la generación biológica tomado como principio absoluto.

A partir de la modificación del art. 2 de la LO 1/1996 de Protección jurídica del menor (en adelante PJM), el interés del menor, según la Observación general nº 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en al ámbito de las Naciones Unidas, tiene tres dimensiones³⁶:

a) Como derecho sustantivo: supone que el niño tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida. También es una garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico, o a los niños en general. De esta forma, el art. 2 de la LO 1/96 Protección jurídica del menor (en adelante PJM), en su redacción dada por la L.O. 8/15 recalca este aspecto cuando establece que *«todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado»*.

Ya hemos dicho antes que se establece una obligación intrínseca para los Estados de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales, conforme a la Convención de los derechos del niño.

³⁵ Fundamento jurídico tercero, punto segundo en el cual se dispone: “por otra parte, y como también se ha puntualizado, el curso de la acción ejercitada no escapa a la ponderación o ajuste que debe realizarse conforme al interés superior del menor y, por tanto, a las concreciones y funciones que el ordenamiento jurídico le asigna. En efecto, desde su configuración como principio constitucional, reforzado por los Textos internacionales de referencia, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España, y Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A3-0172/92, así como por el propio desarrollo de la legislación nacional, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, debe señalarse que, como salvaguarda de los derechos fundamentales y libre desarrollo de la personalidad del menor (STS de 5 de febrero de 2013, nº 26/2013), su proyección sobre la protección de la vida familiar alcanza, sin distinción, a las relaciones familiares con independencia, como razón obstativa, de la naturaleza matrimonial o no de la misma, o al hecho de la generación biológica tomado como principio absoluto, en sí mismo considerado, de forma que incide en la existencia del lazo de familiaridad establecido con el niño permitiendo o favoreciendo su desarrollo conforme al libre desarrollo de la personalidad del menor ...”.

³⁶ DE LA IGLESIA MONJE, M.I; “Examen de la jurisprudencia más reciente del principio general del interés superior del menor. Su progresiva evolución e importancia”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2014, pp 2459-2479.

b) Como principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. De tal forma, el art. 2 indica que *«en la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir»*. Y concretamente indica que *«Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor»*.

c) También es una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto, o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.

Con todos estos datos, podemos afirmar que para nuestro derecho el interés superior del menor no sólo es relevante a la hora de la determinación de la filiación sino a la hora de mantener estable esa filiación ya declarada pudiendo conseguir la ansiada seguridad jurídica para el niño e intervinientes de la GS.

4.1 Delimitación jurisprudencial

A) Caso Californiano y Resolución de la Dirección General del Registro y Notariado de 18 de Febrero de 2009.

Para delimitar la línea jurisprudencial en relación con la GS, se hace necesario exponer el caso más controvertido que tuvo lugar en España:

Un matrimonio de varones de Valencia solicita la inscripción en el Registro Civil español de dos bebés nacidos en California mediante GS, para que se determine la filiación a su favor. Esta pareja de varones aporta la certificación registral extranjera emitida por autoridad administrativa californiana en la que queda patente la inscripción

del nacimiento de dos bebés y la filiación a favor de tales comitentes³⁷. Ante esta solicitud, el encargado del Registro Civil (en adelante, RC) deniega la inscripción mediante Auto, de los menores en base al art 10 LTRHA que, como ya sabemos, prohíbe categóricamente el contrato de GS. Dicha denegación es recurrida ante la Dirección general de Registros y Notariado (en adelante, DGRN).

A fecha 18 de Febrero de 2009, la DGRN adopta una Resolución (en adelante RDGRN) por la que se revoca este Auto y se ordena que se practique la inscripción solicitada atendiendo a los siguientes argumentos que sucintamente nombramos para posteriormente analizar:

- 1) Como la inscripción se practica a través de certificación registral extranjera³⁸ (en la que ya se ha inscrito la filiación de los bebés), se aplica el art 81 RRC³⁹ y por tanto es innecesario aplicar las normas de conflicto españolas (es decir, el art 10 LTRHA). No hay fraude de ley porque el matrimonio no infringe ninguna norma imperativa española.
- 2) No existe vulneración del orden público internacional español porque en España ya se permite realizar la inscripción de la filiación a favor de dos varones que adopten o a favor de dos mujeres.
- 3) *Necesidad de proteger el interés superior del menor considerando su derecho a una identidad única.*
- 4) Especial hincapié en la precisión legal por la cual son españoles de origen los “nacidos” de madre o padre españoles⁴⁰ (art 17.1 Código civil).

³⁷ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J; “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de Febrero de 2009”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2009, Volumen 1, nº 2, pp 294-319.

³⁸ Documento público en el que se deja constancia de que un hecho acaecido en el extranjero está inscrito en el Registro de tal país. Es por esta razón que la misión del RC español es comprobar que el documento se ajusta a la normativa española, y por lo tanto, que es conforme al orden público español.

³⁹ Artículo 81 del RRC: El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales.

Artículo 83 del RRC: No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere exequátur, deberá ser previamente obtenido. Las sentencias o resoluciones canónicas, para ser inscritas, requieren que su ejecución, en cuanto a efectos civiles, haya sido decretada por el Juez o Tribunal correspondiente.

⁴⁰ Cuestión del doble espejo: problema que surge cuando la determinación de la nacionalidad se vincula a la cuestión de la filiación y, al mismo tiempo, la cuestión de la filiación se vincula a la determinación de la nacionalidad del nacido (art 9.4Cc). Este círculo se rompe con la expresión utilizada en el art 17.1Cc de “nacidos” de padre o madre españoles, ya que no se exige de esta forma que haya quedado legalmente determinada la filiación. Será suficiente con la acreditación del “hecho físico de la generación”, Por ello y de acuerdo con la RDGRN de 18 Febrero de 2009, para considerar nacido de español a una persona basta con que consten “indicios racionales de su generación física por progenitor español”. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J; “Filiación” y CALVO CARAVACA, A.L; “Derecho Internacional Privado...” Vol II, 2010, pp 194-199.

Podemos afirmar que esta Resolución supuso un cambio de orientación en lo que se había entendido hasta ahora respecto a la inscripción de nacimientos y a la filiación de los bebés nacidos en el extranjero mediante GS.⁴¹

*“En España, la Resolución de la DGRN 18 de febrero de 2009 ha marcado un punto de inflexión en nuestro ordenamiento jurídico en relación con el tratamiento de la gestación por sustitución. Y ello porque con sus pronunciamientos ha introducido un giro copernicano en su jurisprudencia y ha dado comienzo a una singladura, con pronunciamientos judiciales de nulidad de inscripciones incluidos, de resultado incierto”.*⁴²

Como punto de partida analizaré la cuestión de las dos vías por las que una persona, cuyo nacimiento tuviese lugar en el extranjero, podría ser inscrita en el RC. Por un lado, a través de una declaración del sujeto (art 168 Reglamento del Registro civil, en adelante RRC) y por otro, mediante presentación de certificación registral extranjera donde conste el nacimiento y la filiación del nacido (art 81RRC). El procedimiento de una u otra vía es bien distinto; ahora bien, como la solicitud de inscripción del matrimonio en este caso fue la certificación registral extranjera, es en ella en la que centraré mi atención siguiendo con los argumentos anteriormente enumerados.

La DGRN atendiendo al art 81RRC señala que el encargado del Registro civil consular debe someter la certificación registral californiana a un control de legalidad consistente en la comprobación de ciertos requisitos formales, tales como: que se trate de documento público legalizado o apostillado y demás requisitos para su autenticidad en España: art 323-2º LEC; además que haya sido elaborada por una autoridad extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales en España de acuerdo al art 85RRC⁴³ y que cumpla con determinadas exigencias ineludibles para que pueda tener “fuerza en España” y acceder al RC español

⁴¹ (...) lejos de la realidad, que nadie en nuestro país había recurrido a este tipo de técnica de reproducción humana asistida fuera de nuestras fronteras. En cualquier caso, y gracias a los medios de comunicación, ya en el año 2003, tuvimos conocimiento del primer supuesto en este país de gestación por sustitución que en ningún momento, y de forma paradójica, suscitó duda jurídica alguna. Nos referimos al caso de una conocida aristócrata española de avanzada edad que viajó a EEUU para asistir al parto de sus gemelas. Todos los medios de comunicación de tirada nacional, se hicieron eco de la noticia. En el Registro civil del Consulado de España de Los Ángeles, no se impidió ni denegó la inscripción de las nacidas ni la filiación de las mismas. Desde entonces, el recurso a la gestación por sustitución fuera de las fronteras de España se ha generalizado. A pesar de ser una práctica “prohibida” en nuestro Estado, las autoridades españolas no ponían ningún impedimento a la hora de inscribir a los nacidos en el extranjero mediante este tipo de técnica. En, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A; “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, ¿hacia una nueva regulación en España? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, volumen 6 número 2, p 15

⁴² DURÁN AYAGO, A; “El acceso al registro civil de certificaciones registrales...” *op cit*, pp 266-283

⁴³ Art 85RRC: Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación registral extranjera. Se requiere que éste será regular y auténtico, de modo que el asiento que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española.

