



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento: Derecho privado

Área de conocimiento: Derecho civil

Curso 2016/2017.

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Nombre del/la estudiante: TAMARA GUILLÉN VILLORIA

Tutor: M^a JOSÉ VAQUERO PINTO

Mes: Junio

Año: 2017

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento: Derecho privado

Área de conocimiento: Derecho civil

**LA GESTACIÓN POR
SUSTITUCIÓN**

GESTATION BY SUBSTITUTION

Nombre del/la estudiante: Tamara Guillén Villoria

e-mail del/a estudiante: Tamaraguillenvilloria55@hotmail.com

Tutor/a: M^a José Vaquero Pinto

RESUMEN (15 líneas)

Las técnicas de reproducción humana asistida permiten que parejas o individuos que desean tener un hijo, obtengan la oportunidad de conseguirlo a través del procedimiento denominado como “gestación por sustitución”. Este proceso va a consistir en que una mujer distinta a la que va a ser la madre legal del nacido gestante al bebé y se ocupe de traerlo al mundo. Esta práctica cada vez es más demandada, siendo utilizada en muchas ocasiones como la solución de último recurso para conseguir ser padres/madres. En España, estos contratos son nulos de pleno derecho, en este sentido, la filiación va a corresponder a los padres biológicos según el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Sin embargo, va a ser posible poder constituir la filiación de un niño nacido mediante gestación subrogada en un país donde sí permitan estos contratos a favor de los padres comitentes, siempre y cuando se cumpla una serie de requisitos establecidos en la Ley. Mi trabajo tiene por objeto el poder mostrar cómo es posible que el bebé nacido por maternidad subrogada, pueda ser inscrito en el Registro Civil Español, pese a ser contratos nulos por nuestro ordenamiento jurídico, abordando las sentencias más relevantes y destacadas en esta materia.

PALABRAS CLAVE (entre 3 y 6): filiación, nulidad, maternidad subrogada, gestante, parte comitente, interés superior del menor.

ABSTRACT

Assisted human reproduction techniques allow individuals who wish to have a child to obtain the opportunity to obtain through the so-called "gestation by substitution" procedure. This process is going to consist in that a woman other than the one who goes to the legal mother of the born gestures the baby and takes care of the world of bringing it. This practice is more and more demanded, being used in many occasions as the solution of last resort to obtain the fathers / mothers. In Spain, these contracts are null and void, in this sense, the filiation will correspond to the biological parents according to article 10 of Law 14/2006, of May 26, on Assisted Human Reproduction Techniques. However, it is possible that the constitution of the filiation of a child born through the gestation of a country in a country where it does allow contracts in favor of the principals parents, provided that a series of requirements established in the Law My work aims to show how it is possible that the baby born to surrogate motherhood, can be registered in the Spanish Civil Registry, despite being null contracts by our legal system, addressing the most relevant and prominent sentences in this matter .

KEYWORDS: Filiation, nullity, surrogacy, pregnant, part principal, Best interests of the child.

ÍNDICE

| | |
|---|---------------|
| ABREVIATURAS | página 6 |
| INTRODUCCIÓN | páginas 7-9 |
| I. APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN | página 10 |
| 1. CONCEPTO | páginas 11-13 |
| 2. MODALIDADES DE LA GESTACIÓN | páginas 14-15 |
| II. LA REGULACIÓN DE LA FIGURA EN EL DERECHO ESPAÑOL | |
| 1. EVOLUCIÓN NORMATIVA | páginas 16-17 |
| 2. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN | páginas 17-20 |
| 2.1 La determinación de la filiación en España de los hijos nacidos en el extranjero | páginas 20-23 |
| 2.1.1 Filiación por sentencia judicial: la instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 | páginas 20-23 |
| 2.2.2 Filiación mediante la adopción..... | página 23 |
| 3. EL DEBATE EN TORNO A LA ADMISIBILIDAD DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN | páginas 24-27 |

| | |
|--|---------------|
| III. LA DISPARIDAD DE CRITERIOS ENTRE LA DGRN Y EL TS | páginas 28-30 |
| 3.1 Resolución DGRN de 18 febrero de 2009 | páginas 30-34 |
| 3.2 Sentencia del juzgado de primera instancia nº15 de Valencia, de septiembre de 2010 | página 34-35 |
| 3.3 Sentencia de la AP de Valencia de 23 de noviembre de 2011..... | páginas 35-36 |
| 3.4 Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 | páginas 37-39 |
| 3.5 Auto del TS de 2 de febrero de 2015 | páginas 39-40 |
| | |
| IV. TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS | página 41 |
| 4.1 Caso Mennesson y labassee contra Francia | páginas 41-43 |
| 4.2 Caso Paradiso y Campanelli contra Italia | páginas 44-46 |
| 4.3 Caso Foulon y Bouvet contra Francia | páginas 46-48 |
| | |
| V. VINCULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN CON LOS PERMISOS DE MATERNIDAD/ PATERNIDAD | páginas 48-52 |
| | |
| VI. CONCLUSIONES | páginas 53-55 |
| | |
| VII. BIBLIOGRAFÍA | páginas 56-65 |

ABREVIATURAS

| | |
|------|--|
| TRHA | Técnicas de Reproducción Humana Asistida. |
| BOE | Boletín Oficial del Estado. |
| Cc | Código Civil. |
| CE | Constitución Española. |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| DGRN | Dirección General de los Registros y el Notariado. |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| TEDH | Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. |

INTRODUCCIÓN

Debido a la imposibilidad de gestar de forma natural, tenemos a disposición hoy en día con diversos procedimientos que aceleran la probabilidad de ser padres. Los avances científicos experimentados en este ámbito generan un gran avance para el Derecho, porque las técnicas de reproducción humana asistida son cada vez más frecuentes, y no sólo por el aumento de la esterilidad, sino por otras cuestiones como puede ser la legalización de las parejas del mismo sexo que desean acceder a la paternidad, o incluso el deseo de muchas personas que quieren ser padre o madre de forma individual.

No se puede ya sólo hablar únicamente de filiación biológica, que hace referencia a la relación que existe entre los padres y los hijos que engendran, sino que es bastante frecuente la filiación no biológica. Dentro de esta última se sitúa la maternidad subrogada, o gestación por sustitución, también conocida como “vientres de alquiler”.

En nuestra normativa, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, va a considerar nulo de pleno derecho al contrato de gestación por sustitución, pese a esta nulidad, se trata de una técnica cada vez más popular y utilizada entre españoles, que acuden a países donde sí está legalizada, como pueden ser, por ejemplo, EEUU, Ucrania, o la India.

La maternidad subrogada también tiene sus contras. En primer lugar, los contratos que la posibilitan comportan un elevado coste económico cuyo precio va a variar según al país al que se acude. Además, la variación de precios no siempre es moderada. Así, por ejemplo, en EEUU pueden superar incluso los 100.000 dólares, mientras que, en otros países, como Ucrania, apenas se llega a los 50.000 dólares, de ahí la denominación de “Ucrania, el útero de Europa”. Ahora bien, es cierto que cuanto más caro sea el proceso, mejores garantías y seguridad va a generar constituir dicho contrato. Además del elevado coste económico, también se encuentran las posibles complicaciones tanto legales, como burocráticas o médicas que en el proceso se pueden generar; así como el especial estado emocional en que vivirán los implicados la situación de la futura paternidad por todos los problemas que pueden de ella derivarse.

Junto a todo ello, debemos destacar la inexistencia de una regulación completa y amplia de la maternidad subrogada que nos llene de soluciones y proteja todos los intereses de

los diferentes implicados. Por todo ello, es frecuente el recurso a un asesoramiento integral que ayude a la parte comitente durante todo el camino, y que finalice con la inscripción de la filiación de los nacidos en el extranjero en el Registro Civil Español.

A lo largo de este trabajo intentaré ofrecer un estudio pormenorizado de la situación actual de esta realidad social que está en gran auge en las últimas décadas, porque es innegable que el Derecho de familia, y específicamente el ámbito de la filiación, progresa de la mano de los sucesivos avances médicos que permiten ofrecer nuevas alternativas en materia de reproducción humana asistida, pese a los innumerables problemas de orden ético, religioso, científico, jurídico, social, psicológico, económico y sociológico.

He elegido la materia de la gestación por sustitución para mi Trabajo de Fin de Grado porque se refiere a una práctica de máxima actualidad, aunque el número de publicaciones específicas sobre el asunto no es muy alto; y las estadísticas sobre las mujeres gestantes que se apuntan a este proceso no son muy precisas. Creo que es de gran interés poder entender y abordar los problemas que se plantean en esta práctica.

Comenzaré el trabajo tratando de delimitar el concepto de “gestación por sustitución” y conseguir aproximarme a la situación de la mujer gestante y a la de la parte comitente en el proceso, así como a las diferentes modalidades presentes en esta técnica. Posteriormente, abordaré la regulación de la figura en el Derecho español, procurando entender las razones de su prohibición. Haré especial hincapié en los diversos mecanismos que permiten directamente la inscripción en el Registro Civil Español de los nacidos a través de esta técnica. Porque los mecanismos hoy presentes en la normativa española han permitido a la población española acudir a los países extranjeros que permiten la maternidad subrogada para poder a través de esta figura conseguir el objetivo de ser padres. También analizaré el debate abierto en torno a la admisibilidad de estos contratos en nuestro país.

El aumento del recurso a esta técnica de reproducción asistida ha generado en una innegable jurisprudencia y doctrina sobre la inscripción en España de los niños nacidos mediante el uso de un vientre de alquiler. Daré noticia, en su momento, de las principales sentencias de los tribunales españoles y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos que han abordado los conflictos derivados de la maternidad subrogada.

Finalmente, haré alusión al reciente reconocimiento de las prestaciones de maternidad a los padres de los hijos nacidos mediante la técnica de gestación por sustitución, prestaciones que se disfrutarán en igualdad de condiciones y cumpliendo los mismos requisitos que el resto de supuestos establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.

I. APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

De todas las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA), la gestación por sustitución¹ es tal vez la que mayor polémica y variedad de opiniones está generando. Se duda cuáles son las técnicas que nuestro legislador permite o prohíbe en este ámbito, como ya cuestionaba PANTALEÓN PRIETO².

Además, la maternidad subrogada es abordada por los estados de muy diferentes formas. Hay estados que la prohíben, como es el caso de Alemania, China, Italia, México³, Suecia, Francia⁴, Suiza y España, entre otros. Por otro lado, están los estados que la permiten, como ocurre con Australia, Canadá, Grecia, EE UU⁵ (18 Estados la permiten), India⁶, Israel, Reino Unido (Inglaterra y Gales), Rusia, Uganda y Sudáfrica. En estos países la maternidad subrogada está permitida, y tanto la gestante como la parte comitente, ostentan obligaciones vinculantes.

Esta diversidad de tratamientos manifiesta la verdadera complejidad en la regulación y en el tratamiento dado a este contrato en los países de nuestro entorno⁷, al igual que existe

¹ LAMM, E., ("Gestación por sustitución. Realidad y derecho", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2012, págs. 1-49, pág. 1), señala que se utilizan diversos términos para denominar esta realidad, siendo los más usuales: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes.

² PANTALEÓN PRIETO, F, "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 15, mayo-agosto 1993, págs. 129-160, págs 129 y 130.

³ ÁLVAREZ, N, "Gestación subrogada en México", *Babygest*, 2015, <https://www.babygest.es/mexico/>.

⁴ De gran interés el análisis realizado al caso francés, FLORES RODRIGUEZ, J "Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico. Más cerca de un estatuto jurídico común europeo" *Revista de Derecho Privado*, nº 27, (julio - diciembre 2014), págs 71-89 págs 74-76.

⁵ De gran interés la regulación de la maternidad subrogada en EEUU en FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A S, "Eficacia Jurídico-Registral del contrato de gestación subrogada", *Aranzadi Doctrinal*, 2011, pág 129

⁶ RODRIGO, A, "Gestación subrogada en India", *Babygest*, 2015, <https://www.babygest.es/india/>.

⁷ DURÁN AYAGO A., "Anuario español de derecho internacional privado", *Iprolex*, Madrid, 2012, págs. 1-308, págs. 277-282. También ÁLVAREZ DE TOLEDO DE QUINTADA, L "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº2 (octubre 2014), págs. 5-49, págs. 40-43. Y también en VILAR GONZÁLEZ, S, "situación actual de la gestación por sustitución", *Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, nº14 (2014), págs 897-931, págs 903-909.

una gran diversidad de argumentos a favor o en contra de esta práctica⁸, y aunque se piense que la problemática de esta figura es prácticamente nueva, no es así⁹.

1. CONCEPTO

La primera vez que se definió fue en el informe WARNOCK: “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un bebé para otra mujer, con la intención de entregarlo una vez nacido”¹⁰. Se trata de una definición bastante incompleta o anticuada para la sociedad en la que vivimos hoy en día, ya que “para otra mujer” es una expresión escasa de realidad porque es posible que la constitución de la filiación del bebé sea a favor no de una mujer, sino de una pareja homosexual, de tal forma que se vean implicados solo hombres; siendo posible igualmente la implicación de un único hombre.

No son pocos los autores que siguieron dotando a la figura de una definición precisa. Entre ellos destaca GÓMEZ SÁNCHEZ: “acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste”¹¹. Aunque realiza una definición mucho más precisa que la anterior, acaba incurriendo en el mismo error.

Por otro lado, también aportó una definición VELA SÁNCHEZ: “negocio jurídico especial de Derecho de Familia”¹² y como un “supuesto especial de reproducción humana asistida”¹³.

Igualmente conocidas son las definiciones de PERALTA ANDÍA como “convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión

⁸Argumentos a favor y en contra en: SOUTO GALVÁN, B, “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, nº 1 (2005), págs 275-292, pág 279, y también en IGAREDA GONZÁLEZ, N “La inmutabilidad del principio “mater semper certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº21 (enero 2015), págs 3-19, argumentos en contra págs 7-10, y a favor págs 10-16.

⁹ Breve referencia a la historia de la gestación por sustitución en LAMM, E “Gestación por sustitución. Realidad y derecho” ..., cit., págs. 4-5.

¹⁰ WARNOCK, M. A *Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embriology*, Oxford, United Kingdom, 1985.

¹¹ GÓMEZ SANCHEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 136.

