



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**MATERNIDAD SUBROGADA:
REGULACIÓN EN ESPAÑA Y ANÁLISIS DE
OTROS MODELOS EN DERECHO
COMPARADO**

Autor: Begoña Albéniz Martín

5º, E3 - A

Área de Derecho Civil

Tutor: Blanca Gómez Bengoechea

Madrid
Abril, 2020

RESUMEN

La falta de uniformidad entre los diferentes países respecto a la regulación del contrato de gestación subrogada supone el desplazamiento de muchas personas, en cuyos países no están permitidas este tipo de prácticas, hacia otros en los que sí se permiten. Esta situación plantea una serie de dificultades en cuanto al reconocimiento e inscripción de los nacimientos acontecidos en el extranjero mediante gestación subrogada y las respectivas relaciones de filiación entre los menores y los padres comitentes, una vez regresen a su país de origen. En España, ante la imposibilidad de celebrar este tipo de contratos y ser declarados nulos de pleno derecho, se están produciendo este tipo de situaciones. El reconocimiento e inscripción en el RC español de los títulos extranjeros en los que se reconoce a los padres comitentes la filiación de los nacidos mediante gestación subrogada, constituye una cuestión especialmente controvertida sobre la que se han dictado a lo largo de estos últimos años diversas resoluciones y pronunciamientos contradictorios por parte de nuestros tribunales y de la DGRN. El presente trabajo pretende elaborar un análisis de este desarrollo jurisprudencial y doctrinal que se ha seguido en España respecto a esta cuestión para así poder comprender mejor todo este entramado y los diversos vaivenes que se han producido en su regulación. También se analizarán los distintos modelos normativos sobre la gestación subrogada existentes en el ámbito internacional. Finalmente, plantearemos dos posibles alternativas para afrontar este asunto en el contexto español.

PALABRAS CLAVE

Gestación subrogada, Registro Civil, Inscripción, Filiación.

ABSTRACT

Lack of uniformity among different countries in the way they regulate surrogacy is the reason why many people, who cannot carry out in their own country this type of techniques, are traveling to other countries where they can. This situation is leading to some difficulties regarding recognition and registration of births taking place abroad through surrogacy and their respective filiation between the minors and the intending parents, once they have returned to their country of origin. In Spain, we are currently dealing with this kind of situation, since the surrogacy contract is declared null and void by our regulation. Recognition and registration in the Spanish Civil Registry of foreign certificates where the filiation of the minors born abroad through surrogacy is recognized to the intending parents represent a particularly controversial issue on which several contradictory declarations have been made through the past recent years by our courts and the DGRN. This academic paper aims to analyze the jurisprudential and doctrinal development that has been followed in Spain regarding this matter in order to understand better this whole situation and the changes that its regulation has experienced. We will also analyze the different regulatory models on surrogacy at the international level. Finally, we will provide two possible solutions to address this problem in the Spanish context.

KEY WORDS

Surrogacy, Civil Registry, Registration, Filiation.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
1. PROPÓSITO Y CONTEXTUALIZACIÓN.....	7
2. JUSTIFICACIÓN.....	7
3. OBJETIVOS PERSEGUIDOS.....	8
4. METODOLOGÍA.....	8
I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y TIPOLOGÍAS DE GESTACIÓN SUBROGADA	9
1. CONCEPTO.....	9
2. TIPOLOGÍAS.....	10
2.1 Gestación por sustitución tradicional	10
2.2 Gestación por sustitución gestacional	10
II. DISTINTOS MODELOS NORMATIVOS SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA EXISTENTES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	11
1. PAÍSES EN LOS QUE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ESTÁ PROHIBIDA..	11
2. PAÍSES EN LOS QUE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ES LEGAL MIENTRAS NO SEA ONEROSA.....	12
3. PAÍSES EN LOS QUE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ES LEGAL.....	13
III. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA	15
1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.....	16
2. INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LAS GESTACIONES SUBROGADAS REALIZADAS EN EL EXTRANJERO.....	18
2.1 Breve desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la gestación por sustitución en España	18
2.2.1. <i>Etapas previas a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009</i>	19
2.2.2. <i>Resolución de la DGRN 18 de febrero de 2009</i>	20
2.2.3. <i>Sentencia Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010</i>	24
2.2.4. <i>Aprobación de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010</i>	27
2.2.5. <i>Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014</i>	28
2.2.6. <i>Circular-informe DGRN de 11 de julio de 2014</i>	32

2.2.7. <i>Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015</i>	33
2.2 Dudas sobre la compatibilidad de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010	36
2.3 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil	37
2.4 Recapitulación y Conclusión	41
IV. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EUROPA: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	43
1. RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES ENTRE ESTADOS MIEMBROS CON DISTINTOS MODELOS DE REGULACIÓN DEL CONTRATO DE GESTACIÓN...	43
2. PRONUNCIAMIENTOS DEL TEDH.	46
2.1 Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, asuntos <i>Menesson y Labassee c. Francia</i>	47
2.2 Sentencia de 21 de julio de 2016, asuntos acumulados <i>Foulon y Bouvet c. Francia</i>	49
2.3 Sentencias del TEDH de 24 de enero de 2017, asuntos <i>Paradiso y Campanelli c. Italia</i>	49
V. CONCLUSIONES	50
VI. BIBLIOGRAFÍA	59
1. LEGISLACIÓN.....	59
2. JURISPRUDENCIA.....	60
3. OBRAS DOCTRINALES.....	61
4. RECURSOS DE INTERNET.....	65
VII. LISTADO DE ABREVIATURAS	67

INTRODUCCIÓN

1. PROPÓSITO Y CONTEXTUALIZACIÓN

Actualmente se encuentran recogidas en nuestra jurisprudencia y en la doctrina de la DGRN diversas y contradictorias resoluciones y pronunciamientos respecto a la posibilidad de inscribir en el RC español los nacimientos acontecidos en el extranjero mediante gestación subrogada y las respectivas relaciones de filiación entre los menores y los padres comitentes. Esta situación genera inseguridad jurídica para las partes afectadas, especialmente para los hijos nacidos mediante esta práctica y se requiere por tanto de una actuación por parte de nuestros legisladores y/o de nuestros poderes públicos. Por ello, con este trabajo pretendemos esclarecer y comprender cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial y doctrinal que se ha seguido en España respecto a esta cuestión, para finalmente proponer dos posibles alternativas con las que afrontar e intentar solucionar este problema.

2. JUSTIFICACIÓN

Entre las razones por las que ésta ha sido la temática escogida se encuentran el desconocimiento sobre la práctica de la gestación subrogada antes de la realización de este trabajo y el interés que esta materia suscitaba en mí respecto a conocer cuál era su regulación tanto en España como en otros países del mundo y las consecuencias que se derivan de prohibir o permitir este tipo de prácticas. Actualmente, existe un gran debate respecto a la necesidad de regular y admitir la gestación subrogada en España, el cual ha sido propiciado precisamente por la inexistencia de una regulación interna que aborde este tema desde la concreta perspectiva de los supuestos transnacionales y del Derecho Internacional Privado. Otra de las razones que han suscitado el mencionado debate se debe a la inexistencia de un marco jurídico claro y seguro en España, debido a las diferencias existentes entre nuestro TS y la DGRN respecto a la posibilidad de inscribir en el RC español los nacimientos acontecidos en el extranjero mediante gestación subrogada y las respectivas relaciones de filiación entre los menores y los padres comitentes, que pueden haber sido reconocidas por las autoridades extranjeras en los países donde se han celebrado este tipo de contratos. Con este trabajo lo que pretendemos es dar a conocer más de cerca el por qué de esas discrepancias, a través del análisis jurisprudencial y doctrinal que se ha seguido en España sobre esta cuestión, y qué solución podemos adoptar ante los problemas que se plantean; así

como conocer cuál ha sido la solución por la que han optado otros países y qué modelo han adoptado respecto a la regulación de la maternidad subrogada.

3. OBJETIVOS PERSEGUIDOS

En el primer capítulo del trabajo realizaremos una aproximación al concepto y tipologías de la gestación subrogada con el objetivo de poder entender las cuestiones básicas respecto a este tipo de prácticas. En el segundo capítulo, explicaremos los distintos modelos de gestación subrogada adoptados por los países que sí la han regulado, con el objetivo de presentar las distintas formas que existen de abordar el asunto. En el tercer capítulo, describiremos cómo se aborda la cuestión de la maternidad subrogada en nuestro país con el objetivo de comprender las discrepancias existentes en nuestra jurisprudencia y en la doctrina de la DGRN y cuál es el camino que se ha seguido respecto a esta cuestión. También abordaremos un análisis de la legislación en la que se regula la inscripción de documentos judiciales extranjeros en el RC español con el objetivo de conocer cuáles son las vías existentes para ello y los requisitos necesarios que se deben cumplir. En el cuarto capítulo analizaremos una serie de sentencias dictadas por el TEDH debido a las importantes consecuencias que éstas han tenido en la regulación de esta materia. Por último, plantearemos dos posibles soluciones con las que se pretende dar una solución a este problema del reconocimiento en España de los nacimientos y respectivas filiaciones que tienen lugar en otros países donde este tipo de prácticas están permitidas.

4. METODOLOGÍA

En el presente trabajo, la principal metodología seguida ha consistido en una revisión de la literatura existente sobre la práctica de la gestación subrogada así como de su respectiva regulación tanto en España como en los distintos países. El análisis del caso que ha dado lugar al desarrollo jurisprudencial y doctrinal de esta materia en España tendrá especial relevancia, puesto que con éste se ha iniciado todo el entramado de las diversas resoluciones y pronunciamientos contradictorios de nuestros tribunales y de la DGRN. Para finalizar, se expondrán dos posibles alternativas para solucionar esta cuestión, aludiendo a una serie de argumentos en los que se apoyarían una y otra respectivamente, y teniendo en cuenta el contraste entre las distintas fuentes examinadas.

CAPÍTULO I.

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y TIPOLOGÍAS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

1. CONCEPTO

En primer lugar, vamos a hacer una breve aproximación al concepto de gestación por sustitución (GS) que consideramos primordial y esencial de cara a poder entender todo el trabajo que exponemos a continuación. La razón principal de llevar a cabo esta aproximación se debe a que la figura de la GS puede presentar diversas variantes y en la doctrina podemos encontrar numerosos conceptos sobre ésta.

La definición aportada por Pérez Monge persigue contemplar todos los distintos tipos de GS conocidos. A diferencia de anteriores definiciones que se han aportado sobre dicho concepto, este autor da un nuevo paso en su evolución, puesto que contempla la posibilidad de que la pareja comitente éste conformada por dos hombres o que el comitente sea un hombre solo¹. De esta forma, Pérez Monge entiende la GS como *“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; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)”*.²

Otra definición que resulta clara y concisa es la aportada por Eleonora Lamm. Entiende la GS como *“una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominada comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”*.³

¹ Otras definiciones sobre el concepto de la GS, a pesar de ser modernas y abarcativas, no prevén esta posibilidad de que la pareja comitente esté conformada por dos hombres o que el comitente sea un hombre solo. Aportadas por autores como Brazier, M. o Gómez Sánchez, Y.

² Pérez Monge, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Centro de estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002, p. 329.

³ Lamm, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universitat de Barcelona. Publicacions i Edicions, Barcelona, 2015, p. 24.

2. TIPOLOGÍAS

Dentro de la GS se distinguen, por la doctrina, dos modalidades:

2.1 Gestación por sustitución tradicional

En esta modalidad, la gestante ofrece su vientre para la gestación además de sus gametos, de tal manera que será la madre biológica del futuro bebé, puesto que aporta su material genético. El material genético masculino podrá provenir del comitente (casado o en pareja homosexual o heterosexual, o puede ser un hombre solo) o de un donante, en cuyo caso el o los comitentes no aportan material genético alguno.

En el caso de que hubiera una comitente, ésta carece de vínculo genético con el niño puesto que la mujer gestante será la que aporte el material genético femenino. Generalmente, para lograr el embarazo de la gestante, en estos casos se recurre a la inseminación artificial, aunque también puede ocurrir a través de relaciones sexuales o de la inseminación “casera”, sin que medie participación alguna del Estado o de los profesionales de la salud.⁴

2.2 Gestación por sustitución gestacional

En este caso, la gestante aporta únicamente su vientre para la gestación, mientras que el material genético femenino será aportado por la comitente (en el caso de que la haya y pueda hacerlo) o por una donante.

Pueden darse diferentes situaciones. La primera de ellas sería el supuesto en el que ambos comitentes aportan sus gametos, como es el caso de parejas heterosexuales, de tal manera que la gestante gestará el embrión formado por el material genético de los comitentes.