(competencia de la autoridad registral, respeto de los derecho de defensa de los interesados y del orden público internacional español).

Algunos autores como HUALDE MANZO⁴⁴ criticaron mucho la actitud de la DGRN respecto a la aplicación del art 81RRC, “*la RDGRN de 18 de febrero de 2009 al admitir la inscripción de los nacidos en el Registro español fundamentó su decisión básicamente en el art. 81 RRC, cuando en realidad es el art. 85 RRC la norma específica que regula la entrada de certificaciones de registros extranjeros al Registro Civil español*”. Otros⁴⁵, criticaron la extensión que del propio artículo se hizo “*la Resolución realiza una interpretación desproporcionadamente extensiva del artículo 81 RRC, que va mucho más allá del tenor literal de la norma. En realidad el artículo 81 RRC se limita a señalar que «El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativa o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales».* Sin embargo, la DGRN le otorgó un contenido mucho más amplio y de facto estableció unos requisitos similares a los que se exige para la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras, todo ello con la finalidad de imponer un control de legalidad a la certificación extranjera. Es decir, intenta llegar prácticamente al mismo resultado que si recurriera al artículo 83 RRC pero aplicando una normativa errónea”

Es interesante el trato que la DGRN dio respecto al acceso en el RC español de la certificación extranjera porque aseguró que el hecho de que la situación fuera una cuestión de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España y no una cuestión de derecho aplicable, implicaba que, recurrir al art 81RRC suponía descartar las normas de conflicto españolas (art 9.4Cc) y, consecuentemente, la aplicación de las normas sustantivas a las que pudieran reconducir (art 10LTRHA concretamente). Esto ha sido criticado por varios autores como CAMARERO GONZÁLEZ⁴⁶ “*...la Resolución que comentamos ha intentado eludir el grave problema de fondo con un enfoque unilateral que consiste en negar el fraude de ley y argumentar de modo que quede desplazado el art 9.4Cc...*”

A ojos de la DGRN acudir a California donde la GS es legal, no constituía un fraude de ley del art 12.4 del Código Civil porque el matrimonio no utilizó “normas de

⁴⁴ HUALDE MANZO, M T; “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada” *Revista doctrinal*, 2012, vol1,núm 10, p 47

⁴⁵ HEREDIA CERVANTES, I; “La Dirección general del Registro y del Notariado ante la gestación por sustitución” *Anuario de Derecho civil*, 2013, vol 66, num 2, p 699.

⁴⁶ CAMARERO GONZÁLEZ, G.J; “Notas sobre la Resolución...” *op, cit*, p 7. También en CARRASCOSA GONZÁLEZ, J; “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones...” *op, cit*, p 298

conflicto” ni cualquier otra norma para eludir una ley imperativa española⁴⁷. Como en el presente caso, había pronunciamiento de la autoridad californiana, solo fueron aplicables las normas españolas que regulaban el acceso al RC de las certificaciones extranjeras.

En resumen, el control de legalidad que realiza la DGRN se ciñe a la eficacia probatoria de los certificados de nacimiento y muestra como límite el orden público internacional (en adelante OPI) que atiende al interés superior del menor en el caso concreto⁴⁸.

No se aprecian efectos contrarios al OPI español ya que en nuestro sistema jurídico se permite a los matrimonios entre personas del mismo sexo adoptar y también la doble maternidad por naturaleza⁴⁹ en base al art 7.3 LTRHA. Si se permite la filiación en estos casos, no hacerlo para el matrimonio homosexual sería discriminatorio.

Para demostrar la importancia de la inscripción de la filiación, la DGRN invocó en varias ocasiones al principio del ISM contemplado en el art 3 de la Convención de los derechos del niño (en adelante CDN) equiparando este principio al derecho de los bebés a una *identidad única*⁵⁰, es decir una filiación única se vaya al país que se vaya. Este derecho debe prevalecer, en todo caso, sobre otras consideraciones.

En suma, el ISM recomendaba la inscripción del menor en el RC español aunque ello implicara actuar en contra de lo establecido en derecho español respecto a la GS (art 10LTRHA). No obstante, aunque la pareja actuó en contra de la normativa española, su conducta estuvo justificada porque la filiación de los bebés ya había sido previamente determinada en California. Lo único que procedía examinar era si procedía o no la inscripción de la certificación extranjera.

Resulta contradictoria la argumentación de la DGRN porque por un lado traza el camino para impugnar la filiación establecida en el certificación extranjera al no considerarla cosa juzgada por no ser una sentencia judicial y por otro lado, como se ha expuesto, hay justificaciones suficiente para su inscripción.

⁴⁷ Fundamento de Derecho Quinto de la RDGRN de 18 de Febrero 2009.

⁴⁸ 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 7.

⁴⁹ Efectivamente la determinación de la filiación a favor de un matrimonio homosexual no constituye hoy un efecto contrario al OPIE, sin embargo, no sería éste el efecto de la certificación registral extranjera que se predicaría contrario al OP, sino la cosificación de la mujer gestante y el niño gestado que resulta del contrato de GS que está en el origen de la filiación.

⁵⁰ Fundamento de Derecho Quinto de la RDGRN de 18 de Febrero de 2009: esta jurisprudencia del TJUE presenta un valor supracomunitario, ya que no se trata, meramente de, subrayar el derecho a una identidad única de los ciudadanos comunitarios sino que se trata de una jurisprudencia que destaca el derecho a una identidad única referido a los menores. Ello encaja con el ISM recogido en el art 3 CDN hecha en Nueva York el 20 de Noviembre de 1989

B) Sentencia número 193/2010 de 15 de Septiembre, de Juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia.

La Fiscalía de Valencia recurrió⁵¹ la inscripción realizada mediante la RDGRN respecto a la posible existencia de un fraude documental ante el Registro Consular español en California, ya que no figuraba en la documentación presentada ninguna madre -sino el matrimonio homosexual como padres- (lo que es legal en EEUU pero no es España). Dicho recurso fue admitido a trámite por el Juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia que en Resolución de 15 de Septiembre de 2010, deniega, en contra de lo establecido por la DGRN, la posibilidad de inscribir como hijos del matrimonio homosexual a los menores nacidos en California mediante GS.

Se trata de una sentencia muy crítica que discrepa en casi todo respecto a la RDGRN:

1. OMISIÓN DEL ARTÍCULO 23LRC

La RDGRN aplicó el art 81RRC sin tener en cuenta el superior rango normativo que tiene el art 23LRC⁵². Este artículo era importante por el giro que provocó su análisis respecto a la *no aplicación de las normas sustantivas* como la LTRHA. Obviar esto por parte de la DGRN pareció un comportamiento estrategia para poder argumentar la inscripción registral en España.

Exige el art 23 LRC, que el encargado del Registro debe realizar un control sobre el fondo, lo cual implica control formal (no tener duda de que lo que consta en la certificación registral es real) y control material (ambos solicitantes son efectivamente los padres de los menores cuya inscripción se pretende). Precisamente la imposibilidad de la pareja de varones para ser padres biológicamente por tener el mismo sexo, era lo que cuestionaba tal control y la *realidad del hecho inscrito* que debía constatar el encargado del RC. En efecto, como hay duda y no realidad del hecho, conforme a la

⁵¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia sección 10ª número 826/2011 de 23 de Noviembre.

⁵² Artículo 23 de la LRC: Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Los asientos se realizarán en lengua castellana o en la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma en que radique el Registro Civil, según la lengua en que esté redactado el documento o en que se realice la manifestación. Si el documento es bilingüe, se realizarán en la lengua indicada por quien lo presente al Registro. Todo ello, siempre que la legislación lingüística de la Comunidad Autónoma prevea la posibilidad de redacción de los asientos de los registros públicos en idioma cooficial distinto del castellano.

sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Valencia (en adelante, SJPI) no es posible plantearse la inscripción de los niños.

Tampoco podía verificarse la legalidad de la certificación registral extranjera ya que no respetaba la prohibición de la GS establecida en derecho español, y por tanto se vulnera la Ley 14/2006 de TRHA.

2. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

En la RDGRN se consideró que la conducta de la pareja no vulnera el OP. La SJPI discrepa en base a lo siguiente:

- Se impide la inscripción en el RC español porque el contrato de GS es nulo de pleno derecho en el ordenamiento jurídico español, sin más⁵³. No importa el sexo de los solicitantes sino las consecuencias que tiene actuar contra nuestro derecho. Por tanto no ha discriminación que pueda esgrimirse.
- El ISM no puede utilizarse para justificar la ilegalidad de los actos de los comitentes⁵⁴ dado que existen en derecho español otros medios para lograr los mismos resultados: reclamación de la paternidad por el padre biológico y posterior adopción por su cónyuge. Hay quienes pensamos que esto es absurdo y lo más coherente sería crear un cuerpo legal concreto que regule la GS.

3. FORUM SHOPPING FRAUDULENTO

La SJPI estableció que el hecho de acudir al extranjero sabiendo la pareja homosexual que la GS aquí está prohibida, fue con el objetivo de determinar allí la filiación a su favor independientemente de las consecuencias jurídicas que pudiera conllevar.