¹² VELA SÁNCHEZ, A J. “La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”. *Diario La Ley* nº 8055 (2013), págs. 1-14, pág. 2.

¹³ VELA SÁNCHEZ, A J. "De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, nº 7815 (2012), págs 1-15, pág. 5.

fecundado extracorpóreamente, ya en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto”¹⁴; y de MOSQUERA VÁSQUEZ como “fenómeno de la última década que se presenta en países desarrollados, y que consiste en que una mujer es contratada para que sea inseminada con el semen del marido de una mujer infértil o con el de un cedente y procrear de esa forma un hijo. Al nacer este lo entrega al matrimonio que la contrató, cediendo la custodia del menor a favor del padre y renunciando a sus derechos materno-filiales para que el niño pueda ser adoptado por la pareja del padre.”¹⁵

Cabe destacar también la definición de PÉREZ MONGE: “aquel contrato oneroso o gratuito por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos”¹⁶. Esta definición es mucho más acertada y completa a las anteriores.

En definitiva, podríamos seguir aportando conceptos destacados a lo largo de estos últimos años, porque a pesar de ser una materia reciente, no son pocos los autores que han intentado buscar una perfecta definición, pero debemos quedarnos con la idea esencial y básica del contrato, por el que una mujer, madre gestante, acepta someterse a las TRHA llevando a cabo la gestación por sustitución a favor de la parte comitente que recibirá el niño una vez que nazca¹⁷.

¿Por qué o para qué la utilización de este mecanismo? Variará la respuesta según sea contestada por las personas que recurren a este instrumento o por las contratadas para llevar a cabo la misma. El motivo principal por el que se recurre a la gestación por

¹⁴ PERALTA ANDÍA, R. *Derecho de Familia en el Código Civil*, Editorial moreno S.A, Lima (Perú), 2004, pág 372.

¹⁵ MOSQUERA VÁSQUEZ, C. *Derecho Y Genoma Humano*, San Marcos, Lima (Perú), 1997, pág 49.

¹⁶ PÉREZ MONGE, M. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de Registradores, Madrid, 2002, pág. 329.

¹⁷ FARNÓS AMORÓS, E “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1 (2010), págs. 1-25, págs 4 y 5. Y también dicha definición por SERRA ALCEGA, M, “Reconocimiento de la maternidad subrogada en el derecho internacional privado español”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº32 (2015), págs 285-296, pág 286.

sustitución es la infertilidad¹⁸, aunque también el deseo de tener hijos propios, la imposibilidad por razones de edad, y la existencia de riesgo para la salud el embarazo¹⁹.

Además, la gestación por sustitución es una de los procesos que ha motivado principalmente al llamado “turismo reproductivo”, se genera tras la diferente regulación existente entre los diferentes países en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. España prohíbe la maternidad subrogada, pero otro país puede estar permitiéndola en su regulación, de tal forma que, cuando un estado prohíbe la maternidad subrogada, son corrientes los viajes desde el mismo hacia un estado donde si la permita, produciendo el llamado turismo reproductivo, siendo la gestación por sustitución una de las principales motivaciones del turismo reproductivo.

El concepto de turismo reproductivo ha sido mencionado por muchos autores, entre ellos ÁLVAREZ DÍAZ²⁰, como “aquel movimiento realizado por personas de unos lugares a otros en busca de un tratamiento en las técnicas de reproducción humana asistida por problemas de infertilidad”.

Según JIMÉNEZ SANJINÉS²¹ la maternidad gestacional subrogada es una variante dentro de lo que son las TRHA, y buscan la solución a sus problemas de infertilidad o esterilidad.

Existe multitud de destinos de gestación subrogada, elegir a uno u otro va a consistirá de elementos como el precio del proceso, el acceso a nuevos modelos de familia: mujeres y hombres solteros, parejas homosexuales..., las diferentes condiciones legales para una consiguiente inscripción del bebé.

¹⁸ La infertilidad es el principal motivo como así lo señala MURGA FEERNÁNDEZ, J P, (“La controvertida maternidad subrogada o gestación por sustitución: status quaestionis en el ordenamiento jurídico español y perspectivas de futuro”, *Avances, Investigaciones y Reflexiones Éticas y Políticas*, 2015, págs 607-616, Pág 607: “en torno a un 12% de las parejas en edad fértil (15 a 49 años) son fértiles”.

¹⁹ PÉREZ MONGE, M: *La filiación derivada...*, cit., pág. 331.

²⁰ ÁLVAREZ DÍEZ, J. A. “Una mirada crítica al turismo reproductivo”, *Segunda Época*, nº11 (enero-junio 2012), págs. 36-54, y definido el concepto de turismo reproductivo en la pág 43. Aunque otros autores en vez de calificarlo como turismo reproductivo lo mencionan como “turismo procreativo”, por ejemplo, en HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, A, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº2 (2014), págs 147-174, pág 148.

²¹ JIMÉNEZ SANJINÉS, R., *Lecciones de derecho de familia y derecho del menor...*, cit., pág. 778.

3. MODALIDADES

Son muchos los autores que analizan las variadas modalidades de gestación por sustitución²².

Estas modalidades requieren el uso de las TRHA²³ (fecundación in vitro o inseminación artificial), por lo tanto, tal y como dice SANCHEZ ARISTI, “se descarta la posibilidad de que la mujer gestante sea inseminada de forma directa por su propia pareja, dado que no se estaría hablando de maternidad subrogada al faltar el componente de la reproducción asistida”²⁴.

En la maternidad subrogada caben diversas situaciones englobadas en cuatro modalidades principales:

Puede ocurrir que la parte comitente aporte totalmente el “material genético”, es decir, que tanto el óvulo como el espermatozoide sean de la parte comitente, y la madre subrogada reciba el embrión en su útero con el fin de gestarlo.

Otra modalidad consiste en que la mujer comitente aporte el óvulo fecundado por un donante anónimo de espermatozoide, es decir, que el espermatozoide pertenezca a un hombre que no es

²² Destaca el análisis a las modalidades realizado por VILAR GONZÁLEZ, S. En ("Situación actual de la gestación por sustitución", *Revista de Derecho UNED*, nº14 (2014), págs. 897-931, pág. 901 y 902) que las engloba en dos grandes tipos, por un lado, la maternidad subrogada tradicional considerando a la madre subrogada de este tipo como la madre genética ya que aporta su material genético (ovulo), y por otro lado, la maternidad subrogada gestacional, en este supuesto la madre subrogada no aporta material genético y por tanto no es la madre genética, tan solo lleva adelante el embarazo en su vientre. La maternidad subrogada tradicional también ha sido definida por YZQUIERDO TOLSADA, M, CUENA CASAS, M “Tratado de derecho de la familia, Volumen V, las relaciones paterno-filiales (I)”, *Thomson Reuters*, Aranzadi, Pamplona, 2011, págs 1-879, pág 826.

²³ Y de especial interés las definiciones que recibe la inseminación artificial y la fecundación in vitro en O'CALLAGHAN, X, *Compendio de derecho civil*, Madrid, 2009, pág 228-229 “Se llama inseminación artificial al “procedimiento que sustituye el coito, se introduce en el útero de la mujer el semen del hombre, al efecto de producir la fecundación. Se llama a la fecundación in vitro a “la técnica consistente en la fecundación en el laboratorio de un ovulo femenino con un espermatozoide masculino y, después, el embrión resultante se transfiere al útero de la mujer. Así, esta técnica comienza con la recogida del ovulo del cuerpo de la mujer, que se conserva con el procedimiento idóneo, se obtiene, a continuación, semen del hombre; se realiza la fecundación en el laboratorio, in vitro (alusión al tubo de vidrio); nace el embrión y este se inserta en el útero de la mujer”.

²⁴ SÁNCHEZ ARISTI, R. "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos" *Revistas Humanidades Médicas*, nº49 (2010), págs 1-3, pág. 3: Nótese que no se contempla como un caso de gestación por sustitución aquél en el que la gestante es inseminada de forma directa por su propia pareja masculina, de un lado porque en tal caso no cabría establecer que la generación ha obedecido realmente el mandato realizado, y de otro porque, no mediando una reproducción asistida, faltaría la singularidad que justifica trazar la filiación al margen tanto de la verdad biológica (...).

el padre comitente.

Cabe también que la madre gestante aporte el “material genético” y el óvulo sea fecundado con el esperma del padre comitente o por la donación anónima de un tercero.

Es posible finalmente que el “material genético” no sea de ninguno de los padres comitentes, es decir, que sea aportado por personas totalmente independientes a los comitentes o al comitente; de forma que, la madre subrogada tan sólo ceda su útero y geste al embrión²⁵.

Por otro lado, es de especial relevancia los criterios que se han ido aportando a la filiación materna, y, en definitiva, la opción legislativa o jurisprudencial adoptada, se basará en la relevancia concedida a uno u otro criterio en las relaciones entre madre e hijo²⁶:

- i) La gestación y el parto (criterio ginecológico).
- ii) La aportación del ovulo o del embrión (criterio genético).
- iii) El deseo de tener el hijo (criterio social o afectivo).

El criterio ginecológico es el criterio que se aplica en el ordenamiento jurídico español, ya que la filiación materna corresponde a la mujer que ha dado a luz al menor, por lo tanto, para España la mujer gestante es la verdadera madre del nacido como así establece el artículo 10.2 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida al señalar que la filiación queda determinada por el parto.

En la maternidad subrogada, el criterio ginecológico y el criterio social o afectivo se localizan siempre en mujeres distintas, por otro lado, el criterio genético puede aparecer vinculado al criterio ginecológico, cuando la madre gestante se compromete a entregar el hijo que ha sido engendrado con su propio material genético, o con el criterio social, cuando la madre comitente aporta su propio material genético, o incluso desvinculado de los anteriores cuando el nacisturus procede de un ovulo o un embrión donado.

²⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J, “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, nº 7608 (2011), pág 1-2.

²⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M, CUENA CASAS, M “Tratado de derecho de la familia, Volumen V, las relaciones paterno-filiales (I)” ..., cit., pág 827-828.

Algunos autores consideran que solo existe verdadera maternidad subrogada cuando el criterio social y el genético coinciden, mientras que en los demás casos no estaremos más que en un compromiso consistente en la entrega del hijo propio al nacer²⁷.

II. LA REGULACION DE LA FIGURA EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. EVOLUCION NORMATIVA

No existe una regulación específica en España, simplemente se alude a la maternidad subrogada en las distintas leyes de reproducción humana asistida, que, tras su llegada en los años setenta, generan nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad que afectaba a un amplio número de parejas.

La novedad y utilidad de estas técnicas generaron que los países de nuestro entorno vieran de forma necesaria tener que regular en este ámbito.

En España esta necesidad se originó al aprobarse la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida²⁸. La ley generó un importante progreso al tratar a las TRHA útiles para evitar todos los problemas de la esterilidad e incluso para otras posibles soluciones, como puede ser para diagnósticos o incluso de investigación. Ahora bien, se prohibió la gestación por sustitución rechazando la instrumentalización del cuerpo de las mujeres, la disponibilidad del cuerpo humano y estado civil, y la mercantilización del recién nacido²⁹.

El progreso científico de las pasadas décadas, la evolución de las nuevas herramientas de reproducción, la necesaria respuesta que requiere el destino de los preembriones supernumerarios hizo necesaria una reforma.

La reforma vino con la Ley 45/2003, de 21 de noviembre por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (vigente hasta el 28 de mayo de 2006)³⁰, manteniendo la prohibición de la maternidad subrogada.

²⁷ GARCÍA PÉREZ, C L “Comentario al artículo 10. Gestación por sustitución”, *Comentarios a la Ley/2006, 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, 2007, págs 366 y 367.

²⁸ Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) 24/11/1988

²⁹ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución", *Iguals y Diferentes ante el Derecho Privado*, 2012, págs 465-516, pág 512.

³⁰ BOE 22/11/2003

Ahora bien, se insistió, desde la llegada de la citada ley, en la necesidad de una nueva reforma de la legislación vigente, para corregir la realidad actual.

Es por ello que se fueron definiendo las posibles medidas que debería seguir la nueva regulación, de tal forma que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida³¹ entró en vigor el 27 de mayo de 2006 y derogó tanto la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida como la Ley 45/2003, de 21 de noviembre.

Es la última norma que regula las TRHA en nuestro país, entendiendo por tales la inseminación artificial, la fecundación in vitro y sus distintas técnicas³². La ley introdujo importantes novedades, pero mantuvo la prohibición de la maternidad subrogada, como veremos en el punto siguiente.

Por otro lado, debemos aludir a la normativa de nuestro código penal³³ en relación a la maternidad subrogada, ya que los artículos 220 y 221 establecen los supuestos de “*parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor*”. Son sanciones para los contratos que se han llevado a cabo en el territorio español y no para los constituidos en el extranjero.

2. LA DETERMINACION DE LA FILIACIÓN EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

El asunto de la filiación derivada de la gestación por sustitución es de vital importancia. Deben determinarse las relaciones jurídicas de las que formará parte el ser nacido.

³¹ BOE 27/05/2006

³² Las Técnicas de reproducción humana asistida han sido definidas por SCOTTI L., (“El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas” *Pensar en Derecho*, nº1 (2013), pág 267-289), pág 273: “pueden ser definidas como todos aquellos métodos, con intervención de terceras personas (médicos, agencias intermediarias, madre sustituta), mediante los cuales se trata de aproximar en forma artificial a las gametos femenina (óvulos) y masculina (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo. Las más conocidas son: la inseminación artificial homóloga (los componentes genéticos pertenecen a los cónyuges o pareja), la inseminación artificial homóloga cuando el marido ha fallecido, inseminación artificial heteróloga (cuando el hombre es estéril y por ende el semen pertenece a un donante); fecundación extrauterina o in vitro, que permiten que el embrión sea implantado en una mujer distinta a la madre genitora, o sea quien aportó el ovulo fecundado”.

³³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal, BOE 24/11/1995

Como ha remarcado O'CALLAGHAN,³⁴ a la filiación nacida de las técnicas de reproducción humana asistida se le aplica la normativa del código civil, con las especialidades de la Ley 14/2006 como el propio art. 7 de nuestro código civil determina. Nuestra regulación declara expresamente la nulidad de los contratos de maternidad subrogada en el art. 10 de la Ley sobre TRHA:

“1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio³⁵, 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”.