Existen otras alternativas, como aquellas en las que el material genético femenino procede de donante y el comitente aporta el material genético masculino. También puede darse el caso contrario, en el que el material genético masculino es aportado por un donante, el cual fecundará el óvulo de la comitente, que a continuación será implantado en la gestante. Como última alternativa, podría darse la situación en la que tanto el material genético masculino como el femenino procedan de donantes. En este último caso planteado, deberá recurrirse a la fecundación in vitro, de tal manera que el embrión concebido con el material genético de

⁴ *Ibid.* p. 12.

los donantes será transferido al vientre de la gestante; siendo ésta únicamente la portadora del bebé en su vientre.

La GS gestacional es utilizada con mayor frecuencia, a pesar de que la fecundación in vitro supone mayores cargas físicas, emocionales y económicas en comparación con la inseminación artificial, como sostiene Farnós. La razón primordial se debe a que este tipo de GS permite establecer un vínculo genético entre el nacido y la madre comitente, de tal manera que entre el nacido y la gestante no existe vínculo genético alguno.⁵

CAPÍTULO II.

DISTINTOS MODELOS NORMATIVOS SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA EXISTENTES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

En este capítulo procederemos a describir los distintos modelos adoptados por los países que sí han regulado la GS y aportaremos algunos ejemplos para cada uno de ellos. No pretendemos “agotar” los modelos existentes, sino mostrar distintas formas de abordar el asunto. Respecto a la elección de los países, hemos seleccionado aquellos que resultan más representativos para cada modelo.

1. PAÍSES EN LOS QUE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ESTÁ PROHIBIDA

Los países que adoptan este modelo pretenden prevenir o eliminar su práctica. En función de las respectivas regulaciones de cada país, la celebración de este tipo de contratos puede conllevar la imposición de determinadas sanciones (Alemania, Francia o Italia) o bien el propio contrato puede ser declarado nulo de pleno derecho (España y Francia⁶). También existe la posibilidad de que la legislación del país prevea expresamente la prohibición de la GS en todas sus modalidades (Suiza⁷) o que se prohíba expresamente el uso de técnicas de procreación heterólogas médicamente asistidas (Italia⁸).

Respecto al tipo de sanciones que se imponen y a quién se castiga, podemos distinguir diferentes situaciones. Con carácter general, no se sanciona ni a la gestante ni a el o los

⁵ Farnós Amorós, E., *Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.*

⁶ Art. 16-7 del Código Civil francés.

⁷ Art. 119.2 d) de la Constitución Federal de Suiza, de 18 de abril de 1999.

⁸ Art. 4.3 de la Ley italiana de 19 de febrero de 2004, n° 40 sobre normas en materia de procreación médicamente asistida.

comitentes. Las penas que se imponen son penas privativas de libertad (prisión) y/o multas, cuya duración o cuantía varían en función de lo que establezca la legislación de cada país. Por ejemplo, en el caso de Alemania, se sanciona al médico que haya llevado a cabo la práctica de dicha técnica con penas de prisión de hasta 3 años o con la imposición de una multa⁹. En el caso de Francia, se sanciona a las agencias que asesoran y guían respecto a la práctica de este tipo de técnicas, a las clínicas en las que se llevan a cabo y a los médicos que las efectúan, con penas de prisión de un año y multa de 15.000 euros. En el caso de Italia, se castiga con penas de prisión de tres meses a dos años y multas de 600.000 a 1.000.000 de euros a quien la produce, organiza o anuncia¹⁰.

2. PAÍSES EN LOS QUE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ES LEGAL MIENTRAS NO SEA ONEROSA

En los países en los que se sigue este modelo, la GS es legal siempre y cuando sea altruista y se cumplan determinados requisitos, que dependerán de la legislación del propio país. La subrogación altruista se caracteriza por la no remuneración económica de la madre gestante, compensándose por los comitentes únicamente los gastos médicos y necesarios que acontezcan como consecuencia de la gestación. Algunos ejemplos de éstos son los gastos hospitalarios y farmacéuticos, gastos de traslados, asesoramiento legal y psicológico, o aquellos derivados de los tratamientos para provocar el embarazo.¹¹

En el caso de Canadá, la subrogación en sí no está prohibida, pero la Ley canadiense, sí que prohíbe pagar u ofrecer una compensación a una mujer para que actúe como gestante, pagar u ofrecer pagar a una persona para que actúe como intermediario y organice dichos servicios o la publicidad de éstos con fines lucrativos. Los culpables de dichas infracciones se exponen a una pena máxima de diez años de prisión y una multa de 500.000 dólares canadienses¹². Cabe destacar el caso de Quebec, única provincia de Canadá en la que el contrato de GS es considerado nulo¹³.

⁹ Art. 1 de la Ley alemana de protección del embrión, de 13 de diciembre de 1990.

¹⁰ Art. 12.6 de la Ley de 19 de febrero de 2004, nº 40 sobre normas en materia de procreación médicamente asistida

¹¹ Lamm, E., "Gestación..." *op. cit.* p. 285.

¹² *Canada's Assisted Human Reproduction Act* S.C. 2004, c. 2.

¹³ *Filiation of children born of assisted procreation* (1991) RSQ. C C-I-I, s 541.

En Reino Unido, se permite la GS justificada por motivos médicos, siempre y cuando la misma sea a título gratuito y sin intermediarios. Únicamente se admite el pago a la gestante de los gastos razonables que puedan derivarse de la gestación (ya mencionados). Este país sigue un sistema de transferencia de la filiación a través del otorgamiento por parte de un juez de la orden parental o *parental order*, una vez que la gestante haya dispuesto del denominado “tiempo de reflexión” en el que se le permite cambiar de opinión¹⁴.

3. PAÍSES EN LOS QUE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ES LEGAL

En el caso de los países que adoptan este modelo, la maternidad subrogada alcanza su permisividad en su máxima extensión. Se admite la gestación por sustitución de manera amplia, incluyendo los supuestos de carácter comercial, en los que la remuneración que se le ofrece a la madre sustituta es superior a los gastos asociados a la subrogación. A esto se le puede llamar “cuota” o “compensación” por el dolor y el sufrimiento. Dicho pago será cubierto por el o los futuros comitentes¹⁵.

En este supuesto, no se aprecian modelos claramente diferenciados en cuanto al procedimiento de reconocimiento de la filiación, sino que podemos apreciar distintos requisitos requeridos tanto a la madre gestante como a los comitentes para llevar a cabo un convenio de gestación por sustitución.

Ucrania presenta uno de los enfoques más liberales sobre la GS. En el caso de que ambos comitentes hubiesen aportado su material genético, la gestante no puede reclamar la filiación materna respecto del nacido¹⁶. Para que los comitentes sean registrados como los padres del niño, la gestante después del parto debe dar su consentimiento ante notario¹⁷. En el hipotético caso de que la gestante se negara a dar dicho consentimiento, los comitentes deberán iniciar una acción y requerir que un tribunal ordene a la oficina del RC que los inscriba como padres del niño. En Ucrania únicamente es legal el matrimonio heterosexual, por lo que tanto las

¹⁴ Lamm, E., “Gestación...” *op. cit.* p. 136

¹⁵ Dirección General de Políticas Internas del Parlamento Europeo, *El régimen de subrogación en los Estados Miembros de la UE*, Departamento Temático C: Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, 2013, p. 8 (disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf); última consulta: 02/03/2020).

¹⁶ Art. 123 (2) del Código de Familia de Ucrania.

¹⁷ Párrafo II de la sección I del capítulo III del Reglamento del Registro Civil de Ucrania aprobado por la Orden del Ministerio de Justicia de Ucrania, del 18 de octubre de 2000, núm. 52/5.

parejas del mismo sexo como las parejas de hecho o personas solteras, no pueden hacer uso de la GS. Además, la pareja heterosexual debe estar casada, puesto que solo los “cónyuges” gozan del derecho de ser registrados como padres de su hijo genético nacido de una gestante. Tampoco es posible llevar a cabo la GS tradicional, porque en estos supuestos en los que coincide la madre gestante y genética (por haber aportado su material genético), no se permite registrar a otra mujer (la comitente) como madre del niño. Respecto a la GS comercial, ésta es completamente legal. Por lo tanto, las partes contratantes serán quienes determinen, sin ningún tipo de restricción, cuál será la remuneración a percibir por la gestante.

En el caso de Estados Unidos, podemos encontrar grandes diferencias respecto a la regulación de esta materia dentro del propio país. La legislación estatal varía enormemente de un estado a otro y, generalmente, queda comprendida en alguna de las siguientes categorías:¹⁸

- 1) Estados en los que se han aprobado leyes específicas sobre GS, pudiendo ser éstas permisivas (Illinois¹⁹ y Florida)²⁰ o prohibitivas (Arizona²¹ y el distrito de Columbia²²). Por otro lado, en algunos estados como Michigan²³, Nueva York²⁴ o Nebraska²⁵, se prohíbe la subrogación comercial y se imponen multas y penas de cárcel, tanto a los que sean parte como a los que faciliten un contrato de este tipo.
- 2) Estados en los que no existen leyes relativas a la GS pero que la admiten por vía jurisprudencial (Ohio²⁶ o California²⁷).
- 3) Estados “vacíos” que carecen tanto de leyes como de jurisprudencia (Colorado, Alaska o Vermont) sobre la GS y que se subdividen en tres categorías en función de la posibilidad

¹⁸ Lamm, E., “Gestación...” *op. cit.* p. 186.

¹⁹ 750 ILL. COMP. STAT. § 47/5 (2008).

²⁰ FLA. STAT. 742.15 (2008). (4).

²¹ ARIZ. REV. STAT. ANN. § 25-218 (2007).

²² D.C. CODE § 16-401, 402 (2009).

²³ MICH. COMP. LAWS §722.851-861 (2009).

²⁴ N.Y. DOM. REL. LAW § 122 (2009).

²⁵ NEB. REV. STAT. § 25-21, 200 (2009).

²⁶ *Belsito v. Clark*, 644 N.E.2d 760 (1994), *J.F. v. D.B.*, 879 N.E.2d 740 (2007) y *SN v. MB*, 188 Ohio App. 3d 324 - 2010.

²⁷ *Johnson v. Calvert*, 5 Cal.4th 84, 19 Cal.Rptr.2d 494, 851 P.2d 776 (cert. denied 510 U.S. 874, 114 S.Ct. 206, 126 L.Ed.2d 163) (Cal. 1993), y *Buzzanca v. Buzzanca*, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Cal. Ct. App. 1998).

de obtener una *Pre-Birth Order* o *PBO*²⁸, variando los casos de un tribunal a otro y de un juez a otro.

Figura 1²⁹

La Gestación por Subrogación en Estados Unidos



CAPÍTULO III.

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA

²⁸ Una orden de pre-natalidad es una orden judicial firmada por un juez que establece la paternidad de un niño esperado cuando la mujer que da a luz es una mujer gestante y no está genéticamente relacionada con el niño.

²⁹ Tomado de *Surrogacy Across America. Family Advocate*, vol. 34, iss. 2, 2012, (p. 35), por Hinson, D. S. y McBrien, M.

En este capítulo tercero, expondremos en primer lugar cuál es el régimen jurídico de la GS en España, analizando principalmente el tenor literal del art. 10 LTRHA. En segundo lugar, abordaremos la cuestión relativa a la posibilidad de inscribir en el RC español los nacimientos acontecidos en el extranjero a través del recurso a la GS y las respectivas relaciones de filiación entre los menores y los padres comitentes, que pueden haber sido reconocidas por las autoridades extranjeras en los países donde se han celebrado este tipo de contratos. Se trata de una cuestión especialmente controvertida sobre la que se han dictado a lo largo de estos últimos años diversas y contradictorias resoluciones y pronunciamientos, recogidos en nuestra jurisprudencia y en la doctrina de la DGRN, las cuales procederemos a analizar. Finalmente, realizaremos una conclusión y recapitulación sobre lo expuesto.

1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

El art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida³⁰ (LTRHA) establece lo siguiente:

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

El artículo 10.1 de esta ley, hace referencia a que el contrato de maternidad subrogada es nulo de pleno Derecho, pero no prohíbe la realización del mismo; de hecho, no lo encontramos expresamente prohibido en ningún artículo de la ley ni en otra parte de nuestro ordenamiento. Para llegar a esta conclusión, Manuel Atienza³¹, opone dos tipos de normas: las regulativas, que prohíben, permiten o establecen como obligatorio un curso de acción (como lo son las normas penales), y las constitutivas, que fijan las condiciones que tienen que darse para que se produzca un determinado resultado normativo (como las condiciones de validez de un contrato). Por lo tanto, el artículo 10.1 del que venimos hablando, al no

³⁰ Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE 27 de mayo de 2006).