En suma, la SJPI rechazó la posibilidad de inscribir como hijos del matrimonio a los menores nacidos mediante GS, y su justificación fue tajante: la certificación registral extranjera no se ajustaba a la ley española.

C) Instrucción de la DGRN de 5 de Octubre de 2010

La DGRN publica esta Instrucción que modifica ligeramente la resolución anteriormente comentada. Su objetivo principal fue proteger no solo a los nacidos

⁵³ 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*, 2010, p 4. También en: ALBERT MÁRQUEZ, M.M.; "Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil", *Diario La Ley*, 2012, p 6.

⁵⁴ 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*, 2012, p 10.

mediante GS sino también a todas las mujeres que se sometían a la misma renunciando a la maternidad. Su Exposición de motivos coloca como principal propósito “*la protección del ISM, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por tribunales extranjeros, siempre que tal resolución sea reconocida en España*”

Vuelve a justificar, como ya lo hizo anteriormente, la admisión de la inscripción registral en España de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica, en la protección del principio del ISM (pesa más este principio que la prohibición establecida en el derecho español...).

Dicha protección se contempla desde tres parámetros:

- Creando instrumentos para que la filiación tenga acceso al RC cuando uno de los cónyuges sea español.
- Evitar que se genere tráfico internacional de menores.
- No se vulnere el derecho del menor a conocer su origen biológico⁵⁵

Lo más importante no obstante, fueron las directrices dirigidas a los encargados de los RC consulares que establecían los requisitos de acceso de los nacidos mediante GS al RC⁵⁶ con la finalidad de dotar de seguridad jurídica y uniformidad la práctica registral en los RC consulares españoles. A partir de esta Instrucción se exige la Resolución judicial extranjera que determine la filiación del nacido junto con el Auto judicial de exequátur. Ello permitirá controlar los requisitos de perfeccionamiento del contrato exigidos por el país de formalización. Sin embargo, se establece que el encargado del RC podrá practicar la inscripción si la resolución judicial extranjera se dicta en el marco de un procedimiento similar a la Jurisdicción voluntaria española y si supera el previo reconocimiento incidental en el que se comprobará: que los documentos son legales y auténticos; que la competencia judicial internacional del juez de origen se estableció conforme a criterios equivalentes a los previstos en la legislación española; que se garantizan los derechos procesales de las partes, sobre todo de la madre gestante; que existe respeto tanto de sus derechos como del ISM; y que la resolución judicial sea firme, además de los consentimientos necesarios y que conste la identidad de la madre gestante.

⁵⁵ Artículo 7.1CDN de 20 de Noviembre de 1989; art 12 Ley de Adopción Internacional; STS 21 de Septiembre de 1999.

⁵⁶ Instrucción de 5 de Octubre de 2010 de la DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante GS

Según la IDGRN, con sus directrices, los encargados de los RC españoles solucionarán los obstáculos que se presenten como consecuencia de las denegaciones de inscripción de los menores nacidos mediante contrato de GS suscrito por españoles. Esto es muy criticable porque pensemos en la disyuntiva a la que se enfrentan los trabajadores de estos RC: ¿Cumplen las órdenes de la DGRN o lo previsto por el art 10LTRHA está por encima de dichos mandatos?

Han sido numerosas las **críticas** que ha suscitado esta Instrucción por parte de la doctrina, y como dice DURÁN AYAGO⁵⁷, *parecen llevar a cabo una labor cuasi legisladora que no le corresponde*; además la Profesora expone “no tuvo en cuenta la nueva Ley del Registro Civil cuyo proyecto ya conocía en el momento de elaborar esta Instrucción que confirma que es perfectamente posible que una certificación registral extranjera pueda acceder a nuestro Registro Civil, es verdad que no matiza por materias, pero la actual legislación tampoco”⁵⁸

Otras críticas que subyacen son:

La Instrucción deja fuera de aplicación el art 10LTRHA: “Vaya usted a otro país a celebrar un contrato declarado nulo por el derecho español y no se preocupe por nada que, cuando regrese, el contrato va a producir todos sus efectos”. Así podríamos resumir el mensaje que lanza el Ministerio de Justicia con la Instrucción del 5 de octubre de 2010. (...) Si la Dirección General reconoce esos efectos cuando el contrato se ha celebrado en el extranjero, es como si la ley ahora estableciese: “será nulo de pleno derecho el contrato celebrado en España por el que se convenga la gestación por sustitución; sin embargo, será válido el celebrado fuera de España y producirá plenos efectos en cuanto a la determinación de la filiación con arreglo a la ley española”. Esta caricaturización de la situación es, lamentablemente, la realidad”⁵⁹

“No se satisfacen las necesidades sociales existentes y muestra carencias preocupantes en el campo del Derecho Internacional Privado”, según CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ⁶⁰; No se dio cobertura a los casos acaecidos en España por lo que se consideró incluso discriminatoria; Hay un mutismo absoluto al OPI: “Y visto que la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse «caso por caso», son los tribunales españoles los que deben decidir la cuestión de si los efectos que produce una resolución extranjera en España vulneran, en el caso concreto, el orden público internacional español. Esta perspectiva del orden público como concepto jurídico indeterminado,

⁵⁷ Así lo ha manifestado DURÁN AYAGO, A; “El acceso al Registro Civil...”, *op. cit.*, p 298

⁵⁸ DURAN AYAGO, A; “El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011...”, *op., cit.*, p 295.

⁵⁹ PEREÑA VICENTE, M; “Autonomía de la voluntad y Filiación: los desafíos del siglo XXI Party autonomy and affiliation: challenges of the 21st century”. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (IUS)*, 2012, p142

⁶⁰ CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J; “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado...” *op, cit* .p. 248

*universalmente admitida, ha sido ignorada por la DGRN en su Instrucción de 5 octubre 2010.*⁶¹; Incompatibilidad jerárquica del sistema de fuentes: la Instrucción es incompatible con la legislación española y, además la Sentencia de 15 de Septiembre tiene rango superior a esta Instrucción, con lo que es inadmisibile por inconstitucional.

Con respecto a la posible madre, la Instrucción implícitamente aceptó que hubiese más de una: “...*la inscripción del nacimiento de niños nacidos en el extranjero de madres gestantes que, en virtud de una contrato de GS, han renunciado a su filiación materna...*”

En un primer momento se entendió que la Instrucción era la base para la futura regulación en España de la GS pero como veremos, con las sentencias futuras que se produjeron, estas premisas no sirvieron de nada, es más, seguimos sin cuerpo legal al respecto, lo que provoca la práctica clandestina.

D) Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de Noviembre de 2011

El matrimonio recurrente de Valencia interpuso un recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el JPI número 15 de Valencia; la cuestión pasa a ser analizada por la Audiencia Provincial, centrando la atención en si una certificación registral extranjera que documenta una filiación consecuencia de GS, puede acceder al RC, pese a la prohibición de ley española.

Esta Sentencia confirma la anterior de 10 de Septiembre de 2010 que había ordenado la cancelación de la inscripción solicitada por la pareja de varones valencianos, decretada en 2009 por la DGRN, con que se inició este periplo administrativo y judicial que nos estamos refiriendo.

Los fundamentos jurídicos de esta Sentencia dieron lugar a una serie de razonamientos⁶², entre los que destacamos:

- Tomando en cuenta los antecedentes legislativos de la Ley 14/2006, de 26 de Mayo, se puede constatar que el legislador desde la 1ª vez que regula las TRHA en nuestro sistema jurídico, rechazó expresamente la posibilidad de validez de la GS probablemente ponderando principios fundamentales como la dignidad humana, la no comercialidad de los hombres, la protección integral de los hijos...etc.

⁶¹ CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J; “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado...” *op, cit* p 254

⁶² Revista sobre la Infancia y la Adolescencia 3,61-70, Septiembre 2012 ISSN 2174-7210.

- El contrato de GS no puede verse amparado en normas de derecho extranjero para convalidar su eficacia. En ningún caso serán de aplicación leyes extranjeras que no sean lícitas en España. En este sentido se planteó si el art 10LTRHA podría tratarse como una ley policía en atención al art 9 del Reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) por cuanto cumple la función de salvaguardar los intereses públicos pudiendo exigirse su aplicación para preservar la legalidad del sistema jurídico.
- La prohibición del contrato de GS tiene como finalidad primordial que la vida de los menores no pueda ser objeto de transacción o comercio entre los hombres⁶³
- Se consideró que la actuación del encargado del RC en Los Ángeles fue correcta por cuanto cumplió con lo estipulado por la ley (debe prohibirse el acceso al Registro de cualquier inscripción que sea producto de este contrato prohibido).

Desde mi punto de vista, lo más interesante de esta Sentencia es el fundamento jurídico quinto relativo al ISM: *“es cierto que toda Resolución que afecte a menores de edad debe tener en cuanta como guía el principio del ISM tanto por aplicación del art 3CDN, como por aplicación del art 39 CE o de las disposiciones de la LO1/1996, de 15 Enero, de protección jurídica del menor, así como de las normas concordantes del Cc, pero la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley..., además podría también defenderse que la prohibición de la GS persigue, al menos en abstracto, la defensa del ISM pues pretende impedir que la vida humana sea objeto de comercio”*

Como podemos observar, hasta el momento son alejadas las posturas mantenidas por la DGRN y la Jurisprudencia, y ello ha salpicado también al Tribunal Supremo (en adelante TS) debido a la persistente inseguridad jurídica generada por la práctica de la GS fuera de nuestras fronteras y el reconocimiento de sus efectos en el Estado español, además de obviamente, la falta de regulación específica.