El primer apartado va a dejar clara la nulidad de pleno derecho de la maternidad subrogada, ya sea por dinero o sin él³⁶. El contrato de la maternidad subrogada genera el rechazo de la filiación materna de la mujer gestante, para que esa filiación quede determinada respecto a otra mujer, o pueda no determinarse (si los comitentes son varones o solo un varón). La madre gestante deberá entregar el recién nacido a los padres comitentes. Pero como ya hemos indicado, estos contratos son nulos de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

³⁴ O'CALLAGHAN, X, *Compendio de derecho civil...*, cit., pág. 229.

³⁵ De especial interés los argumentos que se aportan para considerar que estos acuerdos deben realmente ser gratuitos en LAMM, E, “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *Colección de Bioética: Publicaciones y ediciones de la Universidad de Barcelona*, noviembre 2013, págs 1-311, pág 273-284

³⁶ En otros países, como así ocurre en Gran Bretaña la gestación por sustitución gratuita o sin precio no puede reputarse ilegal. En otras palabras, el Reino Unido ha venido manteniendo una actitud prohibitiva con respecto a la práctica comercial de la gestación por sustitución, prohibiendo el contrato y penalizando la actividad comercial (los intermediarios y la publicidad), pero admite la gestación por sustitución a título benévolo y sin intermediarios, como así se establece en LAMM, E, “Gestación por sustitución. Realidad y derecho” ...cit., pág 15.

Debido a la nulidad de la maternidad subrogada, quien busca constituir la filiación³⁷ por medio de este contrato, soportará la inexigibilidad de las obligaciones derivadas del mismo.

En virtud del artículo 2.2 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la filiación queda determinada por el parto. Por tanto, a efectos legales, será única y exclusivamente la madre gestante.

Ahora bien, según el artículo 2.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, al menos uno de los comitentes puede reclamar la paternidad siempre y cuando hubiera aportado material genético.

En consecuencia, serán aplicadas las normas sobre legitimación y plazos para la filiación no matrimonial de los arts. 131 y 133 Cc, tanto a la acción de reclamación de la paternidad del recién nacido por medio de la gestación por sustitución, como la reclamación del padre biológico de la filiación paterna. También debe tenerse en cuenta las normas de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y sobre todo respecto a lo que se indica de la imposibilidad de reclamar la filiación respecto del donante de semen, establecido en el art. 8 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Por otra parte, el padre no va a quedar afectado por las cuestiones de la filiación materna compartida al ser el que aporta el gameto masculino, el hijo es extramatrimonial de la madre subrogada y del verdadero padre. Es posible que el padre biológico ejercitara la acción de reclamación de paternidad y que posteriormente, tras el consentimiento de la madre gestante, el hijo fuera adoptado por la mujer de aquél, sin la necesidad de una declaración de idoneidad que viene establecida en el art. 176 Cc, como algunos autores ven necesario³⁸.

Hay teorías contradictorias sobre la causa de la nulidad de este contrato, tanto para DE VEDA Y BEAMONTE³⁹ como para LÓPEZ PELÁEZ⁴⁰, la nulidad lo es por ilicitud de

³⁷ BUENO NÚÑEZ, S, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ B, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL M^a A, GIL RODRÍGUEZ DE CLARA, V E *Práctica jurídica civil: Derecho de Familia*, Reus, Madrid, 2012, págs. 1-117, Págs. 27-47.

³⁸ O'CALLAGHAN MÚÑOZ, X, *Compendio...*, cit., pág 232.

³⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, JR, "Notas sobre la gestación por sustitución en el derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº4 (2016) pág 349-357, pág 351.

⁴⁰ LÓPEZ PELÁEZ, P, "Aproximación jurídica del acuerdo de gestación por sustitución (Madres de alquiler) en el Derecho español", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique Lalaguna*

la causa, por lo que, por aplicación del art. 1306 Cc, las partes del contrato no tendrán acción para reclamar la restitución de las prestaciones ejecutadas, de tal forma que la parte comitente no podrá pedir la devolución de las cantidades que hubieran pagado a la que se había comprometido a ser madre portadora. En contra, PANTALEÓN PRIETO⁴¹, considera que la nulidad vendrá de la ilicitud del objeto y no de la causa.

2.1 Determinación de la filiación en España de los hijos nacidos en el extranjero

Nuestro ordenamiento jurídico se ha percatado de la situación en la que se ve sucumbida la parte comitente al no poder inscribir en el Registro Civil Español a los menores nacidos por subrogación en un país extranjero, y ha ofrecido dos soluciones.

Por un lado, la filiación por sentencia, que será reconocida en España gracias a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante DGRN) de 5 de octubre de 2010. Y, por otro lado, la filiación mediante adopción, de modo que la paternidad se adjudica al padre biológico y, posteriormente, su pareja puede adoptar al hijo de su pareja.

2.1.1 Filiación por sentencia judicial: La instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010⁴²

Anteriormente a la instrucción de 5 de octubre de 2010, la Dirección General de los Registros y el notariado ya se había pronunciado en relación con el acceso al Registro Civil Español de los nacidos por maternidad subrogada en el extranjero, concretamente con la resolución de 18 de febrero de 2009.

Con la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 era posible poder realizar la inscripción registral con una certificación registral, al considerar la misma como un título para poder practicar la inscripción en el Registro Civil Español sin la necesidad de que haya una sentencia judicial sobre la filiación de los nacidos por medio de la gestación por

Domínguez, ALAVENTOSA DEL RÍO, J, Y MOLINER NAVARRO, R (Coords.), Valencia 2008, págs 661-676, pág 668.

⁴¹ PANTALEÓN PRIETO, F, “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Jueces Para la Democracia*, nº 5 (diciembre 1988), págs. 19-36, pág. 27 y 28.

⁴² BOE 07/10/2010, y gran estudio a la misma en CALVO CARAVACA, A L; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J “Notas críticas en torno a la instrucción de la DGRN de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derechos Transnacional*, nº1 (marzo 2011), págs 247-262. Y también en SUBIRACHS, J, “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, *La ley*, nº4893 (2011), pág 3.

sustitución. Ahora bien, tras la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, las autoridades españolas exigirán conjuntamente presentar la solicitud de inscripción junto con la resolución judicial dictada por el Tribunal competente del país donde haya nacido el menor.⁴³

La instrucción de 5 de octubre de 2010 sigue siendo la que hoy en día está vigente y va a determinar el régimen registral y también las condiciones que se requieren para poder producir el acceso al Registro Civil Español del recién nacido en un país extranjero por gestación por sustitución.

Esta instrucción exige cumplir con una serie de condiciones o requisitos para realizar de forma válida la inscripción. En primer lugar, se exige que uno de los progenitores sea español, como vía de reconocimiento a efectos registrales. En segundo lugar, que en ningún caso la inscripción registral genere apariencia de legalidad en supuestos de tráfico internacional de menores. En tercer y último lugar, que no haya vulneración del Derecho del menor a conocer su origen biológico.

Además, la instrucción fija las directrices que deben seguirse en la calificación por el encargado del Registro Civil de las solicitudes de inscripción⁴⁴ del nacimiento formuladas por ciudadanos españoles de los menores nacidos en el extranjero mediante la gestación por sustitución.

Exige la necesaria presentación conjunta de la solicitud de inscripción junto con la resolución judicial dictada por el Tribunal competente que controle el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, y los intereses del menor y de la madre gestante.

En definitiva, se constituye la filiación siempre y cuando los padres intencionales aporten una resolución judicial dictada por el Tribunal competente del país donde ha nacido el

⁴³ CALVO CARAVACA, A L, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del tribunal europeo de derechos humanos” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2 (octubre 2015), pág 45-113, pág 52-53.

⁴⁴ PAU, A “Treinta años de reproducción asistida en España: Una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual” *Año LXIX*, nº2179 (junio 2015), págs 1-398, págs 339-396, y también en CHELIZ, C “la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español”, *Aequalitas, Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, nº32 (2013), págs 29-36, pág 31.

menor que constate la filiación del nacido en favor de la parte comitente y no de la gestante subrogada.

Para el reconocimiento de esta resolución, serán de aplicación los arts. 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) de 1881⁴⁵, que requiere poder instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia. Ahora bien, en aquellos casos en los que la resolución judicial extranjera derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, no es necesario el exequátur, basta el reconocimiento incidental de la resolución, pero en este control incidental debe concurrir los siguientes requisitos:

- Regularidad y autenticidad formal de la resolución/otros documentos presentados.
- Que la competencia judicial internacional del Tribunal de origen tenga criterios equivalentes a los contemplados en nuestro ordenamiento jurídico, que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes.
- Que no haya una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante, en especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- Que la resolución judicial sea firme y que los consentimientos prestados sean irrevocables, o bien, estén sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción 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.

Ahora bien, el gran problema de esta instrucción es que va a permitir reconocer la filiación si el país donde se ha llevado a cabo la gestación subrogada exige una resolución judicial, o si las sentencias en él otorgadas pueden ser reconocidas en España, y no en todos los países se exige resolución o la sentencia dictada cumple con los requisitos necesarios.

⁴⁵ Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Vigente hasta el 23 de Julio de 2015), BOE -A-1881-813

Por ejemplo, si podrá adjudicarse la filiación por este método en EEUU, porque las sentencias que en dichos países se dictan sí cumplen con los requisitos necesarios para que puedan aceptarse, pero no ocurre lo mismo con otros países como son Ucrania o Rusia por no haber resolución judicial que determine la filiación. Esta instrucción funciona como una garantía ante el aumento de la demanda de esa técnica⁴⁶.

Finalmente cabe destacar la crucial importancia de la entrada en vigor en 2015 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil⁴⁷ (en adelante LCJI), porque nuestra normativa pedía ya una reforma, pues los arts. 951 a 958 de la LEC de 1881 no se coordinaba con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante TS), por lo que la Ley 29/2015 deroga esos artículos. Así, el nuevo procedimiento de exequátur se recoge en el Título V de la Ley 29/2015, específicamente en los arts. 41 a 61.

2.2.2 Filiación mediante la adopción

Al no ser siempre posible determinar la filiación por el método anterior, existe una segunda solución para proceder a la inscripción de los menores. Ahora bien, se exige un requisito importante para poderla practicar.

Este requisito refiere a la necesidad del padre comitente a que sea el padre biológico para atribuir la paternidad del recién nacido por los medios ordinarios regulados en la normativa española, y para ello es necesaria la prueba de ADN que confirme ser el padre.

El objetivo de este método va a ser que la criatura pueda ser registrada como hijo suyo y de la madre gestante, ahora bien, posteriormente la madre gestante deberá rechazar todos los derechos sobre el bebé (la potestad sobre el bebé), para que seguidamente la pareja del padre biológico pueda adoptarlo⁴⁸ en virtud de la legislación española de la adopción de nuestro código civil⁴⁹ (en adelante Cc), permitiendo así la inscripción del menor en el Registro Civil.

⁴⁶ BATALLER RUIZ, E “El reconocimiento en España de la filiación por gestación por sustitución”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º. 2, (febrero 2015), págs 777-789, pág 786.

⁴⁷ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE 31/07/2015

⁴⁸ Esta solución es tratada con gran relevancia en JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M^a V “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, (2012), págs 365-381.

⁴⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE 25/07/1889

En definitiva, si el padre comitente no pudiera aportar su material genético, no va a ser posible acudir a esta alternativa.

3. EL DEBATE POLÍTICO EN TORNO A LA ADMISIBILIDAD DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Debemos destacar la gran intromisión que ha tenido la maternidad subrogada en la vida política.

Desde febrero de 2017 el Partido Popular vio necesario aportar una postura capaz de contentar a quienes dentro del partido quieren abordar esta materia y que, a la vez, no descontente a los que son totalmente opuestos a aceptar la gestación por sustitución.

Pese a no incluirse por el partido popular esta materia en la Ponencia Social que ha redactado el vicesecretario de Política Social y Sectorial del PP, Javier Maroto, principalmente para no generar una controversia interna, la presentación de enmiendas a favor y en contra de su legalización han hecho resurgir este asunto.

Como no es extraño, el Partido Popular siempre ha mantenido posturas más tradicionales, pero cierto es que últimamente se está mostrando dispuesto a exponer esa posible legalización de los contratos de gestación por sustitución, ahora bien, siempre midiendo los pasos del debate.

Por otro lado, en el programa electoral de Ciudadanos ven oportuno regular esta materia, promueven una nueva Ley de Gestación Subrogada que pueda garantizar los derechos de todas las personas intervinientes en el proceso y de los recién nacidos sobre estas técnicas⁵⁰.

Lo sorprendente es que mientras el Partido Popular y Ciudadanos se encuentran abiertos al camino de la regulación de la gestación por sustitución en España, no se produce lo mismo con el PSOE y de Podemos.

El debate sobre la legalización o no de la maternidad subrogada siempre ha estado a la orden del día, y seguirá estando ya que cada vez son más quienes se unen con nuevos argumentos tanto a favor como en contra de estos contratos de gestación por sustitución.

⁵⁰ GARCÍA-VICENTE, J R, “Maternidad subrogada o contrato de gestación por sustitución”, *Bureo Ceres Procuradores*, 17 febrero 2017.

Veamos algunos de ellos.

Comenzaremos en primer lugar exponiendo algunos de los argumentos alegados por quienes apoyan la maternidad subrogada.

Por un lado, al considerar que recurrir a la misma es un remedio que se pone a disposición de las personas con incapacidades para gestar. Incluso hay autores que aseguran que tiene una finalidad terapéutica.

Por otro lado, consideran estos contratos con plenos efectos jurídicos, ya que defienden la priorización del derecho de las personas a formar una familia, a ante la imposibilidad sexual de poder gestar⁵¹.

O incluso porque no son pocos los estados que ya la permiten, y es por ello que España debe seguir avanzando y permitir esta verdadera realidad, en este sentido, resulta altamente loable el esfuerzo realizado por un grupo de lucenses para promover una iniciativa legislativa popular que legalice los vientres de alquiler en España.⁵²

En segundo lugar, expondré numerosos argumentos señalados por quienes rechazan la gestación por sustitución.

Al considerar que estos contratos pueden llegar al fraude de ley⁵³.