³¹ Atienza Rodríguez, M., “Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos”, *El Notario* del siglo XXI, nº 63, 2015, pp. 95-96 (disponible en: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-63/5373-gestacion-por-sustitucion-y-prejuicios-ideologicos>; última consulta: 02/03/2020).

establecer sanción alguna, sería una norma del tipo constitutivo. Para realizar esta distinción de normas, Atienza se apoya en el pensamiento de Hart, el cual hace hincapié en no confundir la nulidad con la sanción: “*La nulidad es el resultado de haber incumplido alguno de los requisitos establecidos en una norma constitutiva, mientras que la sanción presupone la realización de un ilícito, el incumplimiento de una prohibición*”³².

Por el contrario, algunos autores en nuestra doctrina han negado que los contratos de gestación por sustitución constituyan una práctica prohibida en nuestro Derecho³³. Se basan en la falta de una disposición que sancione dichas prácticas y en el hecho de que el art. 10.3 LTRHA prevea la posibilidad de que el padre biológico pueda ejercitar las pertinentes acciones de reclamación de la paternidad, pudiéndose reconocer la relación de paternidad a uno de los partícipes en la práctica prohibida (de donde se deduciría que si hay “reconocimiento” no hay “prohibición”). Al margen de tales consideraciones, la común opinión tanto del TS como de la DGRN, es que los contratos de gestación por sustitución se encuentran expresamente prohibidos por las Leyes españolas (art. 10.1 LTRHA).

En consecuencia, podemos concluir que tanto el contrato de encargo de gestación, con o sin precio, como la renuncia a su filiación materna por parte de la madre gestante, serán considerados nulos e ineficaces. En relación con supuestos de hecho que carezcan de elementos de extranjería o transfronterizos, no hay duda de que la filiación materna de los niños nacidos mediante técnicas de gestación por sustitución corresponde a la madre gestante.

El problema surge cuando nos encontramos ante un supuesto internacional en el que aparecen elementos transfronterizos contrarios a esta regulación y se pretende el reconocimiento en España, a través de la inscripción en el Registro Civil (RC) español (Central o Consular), de las relaciones de filiación constituidas a favor de la madre y/o padre/s comitentes o

³² Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998 (disponible en: <https://www.academia.edu/6574051/28490884-El-Concepto-de-Derecho-Herbert-Hart>; última consulta: 02/03/2020).

³³ Heredia Cervantes, I., en Benavente Moreda P. y Farnós Amorós E., “Treinta años de Reproducción Asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual”. *Boletín Ministerio de Justicia*. Madrid, nº 2179, 2015, pp. 342-343 (disponible en: <https://docplayer.es/16119549-Boletin-del-monografico-treinta-anos-de-reproduccion-asistida-en-espana-una-mirada-interdisciplinaria-a-un-fenomeno-global-y-actual.html>; última consulta: 22/03/2020). En el mismo sentido: Atienza Rodríguez, M., “Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº 14, 2008, pp. 4-9 (disponible en: http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD14_ArtAtienza.pdf; última consulta 22/03/2020).

intencionales, al amparo de una legislación extranjera y con intervención de jueces o autoridades extranjeras. Este reconocimiento e inscripción supondría investir de un título de legitimación a dicha relación de filiación puesto que, como se establece en el art. 13 del CC, *“La filiación se acredita por la inscripción en el RC, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil”*³⁴.

2. INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LAS GESTACIONES SUBROGADAS REALIZADAS EN EL EXTRANJERO

En este segundo apartado, abordaremos en primer lugar un análisis del caso que da lugar al desarrollo jurisprudencial y doctrinal de esta materia en España. Con este análisis, pretendemos comprender mejor todo el entramado de las diversas resoluciones y pronunciamientos contradictorios que se han aportado respecto a esta cuestión en los últimos años, tanto por parte de nuestros tribunales como de la DGRN; así como de los diversos vaivenes que se han producido en su regulación. En segundo lugar, abordaremos un análisis de la legislación en la que se regula la inscripción de documentos judiciales extranjeros en el RC español con el objetivo de conocer cuáles son las vías existentes para ello y los requisitos necesarios que se deben cumplir.

2.1. Breve desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la gestación por sustitución en España

En este apartado expondremos un breve desarrollo sobre la jurisprudencia de nuestros tribunales españoles que se han pronunciado sobre esta materia, así como los cambios de criterio adoptados por la doctrina de la DGRN. Debemos tener en cuenta que las normas que han dado lugar a todos los casos y vaivenes que explicaremos a continuación, son las contempladas en la LRC 1957 y no en la LRC 2011. Respecto al caso concreto de la inscripción a partir de certificaciones registrales extranjeras que, como veremos, es el supuesto que se planteó ante el TS y que resuelve mediante Sentencia de 6 de febrero de

³⁴ Díaz Fraile, J.M., “La Gestación por Sustitución ante el Registro Civil Español, Evolución de la Doctrina de la DGRN y de la Jurisprudencia Española y Europea”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 6, n.º 1, 2019, p. 68 (disponible: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/401/329>; última consulta: 22/03/2020).

2014, la normativa aplicable se contempla en el art. 23 LRC 1957 y en los artículos 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil³⁵ (RRC). Como consecuencia de la combinación de estos preceptos, la inscripción en España de estos títulos se somete a un triple requisito: “a) que exista total certeza sobre la realidad del hecho inscrito; b) que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española; y c) que no exista duda de la legalidad del hecho inscrito conforme a la ley española”³⁶ (este último requisito debe entenderse como una ausencia de contradicción con el orden público internacional español).

2.2.1. Etapa previa a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009

Hasta la Resolución de 18 de febrero de 2009, la DGRN vino rechazando las inscripciones de nacimiento y filiación de niños nacidos en el extranjero en virtud de certificación de Registros extranjeros en base a la prohibición del art. 10.1 LTRHA y a la determinación de la filiación de los hijos nacidos de gestación por sustitución mediante el parto, recogida en el art. 10.2 LTRHA, mencionados ambos preceptos en el primer apartado de este tercer capítulo. Como hemos visto anteriormente, en base a este último artículo, la filiación materna corresponderá a la madre gestante, aun cuando haya mediado un contrato de encargo de gestación, con o sin precio, en cuya virtud la gestante haya renunciado a su filiación materna, siendo dicho contrato y renuncia nulo e ineficaz.

La DGRN también vino rechazando estas inscripciones en base al principio de veracidad o de verdad biológica. Este principio ha regido tradicionalmente en materia de filiación y establece que deben rechazarse tales inscripciones cuando resulte evidente la falta de correspondencia entre la maternidad y la paternidad biológica de quienes figuran en la certificación como progenitores del nacido, procedentes de la calificación o de las comprobaciones complementarias llevadas a cabo por el Encargado del RC español. La doctrina de la DGRN se pronunciaba a favor de la idea de que el juez o el cónsul encargado

³⁵ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (BOE 11 de diciembre de 1958).

³⁶ Heredia Cervantes, I., *op. cit.*, p. 347.

del Registro debía atender ante todo en su calificación a este principio, pero en el sentido de exigir la verosimilitud de la paternidad, no en el sentido de exigir su prueba plena.³⁷

2.2.2. Resolución de la DGRN 18 de febrero de 2009³⁸

En este apartado haremos una breve referencia al caso que dio lugar al desarrollo jurisprudencial y doctrinal de esta materia en España. En esta Resolución que a continuación analizamos, la DGRN permite la inscripción en el RC español de una certificación registral californiana del nacimiento de dos gemelos nacidos de gestación por sustitución con las menciones de filiación que constaban en ella³⁹.

En octubre de 2008, se presenta en el RC Consular de Los Ángeles (Estados Unidos), por parte de un matrimonio de dos varones de nacionalidad española y residentes en España, una solicitud de inscripción de nacimiento de dos niños gemelos nacidos mediante GS en San Diego, California (Estados Unidos). La pareja adjunta la siguiente documentación: los certificados de nacimiento de los menores expedidos por el RC californiano, los certificados de nacimiento de los promotores, y el libro de familia del matrimonio.

El Encargado del RC Consular deniega la realización de tal inscripción en base al art. 10.1 LTRHA, que establece la nulidad de tales contratos, y al art. 10.2, al considerarse a la mujer gestante como madre legal de los menores, puesto que tal y como establece dicho artículo, la filiación de los hijos se determina por el parto. Frente a dicha negativa, los padres comitentes interponen recurso ante la DGRN y éste se resuelve mediante la Resolución de 18 de febrero de 2009, estimando el recurso y ordenando que se proceda a la inscripción que fue denegada. Como veremos a continuación, la DGRN llega a esta conclusión al considerar que se ha cumplido con todos los requisitos formales exigidos, que no se ha vulnerado el orden público internacional español y que los preceptos recogidos en el art. 10 LTRHA no son aplicables en este caso, al tratarse de un supuesto consistente en precisar si una filiación ya determinada en virtud de una certificación registral extranjera puede acceder al RC español, y no de un

³⁷ Díaz Fraile, J.M., *op. cit.* pp. 68-71.

³⁸ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009, RJ 2009\1735 [versión electrónica - base de datos LEGALTODAY. Ref. JUR\2009\154581]. Fecha de la última consulta: 24/03/2020.

³⁹ Posteriormente, dicha Resolución será anulada judicialmente y se ordenará la cancelación de la inscripción practicada; a partir de la cual, la posición adoptada por la DGRN sufrirá importantes cambios en un corto período de tiempo.

supuesto en el que hubiera que determinarse la filiación de los nacidos.

Entre los fundamentos jurídicos que llevan a la DGRN a fijar su novedosa doctrina en la materia podemos encontrar los siguientes: en primer lugar, cabe hacer referencia a la consideración por parte de la DGRN de que el RC español “*es competente para inscribir el nacimiento ocurrido en el extranjero de un niño/a nacido/a de madre gestante extranjera y residente en el extranjero en virtud de un contrato de gestación por sustitución firmado en el extranjero y homologado por resolución dictada por un tribunal extranjero, siendo los comitentes españoles y residentes en España*”⁴⁰. Debemos tener en cuenta que el RC español es competente únicamente para reflejar hechos o actos relativos al estado civil que afecten a un español o que hayan acaecido en España. En base al art. 17.1 a) del CC, podemos considerar que los menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española, puesto que dicho precepto establece que “*son españoles de origen los nacidos de español o española*”. Al tratarse de un supuesto de inseminación homóloga en la que uno de los dos varones casados aportó el material genético, se puede considerar que los menores son “nacidos” de un español. Por lo tanto, el precepto no exige que haya quedado “determinada legalmente” la filiación, sino que basta con que se den indicios racionales de su generación física por progenitor español.

En segundo lugar, la DGRN analiza las distintas vías o títulos jurídicos posibles para inscribir el nacimiento de un español acaecido en el extranjero, diferenciando el distinto juego de las reglas del Derecho Internacional Privado en cada uno de ellos. En primer lugar, dicha inscripción puede tener lugar a través de la correspondiente declaración del sujeto (art. 168 del RRC) o a través de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido, tratándose esta última vía del supuesto en el que nos encontramos. El acceso al RC español de dicha certificación deberá valorarse a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al RC español. Constituyendo este último supuesto una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”, y no una cuestión de “Derecho aplicable”.

⁴⁰ Díaz Fraile, J.M., *op. cit.* p. 74.

En tercer lugar, la DGRN pasa a analizar las reglas⁴¹ que regulan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al RC español, centrándose principalmente en los artículos 81 y 85 del RRC. Aunque admite que la aplicación de dichas normas obliga a realizar un “examen” o “control previo de legalidad” de la certificación extranjera por parte del encargado del RC español, considera que dicho control no se extiende a los requisitos sustantivos o de validez fijados por la ley material española.

El art. 81 RRC dispone que: *“El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”*. Este precepto no exige, por tanto, que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española. La DGRN argumenta que dicha exigencia supondría desconocer que cada Estado dispone de su propio Derecho y de su propio sistema de Derecho Internacional Privado. También supondría un notable perjuicio para la seguridad jurídica, puesto que la situación jurídica válidamente creada y legalmente existente en un Estado resultaría inexistente y/o inválida en España, en el supuesto de que un mismo caso pudiera ser resuelto de una manera diferente en Estados distintos. Por último, se perjudicaría tanto a los particulares, los cuales se verían obligados a volver a plantear la cuestión jurídica ante las autoridades españolas, como a los Estados implicados, fomentándose los “dobles procedimientos” con las consecuencias negativas que ello tiene para la economía procesal.