⁶³ Art 35 CDN: *“Los Estados parte adoptarán las medidas nacionales, bilaterales o multilaterales necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”*

E) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil de 6 de Febrero de 2014 y Auto del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil de 2 de Febrero de 2015.

El problema de la inscripción registral de la filiación de los nacidos mediante GS dio lugar a la **STS 835/2013 de 6 de Febrero de 2014**, que resuelve el recurso de casación planteado ante la Sala, confirmando la Sentencia dictada por la AP de Valencia, aunque con distintos argumentos.

Los motivos del recurso fueron la vulneración del art 14CE, en relación con el OPIE y el ISM así como el derecho a una identidad única de los menores.

Destacar que el Alto tribunal desestimó el recurso por un estrecho margen al formular el voto particular cuatro de los nueve magistrados que compusieron la Sala, quedando patente las posiciones encontradas que provoca la GS⁶⁴

En relación con la valoración de la Sala, sus argumentos giran en torno a:

1. El alcance que debía darse al reconocimiento de la decisión extranjera y su relación con el OPIE. Considera la Sala que debe tenerse en cuenta el art 23 LRC siendo necesario no sólo un control formal sino material; la legalidad de la ley española que exige el art 23LRC implica un respeto a las normas, principios y valores que encarnan el OPIE. Si bien es cierto que la filiación hoy día no solo se determina por vínculos biológicos, los avances de la ciencia en relación con las TRHA no deben vulnerar la dignidad de la mujer ni de un menor llegando a cosificarlos como mercancía. Pretendiendo proteger tales principios, y por tanto el OPI, es de aplicación el art 10LTRHA.

Es importante la advertencia que realiza el TS respecto de que “la filiación materna se determina por el parto y permite la posibilidad de filiación paterna por acción de reclamación de paternidad.” En este sentido, el TS desdramatiza la situación de desprotección en que, según los padres intencionales (utilizando la exageración como legítimo recurso defensivo), quedarían los menores de no reconocerse la filiación determinada en el Estado de California. Descartando que pudieran ser enviados a un orfanato o a los Estados Unidos, señala que por aplicación de las leyes y convenios vigentes en

⁶⁴ GONZÁLEZ MARTÍN, B; “No inscripción en el Registro Civil español de los menores nacidos mediante Gestación por sustitución”. En *Revista Opinión* n° 54, 2014, p 3.

España, así como de la jurisprudencia que los interpreta⁶⁵, resultaría que, de existir una relación de familia entre los padres intencionales y los niños, el Estado tendría que permitir el desarrollo de ese vínculo y otorgarle la protección jurídica que posibilitase la integración de los niños en esa familia, añadiendo, además, que ya el párrafo tercero del art 10 de la LTRHA apunta a la acción de reclamación de la paternidad ejercitable por el padre biológico como una institución que permitiría que resultasen protegidos, como ya mencionamos anteriormente.

2. En relación a la discriminación por razón de sexo, según el TS no se sostiene y mantiene la misma argumentación que en Instancias anteriores.

“...por la propia naturaleza de la raza humana las parejas de dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación”, mientras que es materialmente imposible que un hombre, ya sea solo o en compañía de otro, geste y dé a luz a una hija o hijo”⁶⁶

3. Por último, la determinación del interés superior del menor.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado que como tal da lugar a un intenso debate. Considera el Tribunal, que la concreción de ese interés, no debe realizarse conforme a los puntos de vista personales, sino valorando los principios de la sociedad que inspiran su propia legislación. Es necesario destacar que con este caso, no sólo entra en juego la protección de este interés, sino también importantes principios y derechos como el derecho a la integridad y la dignidad de la mujer que se presta a este tipo de prácticas.

En relación con la desprotección de los menores, el Tribunal considera que sí se exponen a dicha desprotección, pero que el vínculo familiar puede obtener la deseada protección mediante otros cauces legales como el que el propio artículo 10 LTRHA en su tercer apartado ofrece.

Confirma por tanto la Sala los argumentos esgrimidos por instancias anteriores en relación con el interés superior del menor, y añade que *“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 internacionales que prevé la legislación de California, sino que habrá que partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les*

⁶⁵ Aquí encontramos que el TS alude claramente al apartado segundo del art 7 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

⁶⁶ . Esta viene a ser la explicación que el TS da, en el Fundamento Jurídico 4º de su sentencia, al trato desigual dispensado por la ley (art 7.3 de la LTRHA) a las parejas de mujeres y las parejas de hombres.

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”.

Cabe destacar una frase en la cual se relaciona el orden público internacional español con el interés superior del menor: *“no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada”*

Y en lo concerniente al derecho de los menores a una identidad única, a respetar por encima de las fronteras estatales, el TS entiende que, al no existir en realidad un vínculo efectivo entre los niños y los Estados Unidos, es decir, al no estar vinculados realmente a dos Estados distintos, no existe riesgo real de vulneración de identidad única (los problemas de doble identidad surgirían, en la práctica, si los pequeños tuvieran un vínculo “efectivo” con dos Estados diferentes).

En relación con el voto particular formado por cuatro magistrados de la sala, es importante destacar que la cuestión, consideran, debe centrarse en el reconocimiento de una filiación ya reconocida en California. Por tanto, de lo que se trata es de reconocer una decisión extranjera válida y legal conforme a la normativa americana. En opinión de esta parte de la Sala, el contrato de GS supone una manifestación del derecho a procrear especialmente importante para aquellos que no pueden tener un hijo genéticamente propio, tal y como sucede en este caso. Asimismo, tienen en cuenta que el consentimiento de la madre gestante se hace ante una autoridad judicial que vela por la protección de la mujer, que no se puede subestimar la capacidad de consentir de la mujer gestante, y que, tratándose de un acuerdo voluntario, no se cosifica absolutamente nada llegando al caso de otorgar al niño una familia.

En conclusión, se deben analizar caso por caso las circunstancias concurrentes, sin que se pueda establecer un criterio único que resuelva todos los supuestos fácticos que se puedan plantear. Al tratarse de una situación difícil, y ante la ausencia de una norma clara y específica que solucione estos problemas con base en un elemento extranjero, serán los Juzgados y Tribunales los que irán determinando las soluciones a estos problemas, eso sí, caso a caso.

F) Especial mención al Tribunal europeo de derechos humanos

Por mantener el orden cronológico, es preciso hacer referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) que sólo unos meses después de la STS del 2014, el 26 de Junio de 2014, se pronunció en dos sentencias⁶⁷ sobre la GS que afectan al derecho francés.

Se trataba de 2 matrimonios franceses, heterosexuales en este caso, que también habían contratado sendas GS en EEUU por implantación de embriones en el útero de otras mujeres. Las sentencias dictadas en los Estados americanos que dieron lugar a las correspondientes actas de nacimiento en los Registros americanos, establecieron la relación de filiación de cada una de las parejas con las respectivas niñas. Las autoridades francesas se negaron a inscribir en el RC francés las actas de nacimiento por considerar, al igual que en España, que era contrario al OP francés, que establece la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas⁶⁸. Interpuestos los recursos de casación en los dos casos invocando el art 8 Convenio Europeo de los derechos humanos (en adelante, CEDH)⁶⁹, el Tribunal de casación francés consideró que la GS impide absolutamente el establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes, sea mediante el medio que sea.

Un tiempo después, en el **ATS (Sala 1ª) de 2 de Febrero de 2015**, el TS desestimó el incidente de la nulidad⁷⁰ de las actuaciones que el matrimonio valenciano promovió contra la STS de 6 de Febrero de 2014. En esta Resolución se analizan los criterios expuestos en las dos sentencias del TEDH.

Las similitudes entre la sentencia del Tribunal de Casación francés y la sentencia de esta Sala 1ª del TS cuya nulidad se solicita, se circunscriben a que ambas deniegan la

⁶⁷ Caso Mennesson contra Francia asunto 65192/11 y Labasse contra Francia asunto 65941/11. Visto en http://www.europeanrights.eu/public/sentenze/Spagna-2febbraio2015-Tribunal_Supremo.pdf. Consulta el 12 Noviembre 2016.

⁶⁸ Artículo 16-7 y 16-9 del Código civil francés.

⁶⁹ Artículo 8CEDH: *Derecho al respeto a la vida privada y familiar: Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*

⁷⁰ El incidente de nulidad de actuaciones, es un medio mediante el cual quien sea parte legítima podrá pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art.53.2 CE, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que la resolución no sea susceptible de recurso ordinario o extraordinario (art.228.1 LEC).

transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los niños respecto de los padres comitentes en supuestos de contratos de gestación por sustitución.⁷¹

Pero a partir de ahí las diferencias son importantes.