Por concebir la infertilidad como una maldición⁵⁴, equiparándola a una vergüenza social, a una desgracia, a una carencia de feminidad y a un fracaso como mujer⁵⁵, esta forma negativa de abordar la infertilidad está muy ligada con el deber/deseo social de tener

⁵¹ Señala LÓPEZ PELÁEZ, P ("Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución ("madres de alquiler") en el derecho español"..., cit., pág. 669: "entiende que podría quedar abierto el supuesto en el que la pareja comitente es estéril, aporta los gametos de ambos miembros, y la mujer receptora es soltera, y del ámbito familiar de la pareja, y siempre garantizándose el carácter desinteresado y solidario", o también está a favor de estos contratos por considerar que sería un remedio a la infertilidad de algunas parejas VELA SÁNCHEZ, A.J, "Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler" ..., cit.

⁵²<http://www.lavozdegalicia.es/noticia/lugo/2013/02/14/varios-lucenses-reclaman-espana-apruebe-ley-vientres-alquiler/00031360789633041198263.htm> , Y también: <http://www.diariodeibiza.es/pitiuses-balears/2013/05/06/abogado-ibicenco-quiere-legalizar-vientres-alquiler/618471.html>.

⁵³ YZQUIERDO TOLSADA, M, CUENA CASAS, M "Tratado de derecho de la familia, Volumen V, las relaciones paterno-filiales (I)" ..., cit., pág 829.

⁵⁴ ACOSTA CIND, A. "Maternidad Subrogada". *Revista Ciencias Biomédicas*, nº1 (2011) págs. 91-97, pág. 92.

⁵⁵ APARISI MIRALLES, A "Por un feminismo de la complementariedad", en BALLESTEROS LLOMPART, J, (Coord.) "Nuevas perspectivas para la familia y el trabajo", S.A EUNSA ediciones universidad de Navarra, Pamplona, 2002, págs. 1-208, pág 147.

hijos⁵⁶.

En este sentido, consideran la maternidad subrogada como un contrato inmoral por la manipulación del cuerpo femenino a la que debe someterse la mujer para alcanzar el embarazo⁵⁷. Consideran que nuestra normativa no puede permitir de modo alguno procesos que generen una utilización del cuerpo de la mujer como recinto gestador, porque realmente supone una cosificación de la mujer⁵⁸ al convertirse en un mero “ambiente” o “incubadora humana” para el hijo de otro⁵⁹.

En definitiva, contratos que atentan contra la dignidad humana, ya que, hoy en día, algunos países que permiten los vientres de alquiler, han provocado la creación de una nueva explotación del cuerpo de la mujer (como así está ocurriendo con La India o en Ucrania⁶⁰), generalmente de las más desfavorecidas, a través de su cuerpo y del tráfico de personas convirtiendo a los niños en meros productos comerciales, de esta manera, se genera una violación de la dignidad tanto de la madre, como del niño⁶¹.

Además la mujer que gesta puede sufrir graves daños de carácter psicológico por el alquiler o venta de su cuerpo, y ello debido a tener que separarse del bebé al nacer, de la cosificación del embarazo, por posibles conflictos que puedan generarse, como tener que soportar un embarazo de alto riesgo en la salud de la madre gestante, que los padres contratantes después de haber formalizado el contrato no quieran al bebé por posibles

⁵⁶ Cabe destacar lo señalado por SPAR, D L, (*Baby business. Cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan el negocio de la infertilidad*, Urano, Madrid, 2006) pág. 28: “Pero muchas parejas infértiles llegan a ser devoradas por su deseo de concebir, y están dispuestas a hacer lo que sea necesario para engendrar un hijo propio”.

⁵⁷ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y derecho” ..., cit., págs. 5 y 6.

⁵⁸ Gran análisis del tratamiento que los países de nuestro entorno le dan a la gestación por sustitución en: BARTOLINI ESPARZA, M, PÉREZ HERNÁNDEZ, C, RODRÍGUEZ ALCOCER, A *Maternidad subrogada Explotación de mujeres con fines reproductivos*, Capricho ediciones, México, 2014, págs 1-55.

⁵⁹ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y derecho” ..., cit., pág 6 “La gestación por sustitución importa una cosificación de la mujer en virtud de que la gestante se convierte en un mero “ambiente” o “incubadora humana” para el hijo de otro. Esta cosificación, por un lado, atenta contra la libertad y autonomía de las mujeres debido a que éstas no consienten libremente (...) ¿Hasta qué punto las presiones familiares pueden atacar ese libre consentimiento forzando a la mujer a acceder a la gestación por sustitución?”.

⁶⁰ En Ucrania la Gestación por sustitución se ha convertido en una actividad comercial donde las agencias se lucran de la vulnerabilidad de las mujeres en situaciones desfavorables, desarrollando un negocio de selección con proceso de calidad de mujeres y posibles futuros bebés.

⁶¹ Aunque, por el contrario, para algunos autores, entre ellos ATIENZA, este contrato no supone por sí mismo ningún atentado contra la dignidad humana: ÁLVAREZ, N, “Gestación subrogada en Ucrania: precio, legislación y agencias”, *babygest*, (septiembre de 2016), en <https://www.babygest.es/ucrania/>

malformaciones del niño, o se quieran echar atrás una vez que la mujer ya haya quedado embarazada...

Esta técnica en el ámbito jurídico es muy compleja porque conlleva plantearse quién es la madre⁶² o cómo reconocer esa filiación. Y se complica aún más la materia si le añadimos el problema de que se trata de un proceso que no está desarrollado y al que todavía queda mucha regulación por aportar, ya que es mínima en nuestro país.

Además, es tan esencial el interés superior del menor⁶³ que cumple una triple proyección⁶⁴.

En primer lugar, considerado como el derecho que debe primar entre los diferentes intereses que estén en juego.

En segundo lugar, es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva este interés, aunque bajo mi punto de vista no siempre se ha considerado, así como ya veremos en las diferentes sentencias.

En tercer y último lugar, es una norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que afecte el interés de niños/as, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa toma de decisión en los intereses de los niños/as.

Esta triple proyección deja clara la importancia y la relevancia en cualquier materia en la que, ya sea directa o indirectamente se vea afectado un menor, como es indudablemente el caso de la maternidad subrogada y no son pocos los preceptos que aluden al concepto del interés superior del menor en el ordenamiento⁶⁵.

⁶² JIMÉNEZ SANJINÉS, R *Lecciones de derecho de familia y derecho del menor*, Presencia S.R.L, La Paz (Bolivia), 2012, pág. 782-784 “De gran interés la diferenciación de figuras de las posibles “madres” que pueden estar implicadas en un contrato como este (madre genética, madre gestacional, madre efectiva madre procreacional y madre jurídica) y lo mismo ocurre con las figuras del padre”.

⁶³ NÚÑEZ BOLAÑOS, M; NICASIO JARAMILLO, I; PIZZARRO MORENO, E, “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, nº29 (2015), págs 227-261, págs 233-235.

⁶⁴ VALDÉS DÍAS C C, “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas” *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 31 (2014), págs 459-482, pág 480.

⁶⁵ RAVETLLAT BALLESTÉ I. “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” *Educatio Siglo XXI*, nº 2 (2012), págs. 89-107, págs. 93-96.

III. LA DISPARIDAD DE CRITERIOS ENTRE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y EL NOTARIADO Y EL TRIBUNAL SUPREMO

Antes de ver la disparidad de criterios entre la Dirección General de los Registros y el Notariado y el TS, debemos partir de una serie de normas que en nuestro ordenamiento son relevantes en materia de gestación subrogada.

Uno de los grandes problemas a la hora de contratar esta figura en el extranjero, es que pueda no permitirse la inscripción del recién nacido por maternidad subrogada en el Registro Civil Español, y que no sea inscrito puede generar que no sea reconocido como hijo de la parte comitente lo que conlleva también el hecho de no ser reconocido como ciudadano español.

La inscripción del nacimiento en el Registro Civil exige presentar, bien una decisión judicial por las autoridades extranjeras constando la paternidad de los nacidos, o bien una certificación registral extranjera en la que se haya inscrito la filiación de los hijos, siendo este último caso el más acudido.

La certificación registral extranjera es la más utilizada, que constata el hecho ocurrido en el extranjero y que está inscrito en el Registro Civil de aquel país. Se someterá a una presunción *iuris tantum* de la realidad y legalidad del hecho o del acto inscribible (del país extranjero), con el objetivo de observar su ajuste a la normativa española, y al orden público internacional español.

En el examen, el encargado del Registro, debe basarse en la normativa registral española (los arts. esenciales son el art. 23 de la Ley del Registro Civil⁶⁶, y arts. 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil⁶⁷).

Por otro lado, cabe destacar la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁶⁸, que entrará en vigor el 30 de junio de 2017, incluye un proceso nuevo para practicar la

⁶⁶ Art. 23 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil (Vigente hasta el 30 de junio de 2017), BOE 10/06/1957, este artículo 23 exige que no haya duda de la realidad del hecho y de su legalidad.

⁶⁷ Art. 81 del Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, BOE 11/12/1958.

⁶⁸ La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, fue resultado de la exigencia de muchos juristas como CALVO CARAVACA, A. L., de una necesaria reforma de la Ley del Registro Civil de 1957, que se adaptase a la realidad social.

inscripción de los documentos judiciales y extrajudiciales reconocidos en un país extranjero.

En primer lugar, debemos acudir al artículo 27 que alude a los documentos auténticos para practicar inscripciones. Exige que sea un documento auténtico, original o testimonio, judicial, administrativo, notarial o registral. También es título suficiente para practicar la inscripción el documento extranjero que cumpla los requisitos establecidos en los artículos 96 y 97 de la presente Ley. Las resoluciones judiciales firmes son títulos suficientes para inscribir el hecho o acto que constituyen o declaran.

Respecto a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero podrán inscribirse en el Registro Civil Español en virtud del artículo 96.1 cuando *“hayan adquirido firmeza”*; y, respecto a las resoluciones de jurisdicción voluntaria, *“deberán ser definitivas”*. En el 97.2 permite instar la inscripción de dichas resoluciones judiciales, tras el *“trámite del exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; o bien, ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla una vez haya verificado que se cumple que:*

- i) la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados;*
- ii) que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española;*
- iii) que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento;*
- iv) que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español”.*

Finalmente, respecto de las resoluciones que carecen de firmeza, de carácter definitivo, o que hayan seguido el proceso de homologación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, según el precepto 96.3 LRC, *“se procederá a la anotación de la resolución en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40, si así se solicita expresamente”*; es decir, se realizará a través de una modalidad de asiento sin tener el valor probatorio que proporciona la inscripción.

Pero también debemos detenernos en el artículo 97 de la Ley del Registro Civil que hace referencia al documento extranjero extrajudicial, exigiendo para su inscripción que “*el hecho o acto de que da fe debe cumplir con unos requisitos:*”

- i) Que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.*
- ii) Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate.*
- iii) Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.*
- iv) Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español”.*

Ahora expondré el caso que duró años y fue fundamental por revolucionar tanto nuestra normativa como la jurisprudencia española en este ámbito, debido a las grandes tensiones entre la Dirección General de los Registros y el Notariado tras su resolución y la decisión del TS ante la misma, de tal forma que, durante este apartado y el siguiente se comprenderá los motivos por los cuales la Dirección General de los Registros y el Notariado adopta una postura mucho más acorde con lo establecido por el TEDH distanciándose de las posturas alegadas por el TS.

3.1. Resolución DGRN de 18 febrero de 2009⁶⁹

Como ya señalé en puntos anteriores, hoy en día sigue vigente la instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 10 de octubre de 2010 cambiando el panorama hasta ese momento, ya que se empezó a exigir presentar ante las autoridades españolas una sentencia o resolución judicial extranjera que acreditase dicha filiación. Anteriormente a esa instrucción, la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 18 de febrero de 2009 señalaba que bastaba la certificación registral extranjera en la que consta la filiación de los nacidos para poder practicar la inscripción registral.

⁶⁹ RJ 2009\1735.

Esta resolución ha dado mucho de sí ya que son numerosos los autores que se pronuncian sobre la misma⁷⁰. Todo comienza con la solicitud por un matrimonio homosexual⁷¹ de la inscripción en el Registro Civil Consular del nacimiento de sus gemelos en octubre de 2008, cuya lugar de nacimiento fue en San Diego, California (Estados Unidos) tras un contrato de vientres de alquiler. Las autoridades californianas los declaran hijos de los varones en el Registro Civil Californiano como así queda constatado en la certificación registral californiana que va a presentarse para su inscripción ante el Registro Civil Español.

Ahora bien, la inscripción de los gemelos se denegó por el encargado del Registro Consular de España en Los Ángeles mediante un auto y se consideró a la mujer que da a luz como la verdadera madre de los recién nacidos como el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida exige y es así debe constar en el Registro Civil Español.

El matrimonio interpuso recurso ante la DGRN para solicitar la inscripción en el Registro Civil Español como hijos de ambos. Una vez notificado el ministerio fiscal, el encargado del Registro Civil Consular trasladó el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado para que resolviera, y lo hizo con la resolución aquí presente, determinando las siguientes cuestiones:

⁷⁰ De interés el estudio pormenorizado a esta resolución en JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M^o A “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales” ..., cit., 370-374. Y, por otra parte, destaca también la crítica a dicha resolución por ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, págs. 339 a 369, pág. 347: “La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 es el paradigma de cómo adaptar una argumentación a un resultado preconcebido (...). A mi juicio, sin embargo, la argumentación no fue convincente”. Y también LAMM, E, “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”... cit, pág 79.

⁷¹ Este caso está explicado en los siguientes artículos: El resumen de los hechos que da lugar al recurso en 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: Revista para el Análisis del Derecho*, (julio 2009), págs 1-42, pág 4-8. También en 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 (RJ 2014, 736)”, *Rev Boliv. de Derecho*, n^o18 (julio 2014), págs 400-419. En DURÁN AYAGO, A “Sentencia del TS, sala de lo civil pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014)”, *Ars Iuris Salmanticensis: Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, n^o2 (2014), págs 277-279. En 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*, n^o2 (2009), págs. 294 a 319, en la pág. 295 breve referencia a los hechos del caso.

- Derecho aplicable

En primer lugar, se alude al derecho aplicable⁷², y se indica que la cuestión controvertida no es “el Derecho aplicable a la filiación” (nulidad de la filiación por el art. 10 de la Ley 14/2006) lo es la “validez extraterritorial de decisiones” en España.