El documento extranjero debe satisfacer diversas exigencias legales para acceder al RC español, las cuales conforman el control de legalidad requerido a las certificaciones registrales extranjeras. Dicho control de legalidad se compone de diversos requisitos: en primer lugar, deberá tratarse de un documento “público” autorizado por una autoridad extranjera, requisito que se cumple en este caso, puesto que no hay duda alguna respecto a la autenticidad de la certificación registral extranjera y, además, ésta se ha presentado con las exigencias formales exigidas por la legislación española y con la correspondiente traducción, tal y como se exige en el art. 86 RRC. En segundo lugar, se exige en base al art. 85 RRC que

⁴¹ La aplicación de éstas, excluye tanto la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes (concretamente la del art. 9.4 CC) como la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir (la LTRHA, concretamente su art. 10).

haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españolas. Este requisito también se cumple en este caso, puesto que al constituir la certificación registral californiana una auténtica “decisión”, ello permite comprobar que el RC de California desarrolla funciones similares a las españolas. Por último, es necesario realizar un control de legalidad del acto contenido en la certificación registral extranjera. Lo que exige aquí art. 81 del RRC es que para que dicha certificación pueda tener “fuerza en España” y acceder al RC español, deberá satisfacer tres elementos: la competencia de la autoridad registral extranjera, el respeto de los derechos de defensa de los interesados y el respeto al orden público internacional español. La DGRN admite acriticamente la concurrencia de los dos primeros elementos citados y pasa a examinar exclusivamente el requisito del respeto al orden público internacional español, llegando a la conclusión de que la inscripción de la certificación registral californiana no lo vulnera.

Entre los argumentos en los que se basa para llegar a dicha conclusión destacan los aportados respecto al interés superior del menor, en virtud del cual se debería proceder a la inscripción en el RC español de la filiación que figura en el Registro extranjero, puesto que, de lo contrario, los menores de nacionalidad española quedarían privados de una filiación inscrita en el RC⁴². En virtud del interés del menor, también se exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, precepto que se vería vulnerado en el caso de denegarse la inscripción en el RC español⁴³. El interés superior del menor se traduce en su derecho a una identidad única por encima de las fronteras estatales, considerándose la inscripción de la certificación registral californiana en el RC español como el modo más efectivo para dar cumplimiento a este derecho⁴⁴.

Por último, la DGRN entiende que los interesados no han llevado a cabo un fraude de Ley, puesto que no han utilizado una “norma de conflicto” ni tampoco cualquier otra norma con

⁴² Ello vulneraría el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (BOE nº 313 de 31 diciembre 1990), en vigor para España desde el 5 enero 1991.

⁴³ En este caso también se vulneraría el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño.

⁴⁴ Se traduce en el derecho de tales menores a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzasen una frontera.

el fin de eludir una Ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, ni tampoco se puede estimar que hayan incurrido en el conocido como “*Forum Shopping* fraudulento”, al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la ley imperativa española.

2.2.3. *Sentencia Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010*⁴⁵

El 28 de enero de 2010 el Ministerio Fiscal presentó demanda en juicio ordinario contra la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 que correspondió al Juzgado de Primera Instancia (JPI) nº 15 de Valencia, cuyo titular estima íntegramente la demanda y dicta sentencia de 15 de septiembre de 2010 por la que ordena dejar sin efecto la inscripción (realizada en virtud de lo recogido en dicha Resolución que se aceptó con el solo certificado registral extranjero de nacimiento de los menores expedido por el RC californiano) y estima que debe procederse a su cancelación.

Esta sentencia comienza recordando los fundamentos utilizados en la Resolución de la DGRN 18 de febrero de 2009, que hemos analizado en el apartado anterior. Gran parte de esa fundamentación se basaba en el art. 81 RRC, pero el JPI nº 15 de Valencia alude a una cuestión no tenida en cuenta por la DGRN, y es que dicho reglamento desarrolla y completa un texto de evidente mayor valor normativo, como es la LRC (se trata de la LRC 1957, como ya hemos mencionado). En el art. 23 de dicha Ley se establece lo siguiente: “*Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española*”⁴⁶.

⁴⁵ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia (Sala de lo Civil, Sección 15) nº 193/2010, de 15 de septiembre de 2010 [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 46250420152010100001]. Fecha de la última consulta: 24/03/2020.

⁴⁶ Aunque aquí analicemos un art. derogado, éste no se aleja tanto del criterio que sigue la nueva normativa, ya que al fin y al cabo en ambas se establece que el hecho no puede ser contrario a la Ley española (la LRC 2011 concretamente habla en su art. 98.1 c) de “*ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho Internacional Privado*”, pero en este caso nos lleva a lo mismo, la Ley española).

La dicción literal de este artículo otorga una nueva perspectiva a la argumentación que efectúa la DGRN respecto a la no aplicabilidad de la LTRHA. Para que pueda practicarse la inscripción en el registro español de una certificación extendida por un registro extranjero deben cumplirse los siguientes dos requisitos a los que alude el ya mencionado art. 23: que se compruebe por el encargado del registro la realidad del hecho inscrito y que examine si la inscripción que se pretende es conforme con la Ley española. El primero de los requisitos implica que el encargado no tenga ningún tipo de duda sobre la veracidad de lo establecido en la certificación. En este caso debería verificar que realmente ambos solicitantes son los padres de los menores cuya inscripción se pretende, situación que, aunque formalmente es cierta al constar así en la certificación californiana, desde un punto de vista biológico es imposible, por lo que surgen dudas respecto a la realidad del hecho inscrito. El segundo de los requisitos implica que el contexto en el que debe examinarse si la LTRHA resulta o no de aplicación es si, en caso de que el hecho hubiera ocurrido en España se consideraría legal, y no en el genérico y abstracto del orden público internacional español. En conclusión, entiende el JPI nº 15 de Valencia que el encargado del RC Consular debe, en base al art. 23 de la LRC, examinar la legalidad conforme a la Ley española del certificado extendido en Registro extranjero con carácter previo a su inscripción en el RC español, y que, al estar prohibida en España la gestación por sustitución conforme al art. 10.1 LTRHA, debe impedirse el acceso al registro de la inscripción así intentada.

El primero de los argumentos al que alude la DGRN para justificar que la inscripción realizada no vulnera el orden público internacional español, se basa en la idea de que si los hijos adoptados pueden tener dos padres varones, los hijos naturales también deben poder tenerlos, puesto que la ley no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales. Este argumento es desestimado al considerarse que los hijos naturales no pueden tener dos padres varones naturales por la imposibilidad de que éstos puedan concebir o engendrar. En segundo lugar, el tribunal considera que efectivamente, denegar que la inscripción de la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones en base a que se trata de sujetos del mismo sexo, resulta discriminatorio. No obstante, dicha denegación de la inscripción no nace de que los solicitantes sean varones, sino de que los niños nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, siendo la forma del alumbramiento el hecho determinante. Por tanto, esta consecuencia jurídica (denegar la inscripción) le sería aplicable

en el mismo supuesto tanto a una pareja de varones, como de mujeres, hombre o mujer solo/a o pareja heterosexual, pues la ley no distingue de sexos en estos supuestos. Respecto al argumento dado por la DGRN sobre el interés superior del menor, el JPI nº 15 de Valencia también considera que es aconsejable la inscripción en el RC español de la filiación que consta en el Registro extranjero para que los menores no queden privados de filiación inscrita en el RC, y que éstos tienen derecho a una “identidad única”. Discrepa en cuanto a los medios utilizados para alcanzar ese fin, puesto que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el derecho español establece y que no sean contrarias al mismo, como por ejemplo, el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico⁴⁷, o figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción, que permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar.

En cuanto al argumento de la ausencia de “*Forum Shopping* fraudulento” por parte de los interesados, el JPI nº 15 de Valencia no entra a analizar lo fraudulento o no del hecho, pero considera que el único motivo por el cual los interesados acudieron a California fue porque sabían que en España la gestación por sustitución está prohibida y que, de producirse el alumbramiento en este país, no podrían inscribir a los nacidos como hijos naturales de ambos.

Acuden a California con el conocimiento de que allí está permitido y que los nacidos podrán ser inscritos en su RC como hijos naturales de ambos, pero también son conocedores de que los registros españoles ponen trabas a la inscripción tal como ellos la pretenden.

Se interpone recurso de apelación contra la sentencia de 15 de septiembre de 2010 dictada por el JPI nº 15 de Valencia, pero la Sección 10ª de la Audiencia Provincial (AP) de Valencia lo desestima y confirma la sentencia de primera instancia, dictando Sentencia de 23 de noviembre de 2011⁴⁸ (respecto a la cual obviaremos su análisis, ya que es una reiteración de lo que acabamos de exponer). Contra ésta última se interpone recurso de casación, que también es desestimado por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de febrero de 2014.

⁴⁷ En el presente caso, uno de los recurrentes es el padre biológico (el que aportó su material genético para llevar a cabo la GS), por lo que podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo a través de la acción de reclamación de paternidad prevista en el art. 10.3 LTRHA.

⁴⁸ Sentencia de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia nº 247/2014 10, de 23 de noviembre de 2011 [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 46250370102011100707]. Fecha de la última consulta: 25/03/2020.

2.2.4. *Aprobación de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010*⁴⁹

Ante la anulación judicial de la Resolución de 18 de febrero de 2009 mediante sentencia aún no firme del JPI nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, la DGRN se enfrenta al dilema de qué hacer ante tal situación. Reacciona con rapidez y aprueba y publica una Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante GS. En ella realiza una clasificación esencial de los supuestos de hecho en función de que haya intervenido o no una autoridad judicial en el país de origen en que han tenido lugar la GS y el nacimiento, para homologar el correspondiente contrato y determinar legalmente, mediante resolución judicial, la filiación a favor de los padres comitentes.

La Instrucción tiene como objetivo principal garantizar la protección del interés superior del menor (incluyendo el derecho a conocer su origen biológico), garantizar el interés de la mujer gestante (como su plena capacidad jurídica y de obrar o la eficacia legal del consentimiento prestado) y evitar que, con la inscripción registral, se permita dotar apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores.

La Instrucción establece la presentación ante el Encargado del RC de una resolución judicial dictada por Tribunal extranjero competente como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante GS. Además, es preciso que, previamente, dicha resolución judicial haya sido objeto de reconocimiento en nuestro Ordenamiento jurídico. Por lo tanto, se excluye la sola certificación registral extranjera como título suficiente para la inscripción del nacimiento y reconocimiento de la filiación, produciéndose una rectificación importante de la DGRN, que corrige la Resolución de 18 de febrero de 2009 en este sentido. Tampoco se admite como título suficiente la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

También se contemplan en esta Instrucción los dos procedimientos mediante los cuales se procederá a la inscripción de los nacidos en virtud de un contrato de GS. Si la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción contenciosa, el encargado del RC denegará la inscripción de la resolución en el RC español,

⁴⁹ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE de 7 de octubre de 2010).

puesto que, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), tal resolución extranjera requerirá un previo *exequatur*. Si el Encargado del RC considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, realizará un **control incidental** previamente a su inscripción, para determinar si esa resolución puede ser reconocida en España, sin tener que recurrir al mencionado régimen de la LEC de 1881⁵⁰. Para ello, la Instrucción recoge algunos de los requisitos que establece posteriormente la LRC 2011 en su art. 96.2.2º como son: “a) *La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados*, b) *Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española*, c) *Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento*”; añadiendo otros como: “d) *Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente*” y “e) *Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado*”.

2.2.5. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014⁵¹

Esta sentencia resuelve el recurso de casación presentado ante el TS por los recurrentes contra la Sentencia de 23 de noviembre de 2011, dictada por la Sección 10ª de la AP de Valencia, la cual desestima el recurso de apelación presentado previamente contra la Sentencia de 15 de septiembre de 2010 dictada por el JPI nº 15 de Valencia (estimatoria de la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 que dejó sin efecto la inscripción de nacimiento practicada) y confirma la misma.

El recurso de casación se articula en torno a un único motivo: “*Infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los*

⁵⁰ El *exequatur* actualmente se encuentra regulado por la Ley 29/2015 de, 30 de julio, de Cooperación Jurídica civil internacional (BOE de 31 de julio de 2015).

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 10) nº. 247/2014, de 6 de febrero de 2014 [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 28079119912014100001]. Fecha de la última consulta: 24/03/2020.

menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989". En cuanto a los argumentos alegados como fundamento de dicho motivo, se encuentran:

- 1) La denegación de la inscripción en el RC español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatoria.
- 2) El interés del menor se vería vulnerado en el supuesto de que se les privase de la inscripción de su filiación en el RC debido a que: su posición jurídica se vería perjudicada y los menores quedarían desprotegidos; los recurrentes, al haber manifestado su consentimiento inicial a ser padres, son considerados como los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el contrato de GS; y los menores tienen derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

La STS de 6 de febrero de 2014 confirma, por tanto, la anulación judicial (ya definitiva) de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, y analiza tres cuestiones clave para dictar su fallo:

1. El reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español

Respecto a esta primera cuestión, los recurrentes argumentan que *“el reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español, pues éste impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución pero no el acceso al RC español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del contrato”*.