Mientras que el Tribunal de Casación francés afirma la “imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes, de tal modo que procede incluso anular el reconocimiento o el establecimiento de la paternidad del padre biológico por el carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución (*“fraus omnia corrumpit”*, el fraude todo lo corrompe dice el Tribunal de Casación francés)”, por el contrario, el ordenamiento jurídico español, y así lo afirmó nuestra sentencia, prevé que “respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna⁷²; y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar "de facto”.

En Francia, las niñas no pueden adquirir la nacionalidad francesa ni heredar a los comitentes en calidad de hijas. En España, la sentencia de esta Sala acordó que “solo se anulara la mención a la filiación de los menores en tanto se determinaba la filiación biológica paterna y también, en su caso, la filiación que fuera acorde con la situación familiar "de facto" (por ejemplo, mediante la adopción), de modo que, una vez quede determinada la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro cónyuge (o respecto de ambos, si ninguno de ellos fuera el padre biológico), tendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos”.

El Tribunal de Casación francés afirma que “ante la existencia de fraude, no puede invocarse el interés superior del menor ni el derecho a la vida privada del mismo”. Nuestra sentencia, por el contrario, afirma que “debe tenerse en cuenta el interés superior del menor, tal como es protegido por el ordenamiento jurídico español”.

En los asuntos franceses, los comitentes habían solicitado que se determinara la filiación de las niñas no solo con base en las actas de nacimiento expedidas en Norteamérica, en ambos casos se pidió, de modo alternativo o subsidiario, que se determinara la filiación paterna biológica respecto del marido, pues constaba que tanto el Sr. Labassee como el Sr. Mennesson eran los padres biológicos de las respectivas

⁷¹ Leyendo y apoyándome para todo este epígrafe en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-26-una-encrucijada-judicial-y-una-reforma-legal-por-hacer-la-gestacion-por-sustitucion>. Consulta el 8 Febrero 2017

⁷² VAQUERO LÓPEZ, C; “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº4/2015, p 4.

niñas. Y en el caso del matrimonio Labassee, se solicitó también que se realizara la inscripción de la filiación con base en un acta de notoriedad de posesión de estado civil puesto que constaba que el matrimonio Labassee había criado y educado a la niña desde su nacimiento. El Tribunal de Estrasburgo hace constar que “en ambos casos está constatado que los matrimonios demandantes y las niñas fruto de la gestación por sustitución por ellos contratada formaban sendos núcleos familiares "de facto". Aunque el TEDH no considera vulnerado el derecho del respeto a la intimidad familiar reconocido en el art 8 CEDH, sí aprecia vulneración del derecho a la vida privada de los menores, entendiendo que dicho derecho comprende aspectos relacionados con la identidad de los menores, como la filiación. “La indeterminación de la filiación de los menores constituye una transgresión de su derecho a la vida privada, sobre todo cuando los menores son hijos biológicos de los maridos de los matrimonios”.

El litigio que dio lugar al recurso resuelto por nuestra sentencia es distinto. Consistió en una impugnación por parte del Ministerio Fiscal de la inscripción en el Registro Civil con base en las actas de nacimiento de California. Los demandados han sostenido la regularidad del reconocimiento en el Registro Civil español de la inscripción extranjera, alegando que el hecho de que los niños hayan sido fruto de un contrato de GS no impide que se reconozca en España la relación de filiación reconocida a los comitentes en el ordenamiento de California. No se han introducido adecuadamente en el debate, mediante la correspondiente alegación y prueba, las circunstancias concretas de los menores y de sus relaciones familiares: si alguno de los recurrentes es el padre biológico, si los niños están integrados actualmente en un núcleo familiar con los recurrentes, etc.

Lo que está claro es que los menores no pueden acarrear con las consecuencias negativas de que los padres hayan acudido al contrato de GS para su nacimiento, y la cuestión decisiva es que lo que determina la relación de filiación especial es la filiación biológica, como destaca el Tribunal de Estrasburgo, y los lazos filiales por la situación familiar que se crea.

El TEDH reconoce que “los Estados miembros tienen un amplio margen para regular (de conformidad con los valores morales predominantes en su comunidad) la GS, ya sea prohibiéndola o permitiéndola, y para fijar los efectos jurídicos que ésta tiene en su territorio, pero cuando estos efectos alcanzan, más allá de a los padres intencionales, a los menores, debe prevalecer el ISM”. Dado que la situación en que acaban encontrándose los menores afecta a su identidad y, por ende, a su vida privada,

al quedar indeterminada su filiación, ello resulta incompatible con el ISM. Por tanto, el margen de apreciación que tendrían los Estados respecto de la GS y la posibilidad que tendrían de adoptar medidas para desalentar el recurso de esta práctica por parte de sus nacionales, encuentra su límite en el ISM.

La solución más conveniente e igualitaria y lo mejor para el niño es que desde su nacimiento tenga su filiación legalmente reconocida sobre la base de la voluntad pro-creacional respecto de ambos comitentes o del comitente, sin supeditarla a la comprobación de ningún vínculo genético y sin hacer distinciones según este haya sido o no aportado. Incluso aunque pudiera exigirse que al menos uno de los comitentes aporte su material genético, ello solo debiera ser a los efectos de acceder a la gestación por sustitución, no a los efectos de establecer la filiación, insiste LAMM⁷³

En España, ante las Resoluciones del TEDH y del TS, el Ministerio de Justicia español en Julio del año 2014⁷⁴ se comprometió a adaptar la legislación española a lo establecido en dichas sentencias y facilitar la inscripción en el RC de los niños nacidos mediante gestación por sustitución⁷⁵; también se anunció una reforma de la legislación que aún estamos esperando pues en este momento seguimos ante la prohibición por derecho y la permisión del hecho.

4.2 Principales aspectos de la nueva Ley de Registro civil: Ley 20/2011, de 21 de Julio.

Fruto de la exigencia de muchos juristas de una necesidad de reforma de la Ley del Registro Civil (en adelante LRC) que se adapte a la realidad social, nace la Ley 20/2011 de 21 Julio⁷⁶. Dado que en los últimos años este tipo de TRHA estaba muy

⁷³ LAMM, E; "Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto", *op. cit.*, p46

⁷⁴ A la vista de todo ello, el 9 de julio de 2014 el Ministerio de Justicia publicó una nota de prensa en la que daba a conocer que representantes del Ministerio se han comprometido con los miembros de la asociación Son Nuestros Hijos a mejorar la última modificación de la Ley del Registro Civil aprobada el pasado 13 de junio para la inscripción de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, adaptándola a lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los fines de facilitar la inscripción en favor del niño de la forma más rápida posible: LAMM, E; "Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto", *op. cit.*, p 49. También en: VELA SÁNCHEZ, A. J; "Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución «pueden» ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014". *Diario La Ley*, 2014, núm. 8415, pp. 1 a 13

⁷⁵Noticia obtenida en: www.noticiasjuridicas.com Consulta el 22 Noviembre de 2016.

⁷⁶ Publicada en el BOE número 175, de 22 de Julio del 2011; Por Decreto Ley 8/2014 de 4 de Julio de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficacia se decretó la prórroga de la entrada en vigor de 15 de Julio del 2015.

presente en España⁷⁷, se pensó por parte de la doctrina que aparecería en la nueva LRC alguna mención a la misma. Esto no sólo no ha ocurrido sino que tampoco ha respondido a la amalgama de problemas planteados.

DURÁN AYAGO⁷⁸ asegura que *“la nueva Ley del Registro Civil aporta alguna innovación respecto del actual sistema, artificialmente modificado por la Dirección General de los Registros y del Notariado, pero se trata de una legislación de carácter adjetivo que no responde a todas las cuestiones planteadas”*. No obstante, es cierto que el Título X ha introducido normas relativas a Derecho Internacional Privado, que unifican el nuevo procedimiento para la inscripción de documentos judiciales y extrajudiciales extranjeros⁷⁹, y que deben ser aplicados al derecho comunitario y a los Tratados Internacionales de los España forme parte. En el caso de la GS, la complejidad de los actos afectados justifica que la inscripción de todos los documentos extranjeros corresponda a la Oficina Central de Registro, y no a los Registros consulares ubicados en el extranjero.

Los argumentos dados en la Exposición de Motivos de la nueva LRC para explicar la regulación del Título X no han convencido en lo que afecta a la GS y al Derecho Internacional Privado: *“...se prevé esta regulación con el objetivo de realizar una actualización de las soluciones jurídicas influidas por el avance de la legislación europea y la creciente importancia del elemento extranjero con acceso al Registro Civil. La coherencia del modelo exige a este respecto mantener la unidad, dentro de las particularidades inherentes a cada sector”*

Para la mayor parte de la doctrina⁸⁰ ha sido decepcionante que no se aprovechara la nueva LRC para sentar las bases de una futura regulación de los efectos jurídicos que en España tiene la GS contratada fuera de nuestro país, máxime cuando habla de *“actualizar soluciones jurídicas”*

⁷⁷ Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, la Sentencia de Primera Instancia de 15 de septiembre de 2010 y la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

⁷⁸ DURAN AYAGO, A; "El acceso al registro civil de...", *op., cit.*, p 265.