De tal forma que, para decidir el acceso de la decisión californiana al Registro Español, las autoridades españolas no deben aplicar las normas de conflicto españolas (art. 9.4 Cc) ni la ley sustantiva designada por tales normas de conflicto,⁷³ sino las normas específicas que, en Derecho internacional privado español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil (art. 81 del Reglamento del Registro Civil⁷⁴), el fundamento de derecho tercero y cuarto se dedican exclusivamente a este art., al ser una certificación registral extranjera constatando el nacimiento y la filiación del nacido⁷⁵.

- Control de legalidad

Este art. 81 del Reglamento del Registro Civil exige un control de legalidad, que no es exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española⁷⁶, sino satisfacer unas exigencias legales para acceder al Registro Civil Español, y se trata de requisitos que debe cumplir la certificación registral extranjera; primero, que sea un documento público, es decir, un

⁷² CAMARERO GONZÁLEZ, Gonzalo J. "Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución". *Diario La Ley*, 2012, nº 7910 (2012), págs. 1-10, pág. 1: “En el primer caso, estaríamos, según la citada resolución, ante una cuestión de «Derecho aplicable» en la que el encargado del Registro debería proceder a aplicar las normas de conflicto españolas y proceder a un control de legalidad de los hechos. Sin embargo, en el segundo caso se trataría de una cuestión de «validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España» que excluiría la aplicación de las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas (señaladamente el art. 10 de la Ley 14/2006), por existir ya una «decisión» extranjera”.

⁷³ Como la propia resolución establece, “[...] son solo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya dictada una “decisión por autoridad pública extranjera”.

⁷⁴ Hay autores que consideran incorrecto recurrir a dicho artículo, HUALDE MANSO, M^a T, “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Revista Doctrinal*, nº10 (2012), págs 35-pág. 43: 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. del reglamento del Registro Civil, cuando en realidad es el art. 85 RRC la norma específica que regula la entrada de certificaciones de Registros extranjeros al Registro Civil Español.

⁷⁵ 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” ..., cit., págs 297-299.

⁷⁶ A ello se ocupa el fundamento tercero explicándolo muy extensamente.

documento autorizado por una autoridad extranjera (Fundamento 4º primer apartado), segundo, que haya sido elaborado y adoptado por autoridad registral extranjera con funciones equivalentes a las españolas (fundamento 4º segundo apartado), y tercero, necesidad de un control de legalidad del acto contenido, debiendo ser un acto presumiblemente “válido” (fundamento 4º tercer apartado).

- Orden público español

Estos aspectos aparecen en el fundamento quinto. La DGRN señala que no se vulnera el orden público español porque no hay lesión en los principios jurídicos básicos del Derecho español y con ello la estructura jurídica básica del Derecho español, para ello establece una serie de argumentos:

En primer lugar, la inscripción en el Registro Civil Español del nacimiento y de la filiación en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público español ya que en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, al ser ambos iguales ante la Ley, art. 14 de la constitución (en adelante CE), y si se permite la inscripción de la filiación a favor de dos mujeres, no permitir la a favor de dos hombres resultaría discriminatorio por una razón de sexo.

También lo argumenta bajo el interés superior del menor aconsejando proceder a la inscripción, ya que su rechazo, generaría que los hijos no tendrían filiación inscrita ni una identidad única, vulnerando el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989.

Ni tampoco se viola el orden público español porque no es fraude de ley ir a un país donde estos contratos se permiten ya que *“los interesados no han utilizado una "norma de conflicto" ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española [...] ni tampoco incurrido en el "Fórum Shopping fraudulento" ”*, por lo tanto, no hay actuación engañosa al dejar la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas.

Y el último argumento utilizado es que, si bien es cierto que el art. 10 de la Ley 14/2006 prohíbe estos contratos, no es aplicable al caso, pues no procede determinar el "Derecho aplicable" a la determinación de la filiación de tales sujetos o ejecución o cumplimiento

de un presunto contrato de maternidad subrogada, sino precisar si la filiación determinada por certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil.

Debe indicarse que los menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española por el art. 17 Cc, por ser nacidos de español/a, sin que el precepto exija que haya quedado "determinada legalmente" la filiación, es imprescindible que se acredite el "hecho físico de la generación", y por ello, para considerar "nacido" de español a un individuo, basta que consten "indicios racionales de su generación física por progenitor español".

Por todo ello, la DGRN estima el recurso, revoca el auto apelado y ordena la inscripción registral de los menores con la filiación establecida en el Registro californiano.

3.2. Sentencia del juzgado de primera instancia nº15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010.⁷⁷

La resolución anterior fue impugnada por el Ministerio fiscal aludiendo la falsedad documental ante el Registro Civil Español en Los Ángeles, de tal forma que demanda a la DGRN⁷⁸ y da lugar a esta sentencia.

Esta sentencia señala que se tuvo demasiado en cuenta el art. 81 Reglamento del Registro Civil sin mención alguna a un precepto esencial como es el art. 23 Ley del Registro Civil:

La aplicación del art. 23 Ley del Registro Civil es esencial ya que *“para que pueda practicarse la inscripción es necesario que se compruebe la realidad del hecho inscrito, ello implica no ya solo un control formal de la certificación, sino que lo establecido en la certificación es real, en este caso el encargado del Registro debería verificar que ambos solicitantes son los padres de los menores”*, continua señalando que biológicamente no lo son por lo que debe dudarse de la realidad del hecho inscrito, *“queda un segundo examen por parte del encargado del registro, examinar si la inscripción que se pretende es conforme con la Ley española, [...] examinar si el hecho hubiera ocurrido en España se consideraría legal”*.

En definitiva, con este precepto se examina la posible vulneración del contenido de esta certificación extranjera con respecto a la Ley española.

⁷⁷ AC 2010\1707.

⁷⁸ SALAS CARCELLER, A, “El Registro Civil Español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, Revista Aranzadi Doctrina, nº10/2011, pág 2

Conforme a la Ley 14/2006 la maternidad subrogada está prohibida en España por lo que debe impedirse el acceso al registro de la inscripción así intentada.

Ante ello, las partes se defienden argumentando que el objeto de este procedimiento es el control de legalidad no de los certificados sino de la resolución de la DGRN, de tal forma que no puede entenderse que eso sea un hecho controvertido.

En el cuarto fundamento de derecho se establecen las argumentaciones que justifican las equivocaciones de la DGRN en cada uno de los argumentos alegados para defender la inscripción de los menores en el Registro Civil, y en el fundamento sexto compara la situación aquí presente con diferentes situaciones donde la inscripción en el registro quedó vedada, como ocurre así con los matrimonios poligámicos legales en otros países pero no inscribibles en los registros españoles, entre otras comparaciones.

Por todo ello, se estima íntegramente la demanda dejando sin efecto la inscripción de los menores.

3.3. Sentencia Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011⁷⁹

Contra la sentencia anteriormente indicada, D. Porfirio y D. Segismundo interponen recurso de apelación por dejar sin efecto la inscripción de nacimiento en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de los menores tras el control de veracidad del hecho que se pretende inscribir exigido por el art. 23 Ley del Registro Civil Consular, dando lugar a esta sentencia⁸⁰.

Señalando que aparte de lo anterior (prevalencia por el principio de jerarquía normativa del art. 23 Ley del Registro Civil sobre los arts. 81 y 83 Reglamento del Registro Civil cuyos preceptos solo obligan a un control formal de la certificación), hay que tener en cuenta otros obstáculos en la inscripción en el Registro Civil Español de la filiación pretendida.

⁷⁹ AC 2011\1561.

⁸⁰ De gran interés la alusión a esta sentencia por JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M^a V, “la inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales” ..., cit., págs 377-379, y por VELARDE, D `AMIL, Y, “Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de valencia nº 949/2011 826 23-11-2011: no inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”, *Revista Sobre la Infancia y la Adolescencia*, nº3 (2012), págs 61-70.

La propia sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de 23 de noviembre de 2011 expresamente alude a esos obstáculos. *“Estos obstáculos radican en la infracción por la certificación registral californiana del orden público internacional español, [...] con principios tales como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o que el niño no puede ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona, principios reflejados, además de en el art. 10.1 CE, art. 15 que reconoce el derecho a la integridad moral, art. 39.2 nuevamente de la CE, que proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil, art. 1271 Cc, que prescribe que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres y el art. 1275 Cc, que impide la producción de efectos a los contratos con causa ilícita”*.

Además, se constata que, por lo anterior, la Dirección General de los Registros y el Notariado tuvo que dictar la instrucción de 7 octubre de 2010 ya mencionada.

Esta sentencia, al igual que la anterior, indican la no discriminación por sexo al entender que el art. 7.3 de la Ley 14/2006⁸¹ permite la inscripción de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres, y no a favor de dos hombres, pues las parejas de dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación y no es discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual; si una pareja de mujeres acude a la maternidad subrogada también le estará prohibida.

Ahora bien, la Sentencia de la Audiencia Provincial se aleja de la equiparación que hacía la sentencia anterior con la poligamia por no tratarse de situaciones asimilables.

Respecto al interés superior del menor, señala no olvidarse de él, puesto que en la prohibición de la gestación por sustitución está su defensa al pretender impedir que la vida humana sea objeto, y respecto a la identidad única, indican no atentar contra dicho derecho ya que éstos tienen la que resulta de la certificación californiana que será la que publique el registro civil español si acceden a él de acuerdo con la ley.

Por todas las razones expuestas, desestiman el recurso de apelación interpuesto por los demandados.

⁸¹ El artículo señala que *“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”*.

3.4. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014⁸²

La sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS)⁸³ se articula en torno a un único motivo de recurso de casación⁸⁴ *“la infracción del principio de igualdad del art. 14 CE en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores al no permitir la inscripción en el Registro Civil Español a favor a dos varones resulta discriminatorio y por privar de su filiación a los menores vulnera el interés del menor, pues perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos. Los recurrentes, personas que han manifestado su consentimiento a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato; el menor tiene derecho a una identidad única, y que el reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español pues este impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución pero no el acceso al Registro Civil Español de la filiación resultante de tal contrato, que es consecuencia última y periférica del contrato”*.

La técnica jurídica que debe seguirse no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento, ya que la cuestión presente es si la decisión extranjera adoptada puede ser reconocida o no, y como se trata de una certificación registral, hay que acudir al art. 85 en relación al último inciso del art. 81. Ahora bien, en virtud del art. 23 Ley del Registro Civil se requiere un examen de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.

Pues, se trata de un examen de las cuestiones formales como y de los aspectos de fondo, y teniendo en cuenta que los derechos fundamentales y principios constitucionales de nuestra constitución integran ese Orden Público Internacional Español siendo el límite al reconocimiento de decisiones extranjeras.

⁸² RJ 2014\833.

⁸³ Tanto la STS en primera instancia, como la de la AP y la del TS se encuentran bien sintetizadas en CARVALHO LEAL, V *El derecho y sus razones*, Bubok editorial, León, noviembre 2013, págs 81-83.

⁸⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R *“Hijos made in California”*, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº3/2009, 2012, pág 1.

Encontramos una buena explicación a cada uno de los argumentos de esta sentencia por LAMM⁸⁵, pero, en síntesis, se determina la inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual, ya que la solución sería la misma si los contratantes estuviesen integrados por mujeres.

Respecto al interés superior del menor⁸⁶, se señala que en este caso es un "*concepto esencialmente controvertido*", y pese a las alegaciones de los recurrentes (la única forma de reconocerlo es confirmando la resolución de 2009), se indica que no puede ser aceptada, ya que se estaría el juez desvinculando respecto del sistema de fuentes, contraria al principio de sujeción al imperio de la ley del art. 117.1 CE.

Según el art. 3 Convención de los Derechos del Niño hay que atender al interés superior del menor y "*a otros bienes jurídicos siendo preciso realizar una ponderación, tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación*", de tal forma que la ponderación para una solución menos perjudicial a los menores se consigue "*tomando en consideración primordial el interés superior de los menores partiendo de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores*".

⁸⁵ LAMM, E "Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos" *Ars Iuris Salmanticensis*, nº 1 (2016), págs 61-107, págs 74-86.

⁸⁶ CALVO CARAVACA, A L, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, "Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del tribunal europeo de derechos humanos" ..., *cit.* pág 84-85, "En la STS 6 febrero 2014 el TS olvida que el interés superior del menor es un principio que "debe prevalecer sobre cualquier otro a la hora de configurar el contenido activo del orden público internacional español como cláusula que opera contra los efectos de las resoluciones registrales extranjeras en España en casos relativos a gestación por sustitución legalmente acreditada en el extranjero. Debe estimarse que el menor, encuentra su mejor situación jurídica como "hijo legal" de los individuos que aparecen como "padres" en la resolución extranjera. No se ha probado que la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero obedeciese a execrables prácticas de compra de menores, abuso de situación de necesidad o engaño o violencia sobre la mujer gestante, ni nada parecido. Por ello, puede afirmarse que opera en interés del menor considerar que los padres del mismo deben ser los sujetos que constan como tales en la resolución registral extranjera. Aceptar en España la filiación del menor que consta en la certificación registral extranjera en favor de los comitentes es una solución plenamente acorde con el principio del interés del menor".

En definitiva, se desestima el recurso y se exige al ministerio fiscal que ejercite las acciones pertinentes para la correcta filiación de los menores y su protección en la efectiva integración en un núcleo familiar "de facto".

3.5. Auto del TS de 2 de febrero de 2015⁸⁷

Contra la STS de 6 de febrero de 2014 tras el recurso de casación ser desestimado, los recurrentes formulan incidente de nulidad de actuaciones.

Los argumentos que los recurrentes que ahora alegan son la vulneración de las reglas sobre la prueba y carga de la prueba, vicio de incongruencia, vulneración del derecho a la intimidad familiar y a la igualdad sin sufrir discriminación⁸⁸.

En el trámite del incidente de nulidad de actuaciones el TS introduce en el procedimiento la doctrina del TEDH contenida en su STS de 26 de junio de 2014⁸⁹ (caso de Mennesson contra Francia y Labasse contra Francia), ya que se decidió con posterioridad al dictado de la STS del Tribunal Europeo.