La Sala reitera que ante la certificación registral de California, el reconocimiento de resoluciones extranjeras es la técnica que debe utilizarse debido a que, al existir ya una decisión adoptada por la autoridad administrativa del RC de California, al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas, hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida y desplegar sus efectos (en concreto la determinación de la filiación a favor de los recurrentes) en el sistema jurídico español. La forma en que se ha procedido al reconocimiento de dicho título extranjero es la prevista en el art. 85 y 81 RRC. Dicho reconocimiento exige, además de que el Registro sea

regular y auténtico, que “*no haya duda de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española*” (art. 23 LRC). La Sala realiza una interpretación de dicho artículo y establece que el mismo hace referencia a que se deben respetar “las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español”. En este sentido, destaca que las normas que regulan aspectos fundamentales de la familia y de las relaciones paternofiliales tienen anclaje en preceptos constitucionales, y por tanto, están vinculadas al orden público español. Entre esos preceptos incluye los relativos a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), la protección de la familia, protección integral de los hijos y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39 CE). También se incluyen en el orden público la protección de la infancia (art. 39.4 CE), el derecho a la integridad física y moral de las personas (art. 15 CE) y el respeto a su dignidad (art. 10.1 CE).

Las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de LTRHA, integran el orden público internacional español. La filiación cuyo acceso al RC se pretende es frontalmente contraria a la prevista en dicho artículo y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina.

2. La discriminación por razón de sexo u orientación sexual

Respecto a esta segunda cuestión, los recurrentes argumentan que impedir la inscripción en el RC español de la filiación por naturaleza de los menores a favor de dos varones resulta discriminatorio, puesto que si se tratase de dos mujeres, sí que sería posible realizar dicha inscripción, en el supuesto de que una de ellas se sometiera a un tratamiento de reproducción asistida y la otra fuera su cónyuge; así se establece en el art. 7.3 LTRHA.

El TS rechaza la existencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual puesto que independientemente de si se trata de parejas homosexuales (ya sea mujeres u hombres) o heterosexuales, tendrá lugar la denegación de la inscripción de la filiación del nacido mediante gestación por sustitución.

3. El interés superior del menor

Respecto a esta última cuestión, los recurrentes argumentan que el principio del interés superior del menor se vulneraría si se privara de su filiación a los menores. Consideran que

el único modo de satisfacer dicho interés es reconocer la filiación que ha sido recogida en el asiento realizado por la autoridad registral de California. Frente a estos argumentos, el TS entiende que no puede vulnerarse la legalidad vigente con el fin de salvaguardar el interés superior del menor, puesto que dicho interés concurre con otros bienes jurídicos cuya protección también es necesaria, como son *“el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”*. No obstante, llega a admitir que el no reconocimiento de la filiación puede suponer un perjuicio para los menores, razón por la cual el TS insta al Ministerio Fiscal en su fallo a que ejercite las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de éstos y que garantice su debida protección. A pesar de esto, el TS hace referencia a que también supondría un perjuicio para el menor el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación, pudiéndose llegar a atentar contra la propia dignidad del menor, al verse convertido en objeto del tráfico mercantil como consecuencia de la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación. El TS llega a la conclusión de que es necesario llevar a cabo una ponderación de la que resulte la solución menos perjudicial para los menores.

En cuanto al derecho del menor a una “identidad única”, que se debe respetar por encima de fronteras estatales, el TS considera que no existe un riesgo real que suponga la vulneración del mismo. En el caso que se nos plantea, no existe una vinculación efectiva con dos estados distintos, ya que los recurrentes acuden a California únicamente para poder celebrar allí un contrato de GS, con la consiguiente determinación de la filiación a su favor (situación que sería imposible realizar en España al estar prohibida la celebración de este tipo de contratos).

El TS considera que tampoco se vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales⁵² (CEDH). La denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas con base en el contrato de gestación por

⁵² Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales (BOE de 6 de mayo de 1999).

sustitución supone una injerencia en ese ámbito de vida familiar. No obstante, se reúnen los dos requisitos⁵³ exigidos por el TEDH para su justificación, recogidos en su Sentencia de 28 de junio de 2007.⁵⁴

2.2.6. Circular-Informe DGRN de 11 de julio de 2014⁵⁵

La DGRN, como consecuencia directa de las Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014 que analizaremos en el Capítulo IV de este trabajo (Caso *Mennesson* c. Francia y Caso *Labassee* c. Francia), emite una Circular-Informe el 11 de julio de 2014. En ésta, la DGRN establece que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los RC españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la STS de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal. Todo ello con independencia de las modificaciones de la LRC 2011 que puedan tramitarse en la materia a fin de dotarla de mayor seguridad jurídica⁵⁶.

Lo que pretendía la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN (anulada por la STS de 6 de febrero de 2014) era la transcripción al RC español de las certificaciones registrales extranjeras. La Instrucción de 5 de octubre de 2010 no regula la transcripción sino el procedimiento de reconocimiento que ha de seguirse *ad hoc* para poder inscribir en el RC español a los niños nacidos en el extranjero a través de la gestación por sustitución. No

⁵³ “(i) está prevista en la ley, pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y (ii) es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional” que ya hemos mencionado anteriormente.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 de junio de 2007 (asunto Wagner c. Luxemburgo) [versión electrónica - base de datos HUDOC. Ref. ECLI:CE:ECHR:2007:0628JUD007624001]. Fecha de la última consulta: 03/04/2020.

⁵⁵ Consulta de 11 de julio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Inscripciones gestación por sustitución, *LA LEY Derecho de familia*, Editorial *LA LEY* (disponible en: https://revistas.laley.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbH1dDMAARMTAwTltLUouLM_DxbIwNDEwNzYwO13MSSktQiWx8ft8RcKMc7tdI2yDXMMzjEUS2z2LGgoCiLDUFqMXIwMDYyMTQ3MgCADYYlmFYAAAaWKE; última consulta: 22/03/2020).

⁵⁶ Xavier O'Callaghan Muñoz, “La DGRN dicta Resolución remitiendo a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *LA LEY Derecho de familia*, Editorial *LA LEY* (disponible en: https://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIj9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAZo2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrlHz9-fB8_IorZ7LMXpzv07H967-Dg4S-8zOumqJaf_WRxkS_bHH8X59dPq-mb61X-2XlWNvkvXGRtm9efPX_-LFvoH79Xfv3Zq9OfPHv95vgX5pOqehtA_f0V2v8DtLS57m4AAAA=WKE; última consulta 22/03/2020).

obstante, aunque esta sea la situación actual, Durán Ayago junto con otros autores discuten sobre su legalidad y consideran que la DGRN se extralimita y va más allá de lo que la ley precisa, atribuyéndose un papel de cuasilegisador que no le corresponde.⁵⁷

Por lo tanto, con esta Circular, la DGRN se reafirma en la doctrina ya sentada a través de la anterior Instrucción de 5 de octubre de 2010, a pesar de las apreciaciones que se recogen en la STS de 6 de febrero de 2014.⁵⁸

2.2.7. Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015⁵⁹

Los recurrentes en casación promueven un incidente de nulidad de actuaciones contra la STS de 6 de febrero de 2014. En el suplico se solicitaba la anulación de dicha sentencia por vulnerar derechos fundamentales de los recurrentes y que se dictase otra sentencia en reparación de éstos, en la que se estimase el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 10ª de la AP de Valencia de 23 de noviembre de 2011, además de que se anulase la misma y se mantuviesen las inscripciones registrales de acuerdo con lo establecido por la DGRN. En cuanto a los derechos fundamentales que se alegan en el incidente de nulidad de actuaciones como vulnerados por la STS de 6 de febrero de 2014 se encuentran los siguientes:

a) El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

Los promotores del incidente basan la vulneración de este derecho fundamental en que se han vulnerado las reglas sobre la prueba y la carga de la prueba. Consideran que la STS de 6

⁵⁷ Durán Ayago, A., “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución”, *Bitácora Millennium Derecho Internacional Privado*, nº 2, 2016 (disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-26-una-encrucijada-judicial-y-una-reforma-legal-por-hacer-la-%20gestacion-por-sustitucion>; última consulta: 22/03/2020).

⁵⁸ Vela Sánchez, A.J., “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, nº 8415, 2014, p. 9 (disponible: https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE2QwU7DMAyGn4ZcIqGMjY0deik7TghB4e4mpg2EpIudsr497joJIn2x5d_6bflUME8Nnrk6JtK9_5Q_gvVookNtUxwx-jTnHRKLCIOM-VhHPaSsqRB7Ln_FOUi7FHQY57xtNWHWPpLNnsUTo8agM3aeOCdt_eiDRhrG4rBKQdEUU5y-qyYXVAwtVStjbnZ2ZiWshY1wL2yFnfAg7GfdKLBcIBySrS65H7GBdrZQKTvM9SR1TgzhBcV5o6hPP08w-g7Yp1hDXgZ756pDY-Tdmf16a9SImaShevcdRkbV-64_Crz0E0K2_TN0WNWFTnIAuAUazirEL1nm9SjfrekyloE4X91MagLswxpOS6askHiARgfIWB01_V-AYBtStu2AQAAWKE; última consulta: 13/04/2020).

⁵⁹ Auto del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo civil), de 2 de febrero de 2015, R. nº 245/2012 [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 28079119912015200003]. Fecha de la última consulta: 22/03/2020.

de febrero de 2014 se ha basado en hechos o circunstancias que no están probados. El TS alega que los recurrentes no están actuando conforme a las exigencias de la buena fe, al cuestionar sus propias alegaciones y acusar al tribunal de haber vulnerado sus derechos fundamentales por haberlas tenido en consideración, una vez dictada la sentencia. No pueden por tanto alegar la denegación de tutela judicial efectiva quienes han admitido los hechos fundamentales en los que se basa la sentencia, además de tener en su poder los documentos acreditativos de las circunstancias que rodearon el nacimiento de los menores, siendo éstos los responsables de la posible falta de acreditación de determinados extremos.

El otro argumento en el que los promotores basan la vulneración de la tutela judicial efectiva es la alteración del debate procesal por parte del TS, desviándose dicho debate hacia una decisión sobre las consecuencias de la ilicitud en España de la GS (se trataría solamente del reconocimiento en España de una inscripción registral extranjera). El TS considera que no ha existido tal alteración del debate procesal, basándose en los términos en el que fue planteado.

b) El derecho a la igualdad sin discriminación, tanto de los menores en cuanto a la no discriminación por razón de nacimiento, como de los padres, en cuanto a la no discriminación por razón de su orientación sexual.

Respecto a la vulneración de este derecho en las dos vertientes expuestas, el Auto declara que la no discriminación por razón de filiación no implica el reconocimiento de la filiación que ha sido reconocida por Ordenamientos extranjeros, y que la razón de la decisión de no reconocer la filiación de ambos varones en relación con los menores se debe a las circunstancias de la gestación de los mismos. Ésta nada tiene que ver con que la pareja sea homosexual, por lo que la decisión habría sido la misma, independientemente del sexo u orientación sexual de los comitentes. Los promotores del incidente sin embargo, consideran que se les discrimina frente a las parejas heterosexuales y homosexuales femeninas, no reconociéndoles su derecho a ser reconocidos como padres en pie de igualdad, ya que estas parejas no encuentran ningún tipo de resistencia en el acceso de sus hijos al RC español.

c) El derecho a la intimidad familiar, en cuanto al derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida.

Por último, respecto al derecho a la intimidad familiar, el TS argumenta en este Auto que, como todos los derechos, el derecho a crear una familia no es ilimitado, y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el Ordenamiento jurídico. La sala concluye que la sentencia no vulnera los derechos fundamentales invocados por los recurrentes. Esta conclusión resulta confirmada por el contenido de las sentencias del TEDH que se analizarán a continuación, en el siguiente epígrafe, en las que también se rechaza la vulneración del derecho a la vida familiar por el hecho de denegar la transcripción al RC francés de la inscripción de nacimiento en virtud de un contrato de gestación por sustitución realizada en Estados Unidos, en tanto se permita convivir al núcleo familiar en su país de residencia, en este caso Francia.