⁷⁹ HUALDE MANSO, M. T; "De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación...", *op., cit.*, p.45: (...) *“el art. 98 LRC no somete las certificaciones extranjeras a un simple examen o enjuiciamiento de la legalidad formal o registral (letras a y b) sino también a un examen de legalidad material o sustancial del hecho inscrito. Este régimen provoca la imposibilidad de inscribir al nacido por gestación contratada mediante la sola presentación de la certificación registral extranjera en la medida en que el hecho contenido en ella no es válido conforme al Derecho español”*

⁸⁰ *“No sé si tiene mucho sentido plantear si este «olvido» del legislador se debe a simple imprevisión o, más bien, cabe advertir cierta voluntad de esquivar el debate público, regulando, sin nombrarla, la situación de las parejas que recurren a la gestación de sustitución en los países donde ésta es legal. (...) En cualquier caso, y puesto que las hipótesis interpretativas planteadas distan mucho de estar completamente claras, creo que no estaría de más que se abriera un debate en la sociedad civil sobre cuál debe ser el régimen jurídico de la gestación de sustitución dentro y fuera de nuestras fronteras”* en : ALBERT MÁRQUEZ, M.M; “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *op., cit.*, p 8

Aunque en ese Título X se han realizado otras novedades, la principal que comentaremos es el art 98LRC: “1. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos: a) certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado. b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española. c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado. d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español. 2. En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley. 3. Se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan”

Como podemos observar, a pesar de establecer como título inscribible la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, también se establece que ésta no ha de ser incompatible con el OPE. Esto es contrario a lo establecido en la IDGRN de 5 de Octubre de 2010 que afirmaba: “En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”

La confusión es patente. ¿Cómo aunamos el art 10 LTRHA, IDGRN, LRC y OPIE?

En palabras de DURÁN AYAGO⁸¹ “La entrada en vigor de la Ley 20/2011 (...) supondrá (...) la constatación de una especie de esquizofrenia jurídica en nuestro ordenamiento jurídico...”

Todo esto denota la imperiosa necesidad de regulación sobre este tema. Es de extrañar que en la Unión Europea, cuya preocupación ha sido constante en materia de Derechos humanos, entre otros, los derechos de la mujer y del niño, no haya existido ninguna iniciativa legislativa ni se haya pronunciado sobre esta práctica, al objeto de

⁸¹“... puesto que, de un lado, el art. 10 Ley 14/2006 (...) mantiene la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, especificando que la filiación así habida quedará determinada por el parto y, de otro, podrán acceder al Registro Civil en nuestro país las certificaciones registrales expedidas por las autoridades públicas competentes en los Estados en que sí se contemplen este tipo de prácticas. Sin que sea necesario ya, como lo es ahora tras la Instrucción DGRN 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (...) la existencia de una resolución judicial en que se constate que los intereses de todas las partes intervinientes han estado debidamente protegidos” en: DURAN AYAGO, A; "El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011...", *op., cit.*, p 265

regular la GS, de forma que se protejan los derechos del niño y de las partes implicadas en el proceso, permitiéndose con ello una uniformidad en las legislaciones de todos los países miembros.

4.3 Delimitación doctrinal

Es necesario exponer también en este trabajo el trato que se ha dado a la GS por parte de la doctrina, ya que las distintas opiniones doctrinales han generado un intenso debate⁸² alrededor de este fenómeno.

DOCTRINA FAVORABLE:

Para algunas voces positivistas, el derecho a la procreación y a tener hijos es el criterio a defender, considerando éste un *derecho legítimo y universal*⁸³. Se coacciona⁸⁴ la libertad para procrear con la prohibición del art 10LTRHA; la GS debe ser interpretada como una manifestación de la libertad individual que debe protegerse constitucionalmente y no prohibirse por parte del Estado.

Para SOUTO GALVÁN, con la subrogación se minimiza la carga que conlleva la esterilidad y ayuda en los casos en que por ejemplo, la mujer tiene una enfermedad pélvica o no tiene útero⁸⁵; en virtud de la GS personas adultas ejercen sus derechos libremente sin dañar a otras, por lo que las críticas a quienes acuden a ella o a la práctica misma, no pueden considerarse. Es simplemente una modalidad más para ejercer la paternidad.

Al ser un acuerdo libre y voluntario⁸⁶ no puede hablarse de explotación de la mujer: “...en cuanto al argumento de la explotación o cosificación de la mujer gestante, se sostiene que tratándose de un acuerdo voluntario y libre no hay por qué hablar de explotación, ni aun interviniendo dinero...” Todos los intervinientes se benefician de esta técnica, el bebé⁸⁷ existe y se cría en un entorno de cariño rodeado de personas que lo desearon intensamente (inscribiendo su filiación en el RC, se protege los derechos fundamentales del niño y no se transgrede el principio del ISM), los padres consiguen la

⁸² HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A; “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?”, *op., cit.*, p. 149: *El debate no se ha hecho esperar, existiendo opiniones divergentes que comprenden desde aquéllas que postulan por una prohibición total de este tipo de fenómeno hasta otras que defienden la armonización internacional que haga posible el deseo de ser padres, o yendo más lejos, el ejercicio de un derecho: el derecho a la procreación, como parte integrante de los derechos reproductivos, entendidos como un compendio de derechos humanos.*

⁸³ GODOY VIDAL, H; “Aspectos sociales y morales de las TRHA”. *Revistas biomédicas latinoamericanas*, 2002, número 40, p 10.

⁸⁴ LAMM, E; “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada...”, *op., cit.*, p 7.

⁸⁵ SOUTO GALVÁN, B; “Dilemas éticos...” 2006, *op, cit* p194

⁸⁶ LAMM, E; “Gestación por sustitución. Realidad y...”*op, cit*, p7

⁸⁷ LAMM, E; “Gestación por sustitución. Realidad...”, *op., cit.*, p 9

paternidad deseada y la madre gestante satisface algún interés que, normalmente es el económico aunque no siempre.

“La dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo parió y, en supuestos ordinarios, no se le causa ningún daño”⁸⁸

Para algunos autores como LLEDÓ YAGUE⁸⁹ se produce una diversificación de la maternidad; significa que no sólo hay una madre porque, una engendra y otra desea cuidar del niño; considerar solo madre a la biológica no se ajustaría al ISM⁹⁰. Debe suprimirse el axioma romano *“mater semper certa est”* porque por encima está la intención de los comitentes: *la maternidad debería definirse más por la intención que por la presunción*⁹¹

Como afirma DURÁN AYAGO: *“En el caso de gestación por sustitución, si de deshacer un conflicto de maternidades se trata, lo más beneficioso para el menor sería optar por la madre que ha querido a ese niño, por la maternidad intencional, independientemente de que esta mujer haya aportado o no su material genético”*

En definitiva es el derecho el que debe resolver cuál es la madre jurídicamente relevante, la genética o la gestacional⁹².

Algunas posturas en contra hablan del daño emocional para la madre gestante, lo cual es algo absurdo para la doctrina favorable *porque la gestación por sustitución no atenta contra la salud física y psíquica de la gestante Y desprenderse del niño no comporta necesariamente un daño. Los estudios no han encontrado ningún tipo de trastorno en las mujeres que han actuado como gestantes, según LAMM.*

Respecto a la relación con la adopción, se persiguen objetivos bien distintos; generalmente quienes acuden a otros países para el contrato de GS quieren un niño vinculado genéticamente con los comitentes, cosa que no ocurre con la adopción: *La gran diferencia es que mientras en la maternidad subrogada, el objetivo es obtener un*

⁸⁸ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S; “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *op. cit.*, p 36

⁸⁹ LLEDÓ YAGÜE, F; “El alquiler de útero y el problema de las madres sustitutas o por encargo”, *op. cit.*, p 441.

⁹⁰ LAMM, E; “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida...””, *op. cit.*, p 291.

⁹¹ SPAR, DEBORA L; “Baby business. Cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad” 1ª edición Barcelona, Tendencias 2006, p154. En esta línea: DURAN AYAGO, A; “El acceso al registro civil...” *op. cit.*, p 274.

⁹² PÉREZ MORGE, M; “La filiación derivada de TRHA” Madrid, 2002, p 320

*embarazo o el bebé para los padres infértiles, en la adopción el objeto es obtener una familia para el bebé o niño*⁹³

También se defiende que en la GS no se trata al niño como una mercancía y la mujer tiene absoluta libertad para tomar decisiones sobre su propio cuerpo, ni se cosifica ni se explota el cuerpo femenino, la mujer voluntariamente se somete a la TRHA.

*“La dignidad de los comitentes tampoco se ve afectada y, lo que parece más delicado, la dignidad de la madre gestante está tan salvaguardada cuando consciente y libremente decide prestar su cuerpo para gestar, como cuando consciente y libremente decide ingresar en un convento de clausura”*⁹⁴

En suma, defiende la doctrina favorable que, ante el insuficiente e incongruente panorama normativo español, la solución no es la prevista (anular su ejercicio) sino regularla a nivel internacional para evitar la inseguridad jurídica.

DOCTRINA CONTRARIA:

La línea general de quienes se han manifestado en contra de la GS es la protección del menor y de la mujer.