El Pleno del TS mediante este auto desestima el incidente. Va a llegar a esa desestimación por el análisis realizado a las dos sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos del 26 de junio de 2014 que veremos en el apartado siguiente, y en estas dos sentencias, al igual que ocurre con el caso español, también las autoridades judiciales, en este caso francesas, se negaron a inscribir en el Registro Civil francés las actas de nacimiento de las niñas por contrariar el orden público francés, que establece la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas.

Interpuestos recursos de casación en los dos casos invocando la violación del respeto a la vida privada y familiar al no reconocerse una filiación legalmente reconocida en el extranjero, el Tribunal francés consideró que la maternidad subrogada impedía esa inscripción.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos concluye que el motivo de denegar la

⁸⁷ Auto del TS de 2 febrero 2015, RJ 2015\14

⁸⁸ Fundamentos de derecho primero a quinto.

⁸⁹ NÚÑEZ BOLAÑOS, M, NICASIO JARAMILLO, M^a I, PIZARRO MORENO, E "El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción" ..., cit., pág 247.

inscripción por las autoridades francesas, constituye una infracción en el derecho al respecto a la vida privada y familiar de los demandantes y que la infracción ilegítima se encuentra en dos de los fines legítimos establecidos en el artículo 8 del convenio (la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los demás).

Por ello, los demandantes del incidente ante el TS pretendieron que se aplicasen las mismas conclusiones.

Sin embargo, el TS exige el deber de reconocer una identidad en el país en el que vivirán las niñas y no afirma la infracción del derecho al respecto de la vida privada, concluyendo que Francia había vulnerado el art. 8 del convenio (derecho a la vida privada) tras no permitir el reconocimiento de la filiación a favor de los comitentes por ninguno de los mecanismos al haber un contrato de maternidad subrogada.

Se impedía así fijar la identidad de las niñas en Francia y reconocer la filiación paterna biológica por el carácter ilícito del contrato, a pesar de haber acreditado que uno de los esposos era el padre biológico.

Sin embargo, en el supuesto del matrimonio español, era posible constituir la filiación paterna del menor, y el Tribunal Supremo insta al ministerio fiscal a que ejercitase las acciones pertinentes en virtud al interés del menor.

En definitiva, en el caso francés no había forma posible de constituir la filiación de los menores y además existió pronunciamiento expreso sobre la cuestión que fue solicitada de forma subsidiaria en la demanda.

Todo ello muestra como realmente no ocurre lo mismo en el caso español, puesto que, el objeto del litigio fue solo la impugnación por parte del ministerio fiscal de la inscripción en el Registro Civil con base a las actas de nacimiento de California, de un contrato de gestación por sustitución, y la sentencia señala *“este tribunal decidió que, tales circunstancias, dicha relación jurídica no podía ser reconocida por nuestro ordenamiento jurídico al resultar contraria a las normas actualmente vigentes que integran el orden público internacional español, como son las que regulan la filiación las normas esenciales sobre técnicas de reproducción humana asistida”*.

El auto judicial contó con un voto particular discrepante.

IV. TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sin duda, es innegable la importancia del TEDH en este ámbito, siendo necesario dedicar un apartado al mismo para llevar a cabo un detenido análisis de sus sentencias más relevantes.

Debido al artículo 10.2 de nuestra constitución, genera que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sea de aplicación inmediata en nuestra normativa. Y va a implicar que el Tribunal que deja de aplicar la doctrina interpretativa que surge del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte procesal interesada.

De tal forma que, si un Tribunal ordinario decidiese no aplicar tal doctrina, no estaría cumpliendo el mandato imperativo dispuesto en el art. 10.2 CE, pudiendo el interesado recurrir esa decisión, y, es más, llegar al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, si se invoca la vulneración del derecho fundamental que se trate en cada caso.

En definitiva, con todo ello quiero decir que la doctrina emanada del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos es esencial para España, lo que me sugiere que sea de especial interés abordar un apartado sobre los pronunciamientos del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en materia de gestación por sustitución que está siendo de suma importancia ya no solo para España sino también para el resto de los estados, por generar un antes y un después en esta materia.

***4.1. Caso Mennesson y Labassee contra Francia*⁹⁰**

Se pronunció el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (en adelante, TEDH) el 26 de junio de 2014 con los asuntos Mennesson c/ Francia⁹¹ y Labassee c/Francia⁹², cuyo

⁹⁰ FARNÓS AMORÓS, E “La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº36 (2016), págs 94-111, pág 103-106, también encontramos un pequeño resumen de estas STSS en AVILÉS MOREIRA, J “Gestación por sustitución: cambios en el reconocimiento de la filiación”, *Revista Electrónica de Derecho y Ciencia*, nº 1 (2016), págs 109-119, págs 111-113, y por último LAMM, E “Gestación por sustitución. La importancia de las STSS del TEDH y su impacto”, *Ars Juris Salmanticensis*, nº2 (2014), págs 43-50.

⁹¹ JUR 2014\176908.

⁹² JUR 2014\176905.

problema suscitado y solución establecida es similar por lo que me referiré a ambos en este mismo apartado.

Ambos son matrimonios heterosexuales de origen francés, Dominique y Sylvie Mennesson de Maisons-Alfort, al igual que Francis y Monique Labassee de Toulouse. Viajan a EEUU (California y Minnesota respectivamente) con el objetivo de generar un contrato de maternidad subrogada tras la existencia de problemas de fertilidad, siendo el contrato de gestación por sustitución en ambos lugares una práctica válida.

En ambos casos se usan óvulos de donantes anónimas fecundados con espermatozoides de los Sres. Mennesson y Labassee. Los embriones se implantan en terceras mujeres (específicamente en las mujeres de alquiler).

Después de que los tribunales de California y Minnesota constituyeran como padres legales a los padres intencionales, los matrimonios se dirigieron a su país de origen y se da inicio al problema suscitado.

Las autoridades francesas obstaculizaron la inscripción en el Registro Civil⁹³ al indicar que la inclusión de los certificados de nacimiento en el Registro Civil francés atenta contra su orden público internacional, ya que la maternidad subrogada en su normativa es un contrato no permitido, y es por ello por lo que finalmente deciden no permitir reconocer legalmente a las hijas de ninguna de las dos parejas.

En el caso Labassee se intenta además el reconocimiento por medio de la «posesión de estado» de la filiación obteniendo así el «acta de notoriedad» (acte de notoriété) pero el Ministerio Público se opuso al mismo. En España el acta de notoriedad hace referencia a bienes inmuebles, pero se entiende que la finalidad es análoga, porque atestigua la existencia de la relación paterno-filial de hecho.

Debido a que Francia no aceptaba la inscripción por considerar la gestación por sustitución como un contrato nulo, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos acaba determinando la infracción de derechos por las autoridades francesas.

⁹³ En lo que se refiere a los procesos judiciales, en el caso de los Mennesson, una vez en Francia las actas sí que entraron en el Registro por orden del ministerio público. No obstante, posteriormente, el propio ministerio público se opuso, interponiendo un recurso para anular la inscripción, lo que llevó a la deriva judicial.

En primer lugar, se indica la no vulneración del derecho a la vida familiar⁹⁴ ya que la anulación de la inscripción en el Registro Civil no estaba prohibiendo a las niñas vivir en Francia con los Señores Mennesson y los Señores Labassee, ni tampoco estaba interviniendo en la relación legal reconocida por los estados americanos, por lo tanto, pueden vivir en Francia como verdaderas uniones familiares, aunque sin ser reconocidas como ciudadanas francesas.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos perpetró el incumplimiento a la vida privada de los hijos⁹⁵ que viene establecido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos tras la indeterminación de la identidad de las niñas en la sociedad francesa, y por no atribuir la paternidad legal habiendo relación biológica entre los padres y las niñas, además de que al no reconocer la paternidad, no ponía claro si iban a obtener la nacionalidad francesa, generando una incertidumbre legal, lo que podría tener consecuencias negativas en el derecho de herencia de éstas.

Como en ambos casos el marido era el padre biológico de las niñas, la privación del reconocimiento de la paternidad perjudicaba el interés superior de las menores al vulnerar su identidad. Ambas soluciones del TEDH derivan de considerar al origen biológico como elemento crucial en la identidad individual y en ambas situaciones las niñas mantenían relación biológica con el padre, que era ciudadano francés.

En definitiva, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos proclama la absoluta libertad de un Estado parte del Convenio para impedir la maternidad subrogada, sin generar el desconocimiento de su filiación y por tanto, la identidad de los niños, porque que un país europeo no reconozca como válida una determinada técnica reproductiva no puede privar a los menores nacidos en el extranjero por esa técnica, del reconocimiento de su filiación en los países de origen de sus padres.

Es así como el este tribunal va a considerar prioritario el interés superior del menor sobre el orden público internacional de los estados a favor del reconocimiento de los vínculos biológicos de niños nacidos por vientres de alquiler, para la determinación de la filiación.

⁹⁴ Apartados 92 y 93 en el caso Mennesson y apartados 71 y 72 en el caso Labassee.

⁹⁵ Apartado 96 y 99 en el caso Mennesson y apartado 102 la conclusión. Apartado 75 y 78, y apartado 81 la conclusión en el caso Labasse.

4.2. Caso *Paradiso y Campanelli contra Italia*⁹⁶

Otra fecha crucial en la historia de la maternidad subrogada fue el 27 de enero 2015⁹⁷, que, de nuevo, sin ser un caso relacionado directamente con España, su incidencia en nuestro tratamiento jurídico de la maternidad subrogada es esencial e innegable.

Al igual que ocurría con los casos anteriores, ahora con un matrimonio italiano de Collerorto, la Sra. Donatina Paradiso y el Sr. Giovanni Campanelli⁹⁸, por razones de infertilidad, recurren a la maternidad subrogada con una empresa rusa y en febrero de 2011⁹⁹ van a conseguir su meta, el nacimiento de un niño mediante técnicas de fecundación in vitro a través de una mujer gestante. El óvulo pertenece a una donante anónima, y el semen al padre intencional, lo que produce el vínculo genético entre el bebé y el padre intencional, situación parecida a lo ocasionado en los casos anteriores, surgiendo un contrato con plena validez para Rusia con misión de pretender un certificado de nacimiento en el que se figure como padres los padres intencionales¹⁰⁰.

Pese a la entrega de los documentos necesarios al matrimonio por el Consulado de Italia en Moscú para permitir al menor viajar a Italia¹⁰¹, se deniega la inscripción del niño en Italia ya que el Consulado italiano en Moscú, proclama a las autoridades italianas la existencia de información no verdadera en el expediente del nacimiento del niño, por no aludirse a la existencia de un contrato de gestación por sustitución (nulo para Italia) para el nacimiento de este niño, dejando al niño sin identidad.

Por todo ello, el Señor y la Señora Campanelli interponen una demanda contra Italia en nombre del niño (que acaba siendo ésta rechazada por falta de legitimación activa)¹⁰², y en nombre propio.

Pero el problema no quedó ahí, en mayo, el matrimonio fue acusado de alteración del

⁹⁶ FARNÓS AMORÓS, E “La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia” ..., cit., págs 103-106.

⁹⁷ TEDH 2015\17.

⁹⁸ De gran interés MONTERONI, J. “Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” *Prudentia Iuris*, N° 80 (2015). Págs 273-279.

⁹⁹ Fundamento de derecho 7.

¹⁰⁰ Fundamento de derecho 65 y 66.

¹⁰¹ Fundamento de derecho 9.

¹⁰² Fundamentos de derecho 45 y 49, la Corte no considera vínculo biológico de los solicitantes con el niño, no pueden representar al niño ya que ya se encuentra representado a nivel nacional por un tutor.

estado civil y de incumplimiento de la legislación italiana e internacional sobre adopción.¹⁰³ Por todo ello, se solicita a la pareja el envío del menor en adopción al ser abandonado, porque según Italia (siendo para España igual) la gestante por subrogación debe ser considerada como la madre. Por lo tanto, nos encontramos ante una mayor vulnerabilidad del niño comparada a los casos anteriores, al estar el niño sin identidad.

En agosto, se determina que el señor Campanelli no es el padre del menor tras el resultado negativo que da una prueba de paternidad, el motivo de tal situación era posiblemente que la clínica rusa había utilizado por confusión el semen de un donante en vez del semen del señor Campanelli.

Tras la inexistencia de alguna filiación con el menor, se prohíbe a la pareja todo tipo de contacto y relación con él, ni incluso iniciar la adopción del niño al no ser ni padres biológicos ni familiares del menor. El niño acaba siendo enviado a un hogar de acogida sin informar al matrimonio de su nuevo lugar de residencia y dónde ésta se encontraba. Al final, el niño, ya con dos años fue adoptado y recibiendo una nueva identidad, indicando en el nuevo certificado de nacimiento que había nacido de padres desconocidos.

Se declara por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la sentencia a comienzos del 2015 que las autoridades italianas no se cumplen ciertas normas del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. El análisis que voy a seguir es igual al señalado en el caso anterior.

En primer lugar, respecto al derecho al respeto de la vida privada, nuevamente se va a considerar la violación del art. 8 del Convenio¹⁰⁴, al considerarse que sobre la vida privada se va a derivar buscar la verdad biológica sobre la verdadera identidad del niño que el Señor Campanelli, que creía ser su padre biológico, llevó a cabo en marco los procesos judiciales discutidos.

Además, el hecho de retirar el niño a los padres, provoca una situación extrema, y realmente debe aplicarse únicamente por la existencia de algún peligro para ese niño, mi pregunta aquí es, ¿dónde está el peligro del niño cuando los padres solo buscan la posibilidad de ser padres por medio de una de las opciones que permite las técnicas de

¹⁰³ Fundamento de derecho 12.

¹⁰⁴ Gran análisis al art. 8 del convenio en los fundamentos de derecho 61 a 54 y 67 a 88.

reproducción humana asistida en ciertos países?

En segundo lugar, respecto a la vida familiar, se señala que, aunque jurídicamente no sean familia, por no existir documentos que así lo acrediten, son familia de hecho, es decir, para entender que existe una vida familiar no es necesario que existan vínculos jurídicos, sino probar la existencia de lazos personales estrechos.

Siendo así que el precepto protege vínculos familiares de facto, puede aplicarse a este caso, porque se considera la permanencia de 6 meses como periodo necesario para ello, en virtud del cual los demandantes convivieron con el niño en Italia, y comprometiéndose con el menor como verdaderos padres.