El TS mediante la comparación de ambos supuestos, lleva a cabo un análisis de la relevancia que tienen en el caso objeto del incidente las Sentencias de 26 de junio de 2014 dictadas por el TEDH. Aunque la transcripción al RC de las certificaciones extranjeras de nacimientos que establecen la filiación de los niños con los padres comitentes es denegada en ambos casos, el TS expone que se aprecian diferencias importantes entre éstos: mientras en el caso español es posible determinar la filiación entre los niños y el padre biológico (el miembro de la pareja que hubiese aportado su material genético) conforme al art. 10.3 LTRHA, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad; en el caso francés no es posible la determinación de dicha filiación paterna. En cuanto a los derechos sucesorios ostentados por los menores respecto de los padres comitentes, en el caso español, una vez se determine la filiación de los menores, éstos tendrán nacionalidad española y podrán heredar como hijos; por el contrario, en el caso francés, no es posible que las niñas adquieran la nacionalidad francesa ni, por tanto, heredar como descendientes de los comitentes. Por último, en ambas sentencias podemos apreciar una diferente ponderación respecto los distintos derechos concurrentes y el interés superior del menor. En el caso español, dicho interés debe ser tenido en cuenta para evitar la desprotección de los menores y, aunque la inscripción directa se deniega, se permite recurrir a otras alternativas para lograr dicha inscripción en el RC español. Así lo reconoce el propio TS al considerar que su decisión puede causar inconvenientes a los menores implicados. Sin embargo, en el caso francés, el interés superior del menor no puede ser invocado debido al fraude que conlleva el origen de la filiación

basado en la gestación por sustitución y por el cual no se establece ningún tipo de alternativa para inscribir a los menores como hijos de los padres comitentes.

El Tribunal concluye que gracias a los recursos, ya mencionados, otorgados en la legislación española en estos casos, se permite que la identidad de los menores quede debidamente establecida en la STS de 6 de febrero de 2014 y, por lo tanto, no se ven privados de este derecho a establecer su identidad. El Tribunal entiende que no se pueden considerar como un desequilibrio vulnerador del derecho a la vida privada de los niños, los inconvenientes que puedan surgir como consecuencia del tiempo que transcurra hasta lograr mediante estas alternativas que ofrece el Ordenamiento jurídico español la determinación de la filiación.

Finalmente, el Tribunal expresa en su Auto de 2 de febrero de 2015 que no se alegan los perjuicios concretos causados a la identidad de los menores y reitera que, a diferencia del caso francés, no se produce esa situación de incertidumbre, porque si los comitentes y los niños forman efectivamente un núcleo familiar “*de facto*”, sus intereses se verán protegidos. Además, existe la posibilidad de determinar la filiación biológica paterna de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.3 LTRHA, como hemos mencionado anteriormente.

Por todas estas razones expuestas, el Tribunal considera que no procede declarar la nulidad de la STS de 6 de febrero de 2014.

2.2. Dudas sobre la compatibilidad de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010

Tras el pronunciamiento del TS en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 se plantea una cuestión sobre si, basándonos en los pronunciamientos que se hacen en ésta respecto a la vulneración del orden público internacional español, además de anularse la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 (objeto directo de la *litis*), también se revoca la doctrina contenida en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El Centro Directivo de la DGRN descarta que la citada Sentencia haya afectado la vigencia de dicha Instrucción.

La citada Instrucción aborda tres aspectos que difieren manifiestamente de la Resolución de 18 de febrero de 2009 anulada por el TS: en primer lugar, los títulos jurídicos necesarios para que, cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, la filiación tengan acceso al RC español, exigiendo en todo caso una resolución judicial; en segundo lugar, trata de

garantizar que en ningún caso pueda la inscripción registral dotar de apariencia legal supuestos de tráfico internacional de menores; y, en tercer lugar, la exigencia de que el derecho del menor a conocer su origen biológico no haya sido vulnerado.

El hecho de no imponerse, en el caso de la Resolución de 18 de febrero de 2009, el requisito de la existencia de una resolución judicial extranjera, resulta imprescindible para comprender el criterio de la DGRN de entender vigente la doctrina de la Instrucción de 2010. La *quaestio facti* sometida al TS es distinta de la que se suscita en relación con los supuestos de hecho que se han venido amparando durante los últimos años en la citada Instrucción para obtener la inscripción registral. También existe una diversidad de *quaestio iuris*, lo que determina que la doctrina del TS no pueda extrapolarse de forma idéntica a un supuesto distinto.⁶⁰

2.3. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁶¹

A pesar de que, a día de hoy, en fecha de la realización de este trabajo, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC 2011) no se encuentre en vigor, merece ser considerada debido a las novedades que introduce respecto a la inscripción de documentos registrales extranjeros. Esta Ley ha sido pospuesta en diversas ocasiones, fijando la última de ellas el 30 de junio de 2020 como nueva fecha de entrada en vigor, con las excepciones que se indican en su Disposición final décima. Por lo tanto, hasta la completa entrada en vigor de esta ley, seguirá siendo aplicada la Ley de 8 de junio de 1957 del RC⁶² (LRC 1957), en tanto quede extinguido el complejo régimen transitorio previsto. Por lo tanto, debemos tener en cuenta que las normas que han dado lugar a todos los casos y vaivenes que acabamos de explicar, y a los que nos referiremos en los siguientes apartados, son las contempladas en la LRC 1957 y no en la LRC 2011.

En cuanto a las principales diferencias que se establecen en la LRC 2011 respecto de la anterior, podemos destacar que se incorporan la Convención de los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989⁶³ y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,

⁶⁰ Díaz Fraile, J.M., *op. cit.* pp. 116-118.

⁶¹ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE 22 de julio de 2011).

⁶² Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil (BOE 10 de junio de 1957).

⁶³ Reafirmandose de esta manera la importancia del principio del interés superior del menor en materia registral, que se incorpora por la vía de los art. 10.2 y 96 de la CE a nuestra legislación registral, resultando de aplicación directa en materia de nacimientos y filiación.

de 13 de diciembre de 2006; que se contempla una organización del RC mucho más sencilla, diferenciándose entre Oficinas Generales, Oficina Central y Oficinas Consulares, dotadas de funciones y competencias propias, aunque dependiendo de la DGRN en tanto que es centro superior directivo, consultivo y responsable último del RC. En cuanto a las Oficinas Consulares, su régimen jurídico no difiere sustancialmente del vigente⁶⁴.

Una de las mayores novedades introducidas en esta nueva Ley, se centra en la inscripción de documentos judiciales extranjeros. De este modo, se permite no sólo la inscripción previo *exequatur* sino también la posibilidad de que el Encargado del RC realice la inscripción tras proceder a un reconocimiento incidental. La inscripción de documentos extranjeros judiciales y no judiciales, así como de certificaciones extranjeras, corresponde con carácter exclusivo a la Oficina Central del Registro, debido a la complejidad que de por sí conllevan las situaciones internacionales.

La LRC 2011, en su Título X denominado “*Normas de Derecho Internacional Privado*”, recoge las reglas sobre acceso al RC español de los diversos títulos extranjeros: resoluciones judiciales (art. 96), documentos públicos extrajudiciales (art. 97) y certificaciones registrales (art.98); así como de los hechos y actos que afecten al estado civil y que accedan al Registro mediante declaración de conocimiento o voluntad (art. 99). En el art. 95 se contemplan con carácter general los requisitos formales (traducción y legalización) que han de reunir los documentos extranjeros en sede registral.

Conforme a lo establecido en esta norma, debemos diferenciar las dos vías existentes para reconocer las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros: en el caso de que dicha certificación derive de una resolución judicial previa, se aplicarán el art. 98.2 y el art. 96; en caso contrario, se aplicará el art. 98.1.

El artículo 98.2 de la LRC 2011, establece que en el supuesto de que la certificación derive de una resolución judicial extranjera previa, ésta será el título que tenga acceso al RC español. Con este fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96.2 de la presente Ley: *La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar:*

⁶⁴ Ley 20/2011.

1.º Previa superación del trámite del exequatur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881⁶⁵. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

2.º Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique:

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

Este artículo 96, establece un único régimen para el reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras, independientemente de que tengan su origen en un procedimiento contencioso (deberán ser firmes) o de jurisdicción voluntaria (deberán ser definitivas). De esta manera, se da un giro radical respecto al panorama normativo anterior relativo a esta cuestión. Se permite evitar muchos de los problemas a los que se tenían que enfrentar en numerosas ocasiones nuestras autoridades, relativos a la calificación de determinados tipos de resoluciones cuya naturaleza es difícil de precisar, como es el caso de las de gestación por sustitución. Con la nueva LRC 2011, se permite el reconocimiento registral tanto de las resoluciones definitivas de jurisdicción voluntaria como de las resoluciones firmes derivadas de un procedimiento contencioso⁶⁶. Como veremos más adelante, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN, también permite dicho reconocimiento respecto de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, pero no respecto de las resoluciones derivadas de un procedimiento contencioso. Esto se debe a que nuestra regulación registral ha sometido hasta la fecha la inscripción de una resolución judicial extranjera en un registro

⁶⁵ El *exequatur* actualmente se encuentra regulado por la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica civil internacional de 30 de julio (BOE de 31 de julio de 2015).

⁶⁶ El art. 40.3. 5º de la Ley 20/2011, únicamente admitirá su anotación con valor meramente informativo en el caso de que dichas resoluciones extranjeras no fuesen definitivas, en el caso de las de jurisdicción voluntaria o no fuesen firmes, en el caso de las de jurisdicción contenciosa.

público a su previo reconocimiento a título principal⁶⁷; al contrario de lo estipulado en los instrumentos europeos y en numerosos textos convencionales vigentes en España⁶⁸.

El art. 98.1 contempla las normas específicas sobre inscripción a partir de certificaciones extranjeras. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros se considerará que es título para la inscripción en el RC español siempre y cuando se verifiquen una serie de requisitos recogidos en dicho artículo:

- a) *Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado*
- b) *Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española*
- c) *Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado*
- d) *Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español*⁶⁹.

Como consecuencia del reconocimiento mediante estos procedimientos de las certificaciones registrales extranjeras y la inscripción de la filiación en el RC, se plantea una cuestión respecto al trato diferenciado que se otorga a las personas en función de si pueden o no permitirse recurrir a esta técnica de reproducción asistida y realizar un contrato de gestación por sustitución en el extranjero. En el caso de que puedan permitírsele, tendrán la posibilidad de inscribir en España la filiación que se deriva de dicho contrato realizado en el extranjero; pero por el contrario, si no pueden permitírsele, no podrán realizar la inscripción de una filiación surgida del contrato realizado en España, considerándose discriminatoria esta situación por algunos autores como Vela Sánchez⁶⁹.

El problema se presenta en aquellos casos en los que se emite una certificación sin que haya una previa intervención judicial. Al igual que la regulación vigente, la nueva Ley del RC hace que la inscripción de las relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante GS sea prácticamente imposible, puesto que el Encargado del Registro debe velar por la

⁶⁷ Artículos 38.1 4.ª LRC 1957 y 83 RRC 1958 *a sensu contrario* y artículo 4 de la Ley Hipotecaria.

⁶⁸ Heredia Cervantes, I., *op. cit.*, p. 388.

⁶⁹ Vela Sánchez, A.J., “Los hijos...” *op. cit.* p. 5.

concordancia entre los datos inscritos y la realidad extra-registral, situación que difícilmente se produce en estas certificaciones⁷⁰.

Otro problema que se plantea es el relativo a la exigencia del requisito de que la inscripción en el RC español, tanto de las certificaciones como resoluciones judiciales extranjeras, no suponga una manifiesta vulneración del orden público español. Por lo tanto, la entrada en vigor de la nueva LRC 2011 no servirá para solucionar este problema al que nos enfrentamos: la contrariedad de dichas certificaciones y resoluciones judiciales extranjeras con el orden público español por el mero hecho de que la relación de filiación constituida en el extranjero tenga su origen en un procedimiento de GS⁷¹.

2.4. Recapitulación y Conclusión

La DGRN ha tenido que hacer frente al problema que se plantea respecto a la inscripción en España de las relaciones de filiación que se derivan de una GS y que han sido declaradas por una autoridad extranjera. La respuesta aportada por el Centro Directivo ha consistido en determinar que, ante estos supuestos que se plantean, nuestras autoridades registrales tienen que, o bien reconocer dicha relación y, por lo tanto, permitir que ésta despliegue efectos en España, o bien oponerse a su reconocimiento. Para ello deberán recurrir a la aplicación de las normas que regulan la eficacia registral de los títulos extranjeros en nuestro país. No procede por lo tanto aplicar en estos casos la normativa conflictual en materia de filiación (art. 9.4 CC) ni la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir (art. 10 LTRHA).