Este sector suele apoyarse en la noción tradicional de madre (madre es la que pare) independientemente de las TRA. Conforme a esta interpretación no es posible la renuncia a la maternidad de la madre gestante, y se entiende la GS como una ruptura con la forma clásica de vivir la maternidad, incluso, *permite concebir un hijo para posteriormente abandonarlo*⁹⁵. La madre siempre se determinará por el parto y en consecuencia prevalece la maternidad gestacional sobre la maternidad genética; en este sentido se descarta cualquier debate sobre una posible *filiación fragmentada*⁹⁶

Otro de los argumentos esgrimidos en contra de la GS es la cosificación del bebé y de la madre⁹⁷. Significa que la GS convierte a ambos en objeto de comercio⁹⁸ y esto es

⁹³ 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)”, *op., cit.*, p 6

⁹⁴ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S; “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *op., cit.*, p 36

⁹⁵ LLEDO YAGÜE, F; “El alquiler de útero y el problema de las madres sustitutas o por encargo”, *op., cit.*, pág. 330. En esta misma línea: SOUTO GALVÁN, B; “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 2005, p. 279.

⁹⁶ APARISI, Ángela y LÓPEZ GUZMÁN, J; “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de bioética*, 2012, p 261.

⁹⁷ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A; “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?”, *op., cit.*, p 151.

intolerable y contrario a la moral. No puede ser que la persona en si misma sea objeto de contrato porque la capacidad de gestar no es disponible ni transferible sino que afecta a *actos intuitu personae*⁹⁹. El hecho de manipular el cuerpo de la mujer para obtener una compensación económica, *es considerar a la mujer una granja de la fertilidad*¹⁰⁰

La GS atenta contra la dignidad de la mujer y del menor. Entienden vulnerado el art 10 CE: *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

El fundamento legal para apoyar la prohibición del contrato es por supuesto el art 10 LTRHA que declara la nulidad absoluta además de su contrariedad con el OPIE. En consecuencia no puede permitirse el reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de filiación cuando derivan de una GS¹⁰¹; sólo es posible la reproducción mediante TRA legales en España y la GS no lo es.

Otra cuestión planteada ha sido hasta qué punto las mujeres que acceden a prestar su cuerpo para estas prácticas lo hacen de manera voluntaria. Ha sido muy discutido este asunto sobre todo en países con menor desarrollo social y económico como por ejemplo la India, “...es posible que exista un abuso de las situaciones socioeconómicas que puedan estar atravesando, en ese caso la decisión no es libre sino que está motivada por ejemplo por una necesidad económica imperiosa. En casos de extrema vulnerabilidad y pobreza, algunas mujeres pueden ser reclutadas y explotadas aprovechándose de sus difíciles situaciones, simplemente para usarlas como medios para gestar y parir hijos”¹⁰²

En opinión de algunos juristas, la GS es una técnica moralmente inaceptable por la fuerte carga utilitarista que implica, por el ánimo de lucro que la motiva en la mayor parte de los casos y porque sería como un camuflaje al tráfico comercial de bebés¹⁰³

⁹⁸ DURAN AYAGO, A; "El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras ..." *op., cit.*, p277.

⁹⁹ LLEDÓ YAGÜE, F; "El alquiler de útero y el problema de las madres sustitutas o por encargo", *op., cit.*, p 330.

¹⁰⁰ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A; "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?", *op., cit.*, p. 149. También en: SÁNCHEZ ARISTI, R; "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos", *op., cit.*, p 14. En esta misma línea: APARISI, Ángela y LÓPEZ GUZMÁN, J; "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", *op., cit.*, p 257.

¹⁰¹ JIMÉNEZ MUÑOZ, F, J; "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014, *Revista bolivariana de derecho*, 2014, p 401.

¹⁰² ACOSTA CIND, A; "Maternidad Subrogada", *Revista de ciencias biomédicas*, 2011, p 94:

¹⁰³ DEL BURGO, M.; "Madres de alquiler, ¿el fin justifica los medios? Entrevista a Patricia Alzade, abogada, en *Tribuna del derecho*, 2009. Disponible en www.tribunadelderecho.com, p.6.

Otros han puesto sobre la mesa los posibles daños emocionales por el rechazo vínculo madre-hijo que pueden sufrir tanto el menor (dificultades sociales de aceptación)¹⁰⁴ como la mujer (alumbramiento de un niño que no será suyo).

Por otro lado, se rechaza la GS porque existen otras vías como la adopción que persiguen el mismo objetivo (ser padres) y no se transgrede la normativa española. Aquí he de decir que, el argumento no se sostiene por las innumerables diferencias existentes entre ambas figuras y ya comentadas sucintamente en la doctrina a favor.

Lo más importante de la doctrina contraria en relación con lo que nos ocupa en el presente trabajo es la siguiente postura: la invocación del ISM para inscribir la filiación del menor en el RC es una medida indiscriminada y utilizada para camuflar la vulneración del art 10LTRHA. No puede servir para inscribir una filiación que proviene de un técnica ilícita en España¹⁰⁵.

Para concluir con este epígrafe, VELA SÁNCHEZ invita a la reflexión: *“¿Realmente es el principio esencial del interés superior del menor, recogido por nuestra legislación interna y por la internacional —básicamente se alega el art. 3 Convención sobre los Derechos del Niño—, suficiente para desvirtuar la prohibición del convenio de gestación por encargo recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y para posibilitar la inscripción en nuestro Registro Civil de la filiación surgida de aquel contrato nulo?”*

V. CONCLUSIONES

Tras analizar el recorrido judicial y doctrinal aportado, la principal conclusión a la que llego es la necesidad imperiosa de regulación que se impone en los tiempos actuales. La GS es una realidad que existe en España y por tanto tenemos la obligación de crear un marco normativo que admita (aunque con condiciones) y regule esta figura y que supere el axioma romano “mater semper certa est”; en mi opinión, si se hiciera, se evitaría el turismo reproductivo, se respetaría el derecho a la igualdad, la filiación estaría determinada correctamente para los niños y sería la mejor manera de respetar el

¹⁰⁴ LAMM, E; “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler...” *op. cit.*, p6.

¹⁰⁵ VELA SÁNCHEZ, A. J; "El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo", *Diario La Ley*, 2013, p 10

ISM; se garantizarían los derechos de las partes y no hablaríamos del limbo jurídico de los menores.

A pesar de utilizarse razones de peso como se ha visto, legalizar la GS en nuestro país supondría un gran revuelo que la sociedad, pienso, no está preparada para asumir, sobre todo porque aunque la ciencia avanza y nos hemos adaptado a los nuevos modelos de familia, aún sigue arraigado el rol de madre tradicional. Quizá esa barrera se superase con la normativización de la cuestión...o no. Lo que está claro es que no puede rehuirse más la labor legislativa, de forma que sigan surgiendo sentencias e instrucciones contradictorias y acertadas o no. Los interesados tienen derecho a estar informados y protegidos por el derecho español. Estoy de acuerdo en que no puede haber una solución general para todos los supuestos pero si una norma de la que partir para que luego el tratamiento se haga caso por caso particularmente.

Cierto es que la GS se aleja de las demás TRA por su singularidad y ello hace más difícil su aceptación pero podría comenzarse por una modificación de la LTRHA que fuera introduciendo otras categorías con fundamento en la voluntad pro-creacional. Si asumimos los cambios generacionales y sociales actuales, debemos asumir también en este caso que, funciones reproductivas y de crianza pueden separarse.

Desde mi punto de vista, existe mucha desinformación o información errónea acerca de la GS que yo misma, hasta la realización de este trabajo desconocía. El acogimiento de esta técnica supondría también mayor información para los ciudadanos, mayor seguridad jurídica, mayor protección familiar y lo más importante, el ISM quedaría protegido, garantizando sus derechos por ley.

Transcribo unas palabras de LAMM que resumen mi pensamiento ante la necesidad de regulación en nuestro país: *“Ante esta nueva realidad puesta de manifiesto, la mejor solución, la más garantista, no es cerrar los ojos, ni prohibir, sino regular. El derecho es evolutivo; una situación pudo no estar contemplada por la norma porque no existía fácticamente; nada impide que la regulación surja cuando la situación aparece, adaptando y moldeando las nuevas realidades”*¹⁰⁶

Por otro lado me llama la atención que, en el contexto de la GS los argumentos de ciertos sectores, doctrina, legislaciones e instituciones, se basan principalmente en la protección de la vida y la ilegalidad de comerciar con el cuerpo humano pero, en

¹⁰⁶ LAMM,E; “Gestación por...”*op,cit.*, p 43

ocasiones se da una llamativa dualidad, es decir, se prohíbe esta práctica pero se es más laxo frente a leyes que no protegen el derecho a la vida como la permisividad del aborto y la impunidad frente a miles de muertes por hambruna, guerras, malas condiciones higiénicas, etc. Y en relación a la comercialización del cuerpo humano, ¿nos olvidamos de que existe la prostitución que directamente conlleva beneficios económicos clandestinos e ilegales? Pero claro, está vista como algo arraigado en la sociedad donde las partes implicadas salen impunes en la mayor parte de los casos y no crea tanta discordia popular. La sociedad tiene que hacer un esfuerzo eliminando sentimientos de racismo, patriarcado y relaciones hetero-designadas para aceptar nuevas alternativas que por otro lado, se dirigen a satisfacer deficiencias existentes para los propios ciudadanos. Creo q los científicos que introducen las nuevas tecnologías deberían estudiar la incidencia de las mismas a largo plazo para poder tomar decisiones informadas en el futuro, y en esa labor nos incorporamos los juristas que debemos intentar encauzar este proceso.