En conclusión¹⁰⁵, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos por considerar una actuación en contra del art. 8 del Convenio condena a Italia, pero el Tribunal no exige la devolución del niño a su familia original, ya que durante todo ese tiempo el niño creó lazos emocionales con la familia adoptiva posterior. De los 100.000 euros que la pareja reclamaba por indemnización, el tribunal solo condenó al estado italiano a 20.000. Nuevamente un caso más donde se prioriza el interés superior del menor, pese a no devolver el niño a los padres comitentes¹⁰⁶.

4.3. Caso Foulon y Bouvet contra Francia

En la sentencia de TEDH del 21 de julio de 2016¹⁰⁷ se aluden exactas argumentaciones para condenar de nuevo a Francia. En este caso, se trata de recurrir a la maternidad subrogada por dos familias.

Nuevamente, el estado francés niega la inscripción de esos hijos en el Registro Civil con el argumento de fraude a la legislación del país al considerar no válida la gestación por sustitución.

¹⁰⁵ Fundamento de derecho 93 y siguientes hasta el final.

¹⁰⁶ Sin embargo, tal STS ha sido revocada por la “Gran Sala” en reciente STS de 24 de enero de 2017 (JUR 2017\25806) por considerar que no hubo violación del derecho al respecto a la “vida familiar”, entendiéndose que no puede entenderse una verdadera “vida familiar”, teniendo en cuenta, tanto la ausencia de un vínculo biológico entre el niño y los demandantes, como la corta duración de las relaciones entre ellos (convivencia de 6 meses, más dos meses en Rusia). Afirma, además, que los Tribunales italianos han realizado una justa ponderación entre los diferentes intereses en juego, que entra dentro del margen de apreciación de cada Estado, al constatar que la separación del niño de los demandantes no provoca aquél daños graves o irreparables.

¹⁰⁷ Caso Foulon y Bouvet contra Francia. STS de 21 julio 2016. TEDH 2016\61.

Puesto que se trata de una argumentación similar a los casos vistos anteriormente, ya que, nuevamente los demandantes denuncian la violación del derecho al respeto de su vida privada y familiar lo que provoca esa situación de incertidumbre jurídica de los hijos nacidos por gestación subrogada, no me detendré más que en decir las diferencias existentes con los casos anteriores.

En ambos casos se trata ahora de dos hombres de nacionalidad francesa que quieren ser padres por el método de los vientres de alquiler, y a diferencia de los casos anteriores, no se dirigen a EEUU ni a Rusia, sino a Bombay (India).

En este sentido cabe destacar la situación de la India, donde la maternidad subrogada reviste de gran importancia por la existencia de procedimientos para lucrarse de esta situación¹⁰⁸, existen multitud de agencias especializadas, con la misión de elegir mujeres en edad reproductiva y obtener de ellas, y de su capacidad gestacional, beneficios económicos, el problema es que estas mujeres gestantes no se van a beneficiar de esos beneficios sino que lo hará la agencia, además en la India no se requiere de una resolución judicial donde se indiquen quienes son los padres de la criatura.

Por un lado, el señor Foulon (residencia Nantes, Francia), tras el nacimiento de la niña en el 2009 se realizan todos los trámites para conseguir su transcripción del certificado de nacimiento, ahora bien, la transcripción del certificado del nacimiento fue rechazado por el Ministerio de Asuntos Exteriores tal como se lo indicó el consulado, el motivo del rechazo fue por la petición de la fiscalía de Nantes. Por ello, no pudo dirigirse desde La India a Francia con su hija.

Y, por otro lado, el caso Bouvet. El señor Bouvet obtiene a través de la maternidad subrogada dos gemelos nacidos en el 2010, la fiscalía general ignoró la petición de la transcripción de los certificados de los nacimientos ante el consulado de Francia (Estado del que es nacional) en Bombay.

En estos casos denunciaban en particular las dificultades experimentadas para poder obtener una tarjeta de identidad, un pasaporte francés o un certificado de nacionalidad,

¹⁰⁸ AMADOR JIMÉNEZ M, “Biopolíticas y Biotecnologías: reflexiones sobre la gestación por sustitución en India”, *Revista CS*, nº 6, (2010), págs 197-217, pág. 201 “En la India 540 mil personas se encuentran por debajo del umbral de la pobreza. De estas, 73% de las mujeres son analfabetas. De media, las mujeres alquilan sus vientres por 5.000 a 7.000 dólares, cifras astronómicas comparado con el salario que reciben diariamente, que no asciende a más de 2. Por ello, para estas mujeres, este contrato se convierte en una vía factible de ingresos para sacar adelante su familia”.

provocando grandes problemas de carácter administrativo “para las matriculas en el colegio, la percepción de prestaciones sociales, la afiliación a la seguridad social o la obtención de un permiso de paternidad”. En este sentido, se vulneraba así el derecho fundamental a la vida privada e interés superior del niño por esta negativa a inscribir a los hijos en el Registro Civil.

Al tratarse de circunstancias similares a las vistas anteriormente, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos considera de nuevo la vulneración del derecho fundamental a la vida privada del art. 8 del convenio, sin embargo, no del derecho a la vida familiar porque no se les impide vivir en familia de manera normal, condenando a Francia a abonar a los hijos la cantidad de 5.000 euros en concepto de daños morales y la cantidad de 15.000 euros a cada uno de los padres.

Hay que tener en cuenta que la decisión del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos no puede obligar a la jurisdicción francesa a inscribir en el Registro Civil a los hijos nacidos por este proceso ni a considerar válidos los contratos de la gestación subrogada sino exigir un procedimiento que aporte soluciones convincentes a estos conflictos.

V. VINCULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN CON LOS PERMISOS DE MATERNIDAD/PATERNIDAD

Llegados a este punto, la controversia se traslada al orden social.

En nuestro ordenamiento la regulación de las prestaciones por maternidad y paternidad se encuentran en el art. 48 del estatuto de los trabajadores¹⁰⁹, en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social¹¹⁰, y en el Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo de 2009¹¹¹. Pero en ninguna de ellas recoge las prestaciones de maternidad/paternidad para la situación de filiación derivada de estos contratos nulos.

¹⁰⁹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE 24/10/2015

¹¹⁰ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 e octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE 31/10/2015

¹¹¹ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, BOE 21/03/2009

Este Real Decreto 295/2009, va a considerar equiparables la adopción y acogimiento a “aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras” con idéntica finalidad y efectos jurídicos.

Y, por otro lado, debemos tener en cuenta también las directivas que son tan esenciales en esta materia.

Por un lado, la Directiva 92/85¹¹² la cual no establece la obligación que tienen los estados miembros para tener que entregar estas prestaciones de maternidad a las trabajadoras que tuvieron un hijo a través de los contratos de gestación por sustitución.

Por otro lado, la Directiva 2006/54¹¹³ que implica la no discriminación de sexo tras la denegación de una prestación de maternidad a la madre subrogante que tiene un hijo por medio de la maternidad subrogada.

Y, por último, la Directiva 2000/78¹¹⁴ que determina la no discriminación por motivo de discapacidad el denegar esta prestación a una trabajadora incapacitada para gestar un niño y que necesita, entre otras alternativas, acudir a la gestación por sustitución para poder tener un hijo.

En esta materia, debemos señalar la esencial jurisprudencia surgida por la sala social del Tribunal Supremo, ya que ha sido de crucial importancia tras reconocer por vez primera el derecho a la prestación de maternidad por los padres de hijos nacidos mediante la maternidad subrogada.

En este sentido, el Tribunal Supremo estima dos recursos (con las STSS de 25 de octubre¹¹⁵ y de 16 de noviembre de 2016¹¹⁶) y unifica la doctrina.¹¹⁷

¹¹² Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, BOE 28/11/1992

¹¹³ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, BOE 26/07/2006

¹¹⁴ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, BOE 02/12/2000

¹¹⁵ RJ 2016\6167.

¹¹⁶ RJ 2016\6152.

¹¹⁷ En la STS de 16 de noviembre de 2016 en el fundamento de derecho tercero dos” Entre las STSS que ha concedido el acceso a las prestaciones de maternidad, en supuestos de maternidad subrogada, entre otras

Ambos casos plantean si la maternidad subrogada debe o no debe ser una figura protegida de la prestación por maternidad, que fueron denegadas por la seguridad social, pero el Tribunal Supremo sí las acaba reconociendo.

En cuanto a la primera (la STS de 25 de octubre), los hechos versan del nacimiento de dos hijas por medio de la gestación por sustitución en Nueva Delhi, lugar donde se desplaza el demandante que es el padre genético de las niñas con los óvulos de la mujer gestante.

La mujer gestante rechaza los derechos sobre las niñas (la potestad de la niña), de tal forma que se produce la constitución de la custodia exclusiva de las menores por parte del padre. Las recién nacidas son inscritas al Registro Civil del Consulado de España.

La prestación por maternidad fue denegada al padre mediante resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de fecha 6 de noviembre de 2013, al no considerarse situación reconocida y protegida en el art. 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social¹¹⁸ (actualmente art. 177 Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social). La denegatoria también se extendió a la oportuna reclamación previa.

Por todo ello, interpone demanda ante la jurisdicción social, que fue desestimada el 17 de diciembre de 2014 en la sentencia del Juzgado de lo Social nº2 de Mataró. Tras la desestimación, planteó recurso de suplicación el 15 de septiembre al Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ) de Catalunya¹¹⁹. Se estima el recurso y se permite la prestación por maternidad por la asimilación de la maternidad subrogada al acogimiento o a la adopción. Y, es más, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no puede prohibir a los estados que quieran reconocer esta figura, a pesar de que no considere discriminatorio la denegación de estas prestaciones.

Además, la sentencia aclara que no puede denegarse en virtud de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida porque en ella no se contempla las prestaciones de

las SSTSJ de Madrid de 18 octubre de 2012 (recurso nº 1875/2012), 13 de marzo de 2013 (recurso nº3783/2012), 23 de diciembre de 2014 (recurso nº 497/2014) y 12 de febrero de 2016 (recurso nº 739/2015). Y como pronunciamientos que deniegan las prestaciones indicadas, las SSTSJ de Madrid de 7 de julio de 2014 (recurso nº 142/2014) y 5 de octubre de 2015 (recurso nº 473/2015) o las SSTSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014 de 2014 (recurso nº 749/2014) y 3 de mayo de 2016 (recurso nº 651/2016)".

¹¹⁸ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, BOE 29/06/1994.

¹¹⁹AS 2015\2019.

maternidad/paternidad, y por último, por entender que la normativa de la Seguridad Social art. 2 Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo, es posible, por analogía, aplicarse a los casos de la maternidad subrogada de la normativa referida a la adopción y acogimiento.

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya formuló recurso de casación para la unificación de doctrina.

Y respecto a los hechos de la segunda (la STS de 16 de noviembre), la demandante y su esposo van a celebrar un contrato de maternidad subrogada en San Diego en el cual nace su hijo.

Inscribe el nacimiento de su hijo en el Registro Civil de San Diego (California) y, posteriormente en el Consulado General de España en los Ángeles.

Ahora bien, el Instituto Nacional de la Seguridad Social nuevamente rechaza la prestación por maternidad al no encontrarse la maternidad subrogada en situación protegida por esta prestación, criterio denegatorio que se trasladará también a la contestación a la reclamación previa.

Contra esta denegación, interponen demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 31 de Madrid por considerar que no se aplicaron dos preceptos esenciales de la constitución española como son el art. 39 (protección social, económica y jurídica de la familia con independencia de la filiación) y el art. 14 (principio de igualdad). Es desestimada.

Por ello, interponen ante la sala social del TSJ de Madrid el 7 de julio de 2014¹²⁰ recurso de suplicación contra esa sentencia. Se desestima al entender que, pese a ocasiones similares donde sí se admitió estas prestaciones, si tenemos en cuenta una sentencia País Vasco de 13 de mayo de 2014, que alude a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se debe denegar la prestación.

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid van a interponer recurso de casación para la unificación de doctrina.

El Tribunal Supremo para resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina de ambas sentencias, va a acabar reconociendo el derecho a la prestación por maternidad, y con ese reconocimiento genera que la prestación de la seguridad social sea plenamente

¹²⁰ AS 2014\2769.

disfrutada por los comitentes, independientemente de no encontrarse la maternidad subrogada en las situaciones del art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores o en el art. 177 Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

A juicio del Tribunal Supremo es posible su analogía, y alega los siguientes argumentos:

- i) Que la nulidad de estos contratos no impide reconocer ciertos derechos.
- ii) Que el art. 8 del convenio, exige que la cláusula general del interés superior del menor sirva para la interpretación de las normas en cuestión, además el hijo nacido a través de estos contratos forma con los padres comitentes un núcleo familiar, derivando relaciones familiares “de facto”, que deben protegerse, y si se deniega, discrimina en el trato dispensado al menor por razón de su filiación.

VI. CONCLUSIONES

Durante todo estos meses realizando el trabajo he conseguido obtener un mayor conocimiento de la problemática, profundizando y entendiendo mejor todos los aspectos que acaban estando implicados, así como la gran diversidad existente entre los diferentes países, incluso entre los países europeos.

La maternidad subrogada es una práctica que afecta a varias materias; moral, política, social, y evidentemente al ámbito jurisdiccional, debido a ello, el problema crucial está siendo la falta absoluta de una normativa que regule todos los aspectos que están relacionados con la materia.

Tras el análisis de todos los casos, se concluye la gran inexistencia de un pronunciamiento global y unificado al tema, lo que demuestra la complejidad absoluta que existe en esta materia y lo difícil que es legislar en este asunto.

Hoy en día existen grandes avances tanto en tecnologías, como en la ciencia y en la medicina, el paso del tiempo exige el deber de adaptarse a las nuevas circunstancias. Las legislaciones y ordenamientos, es decir, el derecho en general, debe también adaptarse a la sociedad. Pero lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico sigue prohibiendo estos contratos en virtud del artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Ahora bien, no llega a negar la verdadera validez legal que tiene esta práctica en bastantes países ya. El hecho de no reconocer los efectos de las resoluciones registrales o judiciales extranjeras no pienso que sea la solución al problema.