Como hemos podido apreciar a lo largo de todo el análisis que hemos realizado anteriormente, la posición de la DGRN ante esta materia ha experimentado una gran evolución. En un primer momento, la DGRN permitió, en su Resolución de 18 de febrero de 2009, la inscripción de una certificación registral californiana del nacimiento de dos gemelos nacidos de gestación por sustitución. Dicha Resolución fue criticada por no haber inscrito en

⁷⁰ Heredia Cervantes, I., *op cit.* p. 389.

⁷¹ Esto no quiere decir que no pueda existir ningún supuesto de inscripción de relaciones de filiación extranjeras derivadas de gestación por sustitución que supusieran la vulneración de nuestro orden público. La DGRN lo pone de manifiesto al enumerar los motivos de denegación de la inscripción, como por ejemplo, que el consentimiento de la madre gestante no sea libre o se haya producido un supuesto de tráfico internacional de menores o se negase al menor la posibilidad de conocer su origen biológico.

su lugar la resolución judicial previa de la que traía causa la certificación registral, y por haber sometido a ésta última a unas condiciones más propias de la inscripción de títulos judiciales extranjeros que de una certificación registral.

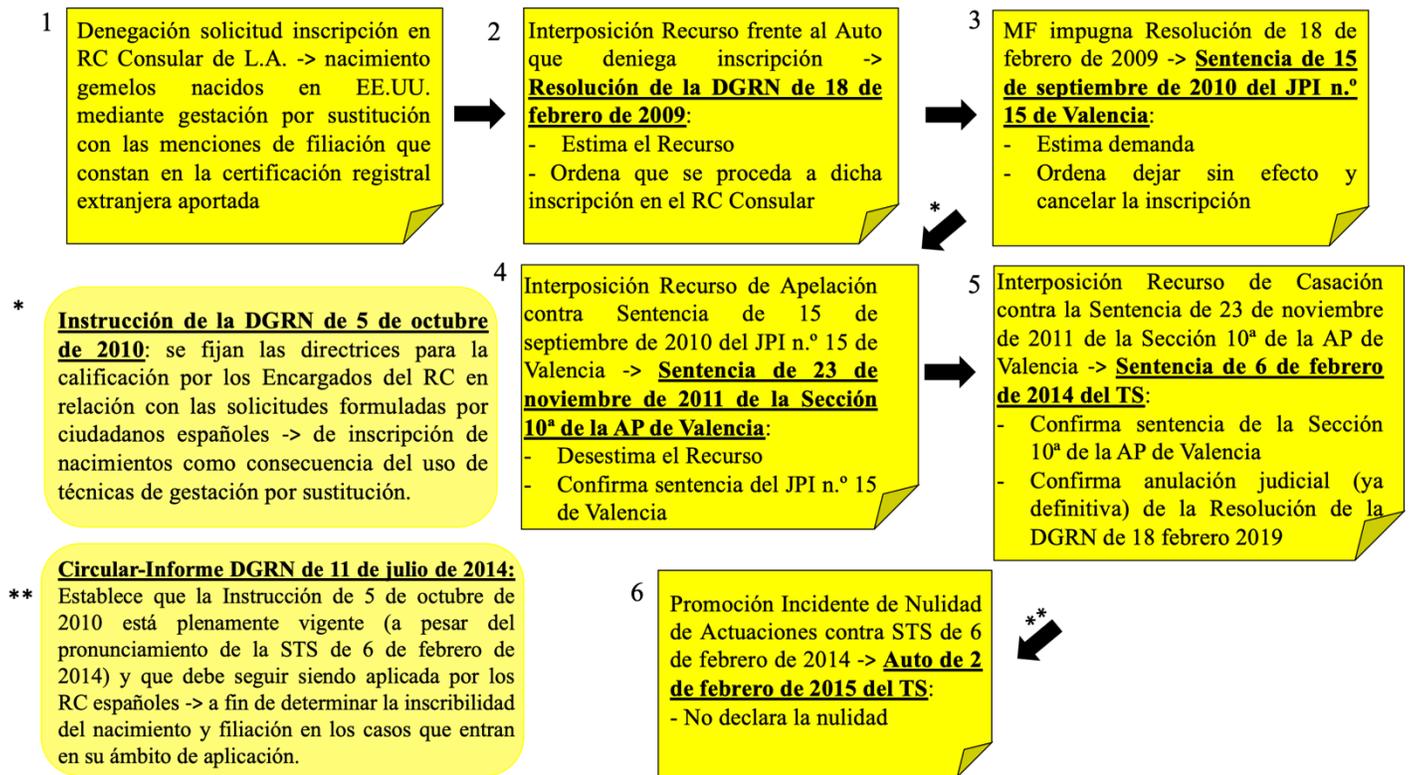
Poco después de que se produjera la anulación de la mencionada Resolución mediante Sentencia del JPI nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, la DGRN promulga la Instrucción de 5 de octubre de 2010, destinada a inscribir en el RC consular la filiación mediante gestación por sustitución suscrita en el extranjero. Esta Instrucción incide en que la filiación venga determinada en una sentencia judicial y en la facultad del funcionario consular para dispensar de la exigencia de *exequatur* y realizar un mero reconocimiento incidental⁷², si considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria⁷³; o, por el contrario, exigir dicho *exequatur*, si la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción contenciosa. Se debe presentar ante el Encargado del RC la resolución judicial extranjera en la que se determine la filiación derivada de una gestación por sustitución, en el caso de que se desee inscribir dicha relación de filiación. No se permite, por lo tanto, la inscripción mediante certificaciones registrales extranjeras independientemente de que éstas traigan causa o no de una previa resolución judicial.

Concluimos, por lo tanto, que por un lado, la Instrucción de la DGRN de 5 de Octubre de 2010, vigente tras la Circular de 11 de julio de 2014, permite la inscripción de la filiación de los nacidos en el extranjero en virtud de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres comitentes, a pesar de que los Tribunales han manifestado reiteradamente la incompatibilidad de dicha inscripción con el cumplimiento del orden público internacional español, basándose en el argumento o finalidad de proteger el interés superior del menor en estos casos. Por otro lado, la jurisprudencia niega la posibilidad de llevar a cabo la inscripción de dicha filiación, como se aprecia en el *iter* judicial del caso que resuelve finalmente el Auto del TS de 2 de febrero de 2015.

⁷² *Vid.* Criterios apartado 2.2.4. (p. 31)

⁷³ El Encargado del Registro deberá tener en cuenta una serie de intereses a la hora de reconocer incidentalmente la resolución extranjera, los cuales son fundamentalmente: el respeto a la autonomía de la voluntad y dignidad de la madre gestante y la salvaguarda del interés superior del menor.

Figura 2⁷⁴



CAPÍTULO IV.

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EUROPA: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES ENTRE ESTADOS MIEMBROS CON DISTINTOS MODELOS DE REGULACIÓN DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

En los diferentes Estados Miembros de la Unión Europea no existe uniformidad en cuanto a la regulación del contrato de GS. Cada Estado cuenta con su propio modelo de regulación en el que bien puede admitirse de forma altruista o comercial, estar prohibida su práctica o incluso no estar regulada. La diferencia de regulaciones respecto al contrato de GS, puede plantear una serie de dificultades en cuanto al reconocimiento de la filiación que se deriva del mismo, en el supuesto de que los comitentes se trasladen a otro país en el que se permita

⁷⁴ A través de este breve esquema pretendemos reflejar gráficamente cuál es el camino que se sigue en el análisis jurisprudencial y doctrinal de la GS en España. Fuente: elaboración propia.

la práctica de la GS y posteriormente regresen a su país de origen. Además, la UE carece de competencias para interferir en las propias de cada Estado en materia de estado civil (incluyendo el estado civil de filiación en los supuestos de GS), y para armonizar la legislación de los diferentes Estados⁷⁵.

Respecto al supuesto que acabamos de plantear, en el que los comitentes decidan trasladarse a otro país en el que se permite la práctica de la GS y posteriormente regresen a su país de origen, la cuestión controvertida (filiación de los nacidos mediante GS) no suscita un problema de “Derecho aplicable a la filiación”, sino una cuestión de “efectos jurídicos de una decisión pública extranjera”. Esa decisión puede haber sido adoptada por las autoridades de otro Estado miembro⁷⁶ o por las de un tercer Estado que no forme parte de la UE. Debemos por lo tanto distinguir dos supuestos:

Un primer supuesto en el que la filiación de los nacidos por GS ha sido declarada por las autoridades de un Estado miembro y parece ser que ésta debería ser reconocida por los restantes Estados, en base al “principio del mutuo reconocimiento” que rige en el ámbito comunitario. Según este principio, las situaciones jurídicas (“existentes” y válidas”) reconocidas por las autoridades de un Estado Miembro deben reconocerse por los restantes Estados, en virtud de la denominada “confianza comunitaria”; la cual hace referencia a la plena confianza en la Justicia que se imparte por los jueces de los Estados Miembros de origen⁷⁷. Por lo tanto, ante esta situación, se plantea si el principio de la libre circulación de personas puede dar pie al establecimiento de un principio de derecho internacional privado de reconocimiento mutuo que facilite el reconocimiento del estado civil de los ciudadanos europeos y las relaciones familiares dentro de la UE⁷⁸.

⁷⁵ Díaz Fraile, J.M., *op. cit.* p.129.

⁷⁶ Actualmente Grecia o Portugal permiten la GS en su modalidad altruista, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos.

⁷⁷ Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol.1, nº 2, 2009, pp. 303-304 (disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/87/85>; última consulta 12/04/2020).

⁷⁸ Brunet, L., King, D., Carruthers, J., Marzo, C., Davaki, K., McCandless, J., “Comparative study on the regime of surrogacy in the EU member states”, *Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, p. 152 (disponible en: <http://eprints.lse.ac.uk/51063/>, última consulta: 22/04/2020).

Un segundo supuesto en el que la autoridad del Estado miembro ante el que se hace valer la decisión dictada en otro Estado que no forma parte de la UE, debe decidir si otorga o no efectos jurídicos a tal decisión extranjera (reconociendo o no la filiación del nacido mediante GS determinada en aquel país)⁷⁹. Este mecanismo del “reconocimiento de decisiones” facilita la vida internacional de los particulares y su circulación transnacional; además de evitar la repetición de procesos y litigios en otros países, potenciando la seguridad jurídica internacional⁸⁰. En la actualidad, no existen normas armonizadas sobre el reconocimiento internacional de los efectos jurídicos de la GS. Por lo tanto, se aplicará principalmente la legislación nacional para determinar la paternidad legal derivada de la celebración de este tipo de contratos, así como sus efectos jurídicos⁸¹.

Ante esta situación, se plantean diversas alternativas para hacer frente a todas estas cuestiones jurídicas derivadas de la subrogación transfronteriza, especialmente las relativas al reconocimiento de las filiaciones entre los diferentes países. En primer lugar, se plantea la elaboración de un marco legal europeo que regule y armonice la maternidad subrogada transfronteriza. No obstante, aunque la UE sigue siendo un lugar pertinente para la acción, dadas las diferencias existentes entre los Estados miembros, parece ser que no es el nivel más adecuado para regular. Esto se debe a que países de todo el mundo participan en el tratamiento de las cuestiones transfronterizas de la maternidad subrogada y es más frecuente que los problemas se planteen con aquellos que no pertenecen a la UE⁸². Por lo tanto, sería más conveniente establecer una respuesta a nivel global, como por ejemplo, la elaboración y adopción de un Convenio internacional (como ocurre en el caso de las adopciones internacionales). De esta manera se dotaría de seguridad jurídica a las filiaciones que tienen lugar como resultado de las situaciones de maternidad subrogada transfronterizas⁸³, y se promovería un modelo de cooperación para facilitar, regular y supervisar su práctica. Actualmente no existe tal convenio, pero esta hipótesis está empezando a ser considerada por

⁷⁹ Las autoridades registrales del correspondiente Estado miembro deben proceder a la aplicación de las normas específicas que, en su Derecho internacional privado, disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras a su pertinente RC (no son normas de conflicto). Ya hemos visto en el Capítulo III cómo se viene haciendo esto en España.

⁸⁰ Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J., *op. cit.* p. 305.

⁸¹ Brunet, L., King, D., Carruthers, J., Marzo, C., Davaki, K., McCandless, J., *op. cit.* p. 154.

⁸² *Id.*

⁸³ Díaz Fraile, J.M., *op. cit.* p.129.

la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) y por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (CHDP), la cual ha dado ya comienzo a los trabajos sobre una posible regulación de estas cuestiones⁸⁴.