Por otra parte, si todos tenemos los mismos derechos, obligar a quienes tienen problemas de fertilidad a considerar la adopción como primera y única alternativa para complacer sus deseos de paternidad, me parece injusto; estas personas no encuentran cubierta su visión de familia con la adopción porque lo que desean es lo más parecido a un “hijo natural” y pueden conseguirlo pero de momento, acudiendo a otros Estados contribuyendo así al turismo reproductivo. El problema es que no podemos tolerar que se haga de esta situación una vulneración de las leyes, de los principios del derecho y del orden público, a través del fraude de ley y de la infracción de las leyes españolas, para conseguir el reconocimiento de documentos expedidos por tribunales extranjeros. Es decir, se necesitan soluciones acorde a Derecho y no ampararnos en la ilegalidad para conseguir la inscripción y el reconocimiento de la filiación de estos menores nacidos mediante gestación por sustitución.

“En esta materia, no se puede sostener una incoherencia valorativa tan evidente como seguir negando la maternidad subrogada en un plano interno y admitirla cuando nos viene de fuera”¹⁰⁷

Dejando al margen la ética (que cada uno tenemos la nuestra) y la discusión sobre su legalidad, en relación con la determinación de la filiación a favor de los *padres*

¹⁰⁷ Publicado en: *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado* (2014), Cristina Pellisé, ed., Marcial Pons, Madrid, pp. 61-74

intencionales, la propia LTRHA ofrece soluciones: la acción de reclamación de esta filiación a aquellos que hayan hecho aporte genético en la reproducción (art 10.3Cc), y en la STS de 6 de Febrero de 2014 se apunta a la adopción como posible solución en relación con aquellos que, por el contrario no hayan aportado sus células reproductivas. Ambos mecanismos se ofrecen como función sancionadora de carácter civil en relación con la artificiosa transnacionalidad de la situación creada y el recurso al foro de conveniencia por parte de quienes han mostrado un claro desprecio por la ley.

Resaltar también como hemos apuntado, que se ha desaprovechado la nueva LRC para abordar una reforma legislativa en materia de filiación.

Nos aferraremos al hecho de que se ha abierto camino por parte de algunos partidos políticos para al menos plantear y debatir la regulación de la GS actualmente y solventar la demanda social que reclama una respuesta que parece no llegar nunca.

Aportar por mi parte que, dar a luz no te define como madre y ser madre es algo más que quedarse embarazada.

BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS:

- ACOSTA CIND, A; “Maternidad subrogada” *Revista de ciencias biomédicas*, número 1, 2011, pp 91-97.
- ALBERT MÁRQUEZ, M.M; “Contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero y la nueva ley del registro civil. *Diario La Ley número 7863*, 2012, pp 9-61
- AÑÓN CALVETE, J. “Interés del menor”. En www.elderecho.com/tribuna/civil/interes-menor.
- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L; “el futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional”. *Cuadernos de derecho transnacional* número 2, volumen 6, 2014, pp 5-49.
- ALVAREZ GONZÁLEZ, S; “Efectos en España dela Gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”. *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, 2010, Tomo X, pp339-369.
- APARISI, A y LOPEZ GUZMÁN, J; “Aproximación la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”. *Cuadernos de bioética* número 78, volumen 23, 2012, pp 253-267.
- BUENDÍA, P.A y BLANCO A.M; “Incidencias sociales, jurídicas y bioéticas de la Gustación por sustitución” 2009, p 10
- CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J; “Notas críticas en torno a la Instrucción de la DGRN de 5 de Octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” *Cuadernos de Derecho transnacional número 1* volumen 3. 2011, pp 247-262
- CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J; “gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la RDGRN de 18 de Febrero de 2009”. *Cuadernos de derecho transnacional número 2*, volumen 1, 2009, pp 294-319.

- CAMARERO GONZÁLEZ, J; “Notas sobre la resolución de la DGRN de 18 de Febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”. *Diario La Ley número 7910*, 2012, pp 1-10.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C; “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su transcendencia en el derecho positivo español” *Revista sobre la infancia y adolescencia* número 3, Septiembre 2012, pp 61-70.
- DEL BURGO, M; “Madres de alquiler, ¿el fin justifica los medios? Entrevista a Patricia Alzate, abogada” En www.tribunadelderecho.com 2009.
- DE VERDA y BEAMONTE J.R; “Inscripción de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juez de 1ª Instancia de Valencia, de 15/09/2010)”. *Diario La Ley número 7501*, 2010, pp 1-7.
- DIAZ ROMERO, M; “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”. *Diario La Ley número 7527, sección doctrina, Diciembre 2010*.
- 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 pp266-283.
- 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 *Mennesson c. France* y *Labassee c. France*, dictadas el 26 de junio de 2014” disponible en <http://www.gestacionsubrogada.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/valoracionproyecto-de-ley-registro>.

- FARNÓS AMARÓS, E; “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la DGRN de 18/02/2009” *Indret* número 1, 2010, pp 1-25
- GONZÁLEZ MARTÍN, B; “No inscripción en el RC español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución” *Revista opinión* número 54, 2014, p 3.
- HEREDIA CERVANTES, I; “La Dirección General de los Registros y notariado ante la gestación por sustitución”. *Anuario de derecho civil número 2*, volumen 66, 2013, pp 687-715.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A; “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, ¿hacia una nueva regulación en España?” *Cuadernos de derecho transnacional número 2*, volumen 6, 2014, pp 147-174.
- HUALDE MANSO, M.T; “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” *Revista doctrinal, Aranzadi civil-mercantil*. Número 10, volumen 1, 2012, pp 35-47.
- IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, M y CASADO BLANCO, M; “Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada” *Revista española de medicina legal: órgano de la Asociación nacional de médicos forenses*, volumen 40, número 2, 2014, pp 59-62.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J; “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la sentencia 835/2013 de 6 de Febrero de 2014. *Revista bolivariana de derecho*, 2014, número 18, pp 400-419
- JÍMENEZ SOLARES, E; “Las normas internacionales convencionales de derechos humanos”, *Revista de derecho UNED*, número 14, 2014, pp 325-444.
- .LAMM, E; “Gestación por sustitución. Realidad y derecho” *InDret. Revista para el análisis del derecho*, número 3, Barcelona 2012, pp 1-49.
- LAMM, E; “La importancia de la voluntad pro-creacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción humana y asistida”. *Revista de bioética y derecho* número 24, 2012, pp 76-91.
- LASARTE ÁLVAREZ, C; “La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida en derecho por vía reglamentaria” *Diario La Ley* número 7777, 17/01/2012, pp 1-20.

- LLEDÓ YAGUE, F; “El alquiler de útero y el problema de las madres sustitutas por encargo”. II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Madrid, Trivium, 1988, pp 319-346.
- MIR CONDAL, L; “La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”. *Revista Red Bioética/UNESCO 1, 2010*, pp 174-188.
- PANTALEÓN PRIETO, A.F; “Técnica de reproducción humana y constitucional” *Revista del Centro de estudios constitucionales* número 15, 1993, pp 129-160.
- PÉREZ VAQUERO, C; “La denegación de acceso al Registro civil de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de Febrero de 2015” *Revista doctrinal Aranzadi* número 4, 2015.
- PÉREZ VAQUERO, C; “Diez claves para conocer los vientres de alquiler” www.noticiasjuridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4601-diez-claves-para-conocer-los-vientres-de-alquiler/. 1 de Diciembre de 2010.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A; “Doble paternidad de los 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.
- RICHARD. P.M; “Maternidad subrogada. Ponencia en el Congreso Virtual Interinstitucional. Los grandes problemas nacionales, 2008.
- SCOTTI L.B; “El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas” *Revista Pensar en derecho, 2013*, pp 267-289.
- SOUTO GALVÁN, B; “Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación por sustitución” *Feminismos*, número 8, 2006, pp 181-195.
- SOUTO GALVÁN, B; “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bio-derecho”. Foro. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Madrid, Nueva Época, núm. I/2005, pp. 275-292.
- TUBELLA DOMÍNGUEZ, M; “Su bebé, gracias (gestación por sustitución), Barcelona, Máster de derecho de familia, infancia, y adolescencia, 2010.
- VELA SÁNCHEZ, A. J; “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, número 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: www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3854297
- VELA SÁNCHEZ, A.J; “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo” *Diario La Ley* número 8162, pp 1-14.
- VELA SÁNCHEZ, A.J; “La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el derecho de familia” *Diario La Ley* número 8055, 2013, p1-14.
- VILAR GONZÁLEZ, S; “Situación actual de la gestación por sustitución” *Revista de derecho UNED*, número 14, 2014, pp 902-930.

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.
- GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, Madrid, 2013
- 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.

LEGISLACIÓN

- 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
- 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.
- 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 Odièvre 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).