Creo que hoy en día debemos ya adaptarnos a la verdadera realidad existente, de tal forma que consigamos que estos contratos sean válidos en España, puesto que su nulidad no está sirviendo de nada, ya que las familias consiguen el objetivo de tener un hijo/s por la gestación por sustitución trasladándose a países donde si está permitido.

Porque hay que considerar ya que es lo que más daño genera, si seguir manteniendo la nulidad de estos contratos, o si, por el contrario, su validez legal, ya que están siendo los tribunales quienes, ante la falta de una regulación que aborde absolutamente todo lo que está implicado, están generando situaciones injustas y que perjudican sobre todo a los menores que están relacionados, aunque también para el resto de los intervinientes en el contrato de la maternidad subrogada.

De este modo, deben ser los Tribunales españoles y los Juzgados, los que a través de sus sentencias tienen que ir generando Derecho, claro es que no desde una perspectiva global, si no, según el caso que se le vaya planteando en las salas de sus juzgados.

Es más, lo único que conseguimos con la prohibición, es potenciar la desigualdad entre quienes pueden permitirse económicamente viajar a países donde si esté legalizada y quiénes no. Con su legalización conseguiríamos que este gran gasto de dinero que tanto conlleva el desplazamiento, desaparezca, de tal forma que no solo algunos españoles realicen estos contratos, sino que pudiera ser realizado por todos, además no solo se trata del gasto del desplazamiento al país donde si permiten estos contratos, sino que también se verán implicados todos los problemas jurídicos de reconocimiento a efectos legales del recién nacido en nuestro país, reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras y la consiguiente inscripción del mismo en nuestro Registro.

Cierto es que se trata de un tema bastante reciente hoy en día, lo que genera que muchas personas se sientan totalmente contrarios a tener que legalizar este contrato y sigamos por tanto manteniendo la regulación de estos contratos desde la perspectiva más restrictiva como es la nulidad.

Ya que cuando una persona escucha por primera vez la idea de “entregar” al recién nacido a una pareja/persona desvirtuándolo absolutamente de quien lo da a luz, lo va a unir fácilmente con la mercantilización de un niño y del cuerpo de una mujer. Ahora bien, en pleno siglo XXI no debe ser entendido así, sino como un nuevo ofrecimiento de una alternativa más para quienes no tienen otra manera de conseguir ser padre/madre.

Una de las frases que más me hizo pensar mientras leía a los diferentes autores pronunciarse sobre el tema fue la que dijo Tolstoi; “todas las familias felices se parecen”; por lo tanto, no es justo el diferente trato que tienen aquellos hijos que han tenido la suerte de que sus padres sin técnicas de reproducción asistida lo pudieran gestar, con respecto al trato que ostentan aquellos hijos gestados en base a estos contratos. Cuando los padres de ambos casos buscan la felicidad de aquellos niños, no hay que hacer distinciones entre unos y otros, sino todo lo contrario, elevar al máximo su felicidad, sea como haya sido la forma de su gestación.

Está siendo normal a nivel internacional permitir esta figura, porque los tiempos en los que vivimos hoy en día requieren una serie de importantes cambios, sobre todo en las relaciones familiares.

Hay que conseguir que nuestros poderes públicos contribuyan a cumplir con los derechos de todos los niños. Porque realmente esta materia está profundamente intervenida por el interés superior del menor. Consigámoslo. Evolucionemos hacia un mundo mejor. Legalicemos estos contratos, porque considerar el artículo 10 TRHA como norma que puede afectar al orden público internacional español es excesivo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA CIND, A. "Maternidad Subrogada". *Revista Ciencias Biomédicas*, nº1 (2011).
- ÁLVAREZ, N, "Gestación subrogada en Ucrania: precio, legislación y agencias", babygest, (septiembre de 2016), en <https://www.babygest.es/ucrania/>
- ÁLVAREZ DÍEZ, J. A. "Una mirada crítica al turismo reproductivo", *Segunda Época*, nº11 (enero-junio 2012).
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero". *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010.
- ÁLVAREZ TOLEDO DE QUINTADA, L "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº2 (octubre 2014).
- AMADOR JIMÉNEZ M, "Biopolíticas y Biotecnologías: reflexiones sobre la gestación por sustitución en India", *Revista CS*, nº 6, (2010), págs 193-217
- APARISI MIRALLES, A "Por un feminismo de la complementariedad", en BALLESTEROS LLOMPART, J, (Coord.) "Nuevas perspectivas para la familia y el trabajo", S.A EUNSA ediciones universidad de Navarra, Pamplona, 2002.
- ATIENZA M, "Artículo sobre la nueva ley de reproducción humana asistida", *Revista de Bioética y Derecho*, nº 14 (septiembre 2008).
- AVILÉS MOREIRA, J "Gestación por sustitución: cambios en el reconocimiento de la filiación", *Revista Electrónica de Derecho y Ciencia*, nº 1 (2016).
- BARTOLINI ESPARZA, M, PÉREZ HERNÁNDEZ, C, RODRÍGUEZ ALCOCER, A *Maternidad subrogada Explotación de mujeres con fines reproductivos*, Capricho ediciones, México, 2014.
- BATALLER RUIZ, E "El reconocimiento en España de la filiación por gestación por sustitución", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº. 2, (febrero 2015).

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R “Hijos made in California”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº3/2009, 2012, pág 1.
- BUENO NÚÑEZ, S, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ B, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL M^a A, GIL RODRÍGUEZ DE CLARA, V E *Práctica jurídica civil: Derecho de Familia*, Reus, Madrid, 2012.
- 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*, nº2 (2009).
- CALVO CARAVACA, A L, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del tribunal europeo de derechos humanos” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2 (octubre 2015).
- CALVO CARAVACA, A L; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J “Notas críticas en torno a la instrucción de la DGRN de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derechos Trasnacional*, nº1 (marzo 2011).
- CAMARERO GONZÁLEZ, Gonzalo J. "Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución". *Diario La Ley*, 2012, nº 7910 (2012).
- CARVALHO LEAL, V *El derecho y sus razones*, Bubok editorial, León, noviembre 2013.
- CHELIZ, C “la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español”, *Aequalitas, Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, nº32 (2013).
- DE VERDA Y BEAMONTE, JR, “Notas sobre la gestación por sustitución en el derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº4 (2016).
- DURÁN AYAGO A., “Anuario español de derecho internacional privado”, *Iprolex*, Madrid, 2012.
- DURÁN AYAGO, A “Sentencia del TS, sala de lo civil pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014)”, *Ars Iuris Salmanticensis: Revista*

Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Analisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología, nº2 (2014).

- FARNÓS AMORÓS, E “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1 (2010).
- FARNÓS AMORÓS, E “La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº36 (2016).
- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A S, “Eficacia Jurídico-Registral del contrato de gestación subrogada”, *Aranzadi Doctrinal*, 2011.
- FLORES RODRIGUEZ, J “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico. Más cerca de un estatuto jurídico común europeo” *Revista de Derecho Privado*, nº 27, (julio - diciembre 2014).
- GARCÍA PÉREZ, C L “Comentario al artículo 10. Gestación por sustitución”, *Comentarios a la Ley/2006, 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, 2007.
- GARCÍA-VICENTE, J R, “Maternidad subrogada o contrato de gestación por sustitución”, *Bureo Ceres Procuradores*, 17 febrero 2017.
- GÓMEZ SANCHEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, A, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº2 (2014).
- HUALDE MANSO, M^a T, “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Revista Doctrinal*, nº10 (2012).
- IGAREDA GONZÁLEZ, N “La inmutabilidad del principio “mater sempre certa est” y los debates actuales sobre la gestación por substitución en España”, *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº21 (enero 2015).
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M^a V “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario Facultad de la Derecho-Universidad de Alcalá*, nº5 (2012).

- 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 (RJ 2014, 736)”, *Rev Boliv. de Derecho*, nº18 (julio 2014).
- JIMÉNEZ SANJINÉS, R., *Lecciones de derecho de familia y derecho del menor*, Presencia S.R.L, La Paz (Bolivia), 2002.
- LAMM, E “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del TEDH y su impacto”, *Ars Iuris Salmanticensis*, nº2 (2014).
- LAMM, E, “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *Colección de Bioética: Publicaciones y ediciones de la Universidad de Barcelona*, noviembre 2013.
- LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y derecho”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2012.
- LAMM, E “Una vez más sobre la gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos” *Ars Iuris Salmanticensis*, nº 1 (2016).
- LÓPEZ PELÁEZ, P "Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución ("madres de alquiler") en el derecho español", ALVENTOSA DEL RÍO, J, MOLINERE NAVARRO, R M (coord), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Valencia, 2008.
- MONTERONI, J. “Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” *Prudentia Iuris*, Nº 80 (2015).
- MOSQUERA VÁSQUEZ, C. *Derecho Y Genoma Humano*, San Marcos, Lima (Perú), 1997.
- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L F, “¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 34, (noviembre-diciembre de 2010).
- MURGA FEERNÁNDEZ, J P, (“La controvertida maternidad subrogada o gestación por sustitución: status quaestionis en el ordenamiento jurídico español y perspectivas de futuro”, *Avances, Investigaciones y Reflexiones Éticas y Políticas*, 2015.

- NÚÑEZ BOLAÑOS, M; NICASIO JARAMILLO, I; PIZZARRO MORENO, E, “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, nº29 (2015).
- O’CALLAGHAN MÚÑOZ, X, *Compendio de derecho civil*, Madrid, 2009.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, *Iguales y Diferentes ante el Derecho Privado*, 2012.
- PANTALEÓN PRIETO, F, “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Jueces Para la Democracia*, nº 5 (diciembre 1988).
- PANTALEON PRIETO, F, "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 15, mayo-agosto 1993.
- PAU, A “Treinta años de reproducción asistida en España: Una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual” *Año LXIX*, nº2179 (junio 2015).
- PERALTA ANDÍA, R. *Derecho de Familia en el Código Civil*, Editorial moreno S.A, Lima (Perú), 2004.
- PÉREZ MONGE, M. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de Registradores, Madrid, 2002.
- 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: Revista para el Análisis del Derecho*, (julio 2009).
- RAVETLLAT BALLESTÉ I. “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” *Educatio Siglo XXI*, nº 2 (2012).
- RODRIGO, A, “Gestación subrogada en India”, *Babygest*, 2015, <https://www.babygest.es/india/>.
- SALAS CARCELLER, A, “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrina*, nº10/2011, pág 2
- SÁNCHEZ ARISTI, R. "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos” *Revistas Humanidades Médicas*, nº49 (2010).

- SCOTTI L., “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”:
una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas” *Pensar en
Derecho*, nº1 (2013).
- SERRA ALCEGA, M, “Reconocimiento de la maternidad subrogada en el
derecho internacional privado español”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma
de Madrid*, nº32 (2015).
- SOUTO GALVÁN, B, “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución
desde la perspectiva del bioderecho”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*,
nº 1 (2005).
- SPAR, D L, (*Baby business. Cómo el dinero, la ciencia y la política condicionan
el negocio de la infertilidad*, Urano, Madrid, 2006).
- SUBIRACHS, J, “La insostenible legalización de facto de la maternidad
subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de
la DGRN”, *La ley*, nº4893 (2011)
- VALDÉS DÍAS C C, “La maternidad subrogada y los derechos de los menores
nacidos mediante el uso de esas técnicas” *Anuario de la Facultad de Derecho*,
nº 31 (2014).
- VELA SÁNCHEZ, A J. "De nuevo sobre la regulación del convenio de
gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*,
nº 7815 (2012).
- VELA SÁNCHEZ, A.J, “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el
derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, nº 7608 (11 de abril
de 2011), en el siguiente enlace web:
<http://www.vientredealquiler.com/index.php/glosario/321-la-gestacion-por-sustitucion-o-maternidad-subrogada-el-derecho-a-recurrir-a-las-madres-de-alquiler>.
- VELA SÁNCHEZ, A J. “La gestación por encargo desde el análisis económico
del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”. *Diario La Ley* nº
8055 (2013).
- VELARDE, D`AMIL, Y, “Comentario a la sentencia de la audiencia provincial
de valencia nº 949/2011 826 23-11-2011: no inscripción en el registro civil de
los menores nacidos mediante gestación por sustitución”, *Revista Sobre la*

Infancia y la Adolescencia, nº3 (2012).

- VILAR GONZÁLEZ, S, “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*, nº14 (2014).
- WARNOCK, M. *A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embriology*, Oxford, United Kingdom, 1985.
- YZQUIERDO TOLSADA, M, CUENA CASAS, M “Tratado de derecho de la familia, Volumen V, las relaciones paterno-filiales (I)”, *Thomson Reuters*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del juzgado de primera instancia nº15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, AC 2010\1707.
- SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011, AC 2011\1561.
- STS de 6 de febrero de 2014, RJ 2014\833.
- Sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, asunto Mennesson contra Francia, JUR 2014\176908.
- Sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, asunto Labassee contra Francia, JUR 2014\176905.
- Sentencia del TSJ de Madrid de 7 de julio de 2014, AS 2014\2769.
- Sentencia del TEDH del 27 de enero de 2015 asunto Paradiso y Campanelli contra Italia, TEDH 2015\17.
- Sentencia del TSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2015, AS 2015\2019.
- Sentencia del TEDH de 21 julio 2016 asunto Foulon y Bouvet contra Francia, TEDH 2016\61.
- STS del 25 de octubre del 2016, TSRJ 2016\6167.
- STS del 16 de noviembre de 2016, RJ 2016\6152.
- Sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, JUR 2017\25806.

LEGISLACIÓN APLICABLE

- Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil (Vigente hasta el 30 de junio de 2017), BOE 10/06/1957.
- Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, BOE 11/12/1958.
- Constitución española, BOE 29/12/2012
- Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Vigente hasta el 23 de Julio de 2015), BOE -A-1881-813.
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, BOE 24/11/1988.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, BOE 25/07/1889.
- Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, BOE 28/11/1992.
- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, BOE 29/06/1994.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del código penal, BOE 24/11/1995
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, BOE 02/12/2000.
- Ley 45/2003 de 21 de noviembre, BOE 22/11/2003.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE 27/05/2006.
- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, BOE 26/07/2006.
- Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009, RJ 2009\1735.

- Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, BOE 21/03/2009.
- Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, BOE 07/10/2010.
- Auto del TS de 2 febrero 2015, RJ 2015\14
- Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE 31/07/2015.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE 24/10/2015.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE 31/10/2015