2. PRONUNCIAMIENTOS DEL TEDH

En este segundo apartado, procedemos a analizar una serie de Sentencias del TEDH a las que hemos hecho referencia en el Capítulo anterior, y que no pueden ser desconocidas por el Ordenamiento Jurídico español. La conclusión a la que llega la DGRN en su Circular de 11 de julio de 2014 respecto al mantenimiento de la vigencia y plena aplicabilidad de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, queda reforzada por estos pronunciamientos del TEDH en la materia. Entiende que, de lo contrario, *“la práctica registral española se estaría alejando de la línea hermenéutica que emana de los citados pronunciamientos del TEDH”*⁸⁵. Por otro lado, también procede llevar a cabo este análisis como consecuencia de la trascendencia que estas Sentencias del TEDH tuvieron en el caso objeto del incidente de nulidad de actuaciones presentado contra la STS de 6 de febrero de 2014, el cual se resuelve en el Auto del TS de 2 de febrero de 2015.

La interpretación de estas Sentencias del TEDH es muy relevante respecto a los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución ya que, tal y como se recoge en los artículos 32 y 46 CEDH, el TEDH tiene competencia para interpretar con carácter vinculante los preceptos de éste. Cabe recordar que el art. 10.2 CE establece que las normas constitucionales internas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas se interpretarán de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y los

⁸⁴ *Vid.* Hague Conference Permanent Bureau, “Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements” (General Affairs and Policy: Doc. Prel. n° 11) (March 2011); Hague Conference Permanent Bureau, “Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements” (General Affairs and Policy: Doc. Prel. n° 10) (March 2012); Hague Conference Permanent Bureau, “Conclusions and Recommendations adopted by the Council, Council on General Affairs and Policy of the Conference of 17-20 April 2012” (April 2012); Hague Conference Permanent Bureau, “Report of the Council on General Affairs and Policy of the Conference of 17-20 April 2012: Doc. Prel. n°1” (July 2012).

⁸⁵ En estos pronunciamientos el TEDH considera que el art. 8 CEDH se ve vulnerado por el no reconocimiento de la relación de filiación entre los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución y los progenitores que han acudido a este método reproductivo en un país cuya legislación admite la legalidad de tal filiación declarada mediante sentencia judicial.

tratados internacionales suscritos por España con relación a estas materias, entre los que se encuentran el CEDH⁸⁶.

2.1. Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, asuntos *Menesson y Labassee c. Francia*⁸⁷

En los casos *Menesson y Labassee c. Francia*, las autoridades francesas deniegan la inscripción de la filiación de unos menores nacidos en Estados Unidos mediante GS, basándose en la supuesta vulneración del art. 16-7 del *Code Civil* francés, precepto considerado por el art. 16-9 como configurador del orden público. El TEDH considera que tal denegación vulnera el derecho a la vida privada y familiar, previsto en el art. 8 CEDH⁸⁸. En ambos casos se trata de matrimonios heterosexuales de origen francés que recurren a la práctica de la gestación por sustitución en Estados Unidos, al encontrarse ésta prohibida en Francia. El material genético masculino es aportado por los respectivos maridos (serán, por tanto, hijos biológicos del padre comitente, pero no de la madre) y el material genético femenino por una donante.

Tras examinar ambos supuestos, el TEDH considera, al igual que los recurrentes, que la denegación de la inscripción por parte de las autoridades francesas supuso una injerencia en la vida privada y familiar de los mismos. Posteriormente, el TEDH se dispuso a valorar el cumplimiento de los requisitos que justificarían dicha injerencia, recogidos en el art. 8.2 CEDH⁸⁹. Para el TEDH los dos primeros requisitos se cumplen puesto que tal injerencia está prevista por ley en los mencionados artículos del *Code Civil* y persigue alguno de los fines legítimos contemplados en el art. 8.2 CEDH (concretamente la “protección de la salud” y la protección de los “derechos y libertades de los otros”), al pretender las autoridades francesas desincentivar a sus nacionales la recurrencia a este tipo de prácticas, prohibidas en Francia pero permitidas en otros Estados. No obstante, a la hora de valorar el tercero de los requisitos

⁸⁶ Núñez-Cortés Contreras, P., *La maternidad. Nuevas realidades en el derecho de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 66.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 2014, Recurso nº 65192/11 y nº 65941/11 (asuntos *Menesson y Labassee c. Francia*).

⁸⁸ Grupo Fide-Fundación Garrigues, “Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada”, 2018, p. 11 (disponible en: <https://www.fidefundacion.es/attachment/1085483/>; última consulta: 12/04/2020).

⁸⁹ a) que esté prevista por la ley; b) que persiga alguno de los fines legítimos contemplados en el art. 8.2; y c) que resulte necesaria en una sociedad democrática.

y determinar si se trata de una injerencia “necesaria en una sociedad democrática” (si responde a una necesidad social imperiosa y es proporcional conforme a los límites legítimos perseguidos), y por tanto admisible, el TEDH diferencia entre las dos vertientes del art. 8: el derecho a la vida familiar y el derecho a la vida privada.

Respecto al derecho a la vida familiar, el tribunal considera que se trata de una injerencia “necesaria en una sociedad democrática”, al responder ésta a una necesidad social imperiosa y ser proporcional conforme a los límites legítimos perseguidos. Estas dos exigencias se cumplen al existir la posibilidad de que convivan todos juntos en Francia y no haya riesgo alguno de que les separen de los menores (no se priva ni a los menores ni a los comitentes de poder disfrutar de este derecho)⁹⁰.

Respecto al derecho al respeto de la vida privada de los menores, el Tribunal considera que, al ser identificados los niños como hijos de los recurrentes según el ordenamiento estadounidense, negarles dicha consideración en el ordenamiento jurídico francés, les podría en una “situación de incertidumbre jurídica”⁹¹. Además, debemos tener en cuenta que dicha indeterminación supone la privación de la nacionalidad francesa, y de todos los derechos que se derivan de la misma, entre los que se encuentran los derechos sucesorios (únicamente podrán heredar a los comitentes como legatarios)⁹². Por lo tanto, la citada vulneración del art. 8 CEDH se fundamenta en la situación de desprotección en que se encuentran los menores al no poder ver determinado, de ningún modo, su vínculo de filiación en Francia, y al no establecerse la paternidad legal, a pesar de que en ambos casos existe una relación biológica con el padre comitente. El TEDH considera que, cuando las autoridades francesas proceden a la denegación de la inscripción, el interés superior del menor no se está respetando y la injerencia en el derecho al respeto de la vida privada de los menores no estaría justificada, al sobrepasarse los límites tolerables de su margen de apreciación⁹³.

⁹⁰ Grupo Fide-Fundación Garrigues, *op. cit.* p.12.

⁹¹ Díaz Fraile, J.M., *op. cit.* p.119.

⁹² “El TEDH declara contraria al Convenio Europeo de los derechos humanos la negativa a reconocer la filiación a los hijos nacidos de vientre de alquiler”, *Noticias Jurídicas*, 2014 (disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3900-el-tedh-declara-contraria-al-convenio-europeo-de-los-derechos-humanos-la-negativa-a-reconocer-la-filiacion-a-los-hijos-nacidos-de-ventre-de-alquiler/>; última consulta: 28/03/2020).

⁹³ Grupo Fide-Fundación Garrigues, *op. cit.* p. 14.

2.2. Sentencia del TEDH de 21 de julio de 2016, asuntos acumulados *Foulon y Bouvet c. Francia*⁹⁴

Los hechos acontecidos en los casos *Foulon y Bouvet c. Francia* son muy similares a los que tienen lugar en los casos *Menesson y Labassee c. Francia*. Sin embargo, en estos casos se prevé la posibilidad de que los padres comitentes puedan establecer su vínculo de filiación mediante otras vías legales como son el reconocimiento de la paternidad o la posesión de estado⁹⁵. El TEDH sigue considerando que la intromisión injustificada en el derecho a la vida privada de los menores como consecuencia de la denegación de la inscripción en el RC de una relación de filiación constituida en el extranjero mediante GS, no se ve convalidada por la posibilidad de recurrir a otras alternativas para establecer la filiación ante las autoridades francesas. El TEDH dicta sentencia condenando de nuevo a Francia por reconocer que dicha denegación de la inscripción supone una vulneración del derecho fundamental a la vida privada de los menores, consagrado en el art. 8 CEDH⁹⁶.

2.3. Sentencias del TEDH de 24 de enero de 2017, asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*⁹⁷

Esta sentencia tiene su origen en un procedimiento que ya fue resuelto por la Sentencia TEDH de 27 de enero de 2015⁹⁸, la cual fue recurrida por el Gobierno italiano ante la Gran Sala del TEDH. El motivo de dicho recurso se debe al comportamiento adoptado por las autoridades italianas tras la denegación de la inscripción en el RC italiano de una certificación de nacimiento rusa en la que se reconocía la filiación del menor, cuyo nacimiento se produjo como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada, a favor de los padres comitentes. Supuestamente, el material genético masculino fue aportado por el cónyuge varón, mientras que el femenino lo aportó una donante. No obstante, el resultado del test de

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 21 de julio de 2016, Recurso nº 9063/14 y nº 10410/14 (asuntos *Foulon y Bouvet c. Francia*).

⁹⁵ Grupo Fide-Fundación Garrigues, *op. cit.* p. 14.

⁹⁶ *Ibid.* p. 15.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 24 de enero de 2017, Recurso nº 25358/12 (asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*) [versión electrónica - base de datos HUDOC. Ref. ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD0025358127]. Fecha de la última consulta: 05/04/2020.

¹¹² Sin embargo, en la Sentencia de la Sección 2ª del TEDH, de 27 de enero de 2015, ese breve periodo de tiempo de convivencia sí que se considera como suficiente para establecer una vida familiar, puesto que el Tribunal consideró que los recurrentes se habían comportado como verdaderos padres.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), de 27 de enero de 2015, Recurso nº 25358/12 (asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*) [versión electrónica - base de datos HUDOC. Ref. ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002535812]. Fecha de la última consulta: 05/04/2020.

ADN practicado al Sr. Campanelli y al niño, por decisión de los tribunales italianos, determina la falta de vinculación genética entre ambos. Por lo tanto, el menor es puesto bajo la custodia de una entidad pública italiana bajo el argumento de que no existía vinculación genética alguna entre éste y los padres comitentes, y que éstos habían violado la normativa italiana que prohíbe la GS (art. 133 *Codice Civile*). A diferencia de los anteriores casos contra Francia que hemos analizado, en este caso, el menor no es considerado como parte demandante debido a la inexistencia de la vinculación genética que hemos mencionado; por ello, no dispone de la condición de víctima en relación con el art. 8 CEDH. El TEDH dicta sentencia el 24 de enero de 2017 en la que se considera que no se ha producido violación alguna del art. 8 CEDH, sino que el Estado italiano había ejercido legítimamente una facultad discrecional al retirarse al matrimonio por parte de las autoridades italianas la tenencia del menor⁹⁹.

CAPÍTULO V.

CONCLUSIONES

La prohibición de la práctica de la GS en España no evita que ésta se pueda llevar a cabo en otros países donde sí está permitida, produciéndose de esta manera el denominado “turismo reproductivo”. Dicho fenómeno provoca el desplazamiento desde un país en el que una determinada técnica de reproducción asistida (como es la GS) no está disponible o se encuentra prohibida por su Ordenamiento jurídico hacia otro país donde sí se encuentra disponible y está permitida. Como consecuencia de esto, se plantean una serie de problemas relacionados con el reconocimiento e inscripción en el RC español de los títulos extranjeros en los que se reconoce a los padres comitentes la filiación de los nacidos en virtud de dicha práctica.

Ante la imposibilidad de alcanzar actualmente un marco jurídico claro y seguro en España como consecuencia de las diferencias doctrinales existentes entre nuestro TS y la DGRN, el casuismo y cambios jurisprudenciales del TEDH, y la inexistencia de una regulación interna

⁹⁹ Gil Pérez, C., González Cruz, A., González Jiménez, A., González Martín, T., González Mendo, P., Guerra Blanco, D. F., Herrero Aguirre, L., Ibáñez Tamayo, A., López Valle, M., Marcos Vázquez, A. y Moreno Salas, F. J., “Determinación de la Filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Especial Referencia a la Gestación por Sustitución Transfronteriza”, 2017, p. 62 (disponible en: [https://gedos.usal.es/bitstream/handle/10366/136975/DDP_Wikifiliaci%*c3*%*b3*n.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://gedos.usal.es/bitstream/handle/10366/136975/DDP_Wikifiliaci%c3%b3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y); última consulta: 29/03/2020).

que aborde este tema desde la concreta perspectiva de los supuestos transnacionales y del Derecho Internacional Privado¹⁰⁰; consideramos que existen principalmente dos alternativas a través de las que se podría solventar esta situación:

1. Regular en nuestro Ordenamiento jurídico la práctica de contratos de GS, permitiéndose la misma.

La primera opción surge de la necesidad de adoptar un marco legal que admita y regule esta figura para lograr así evitar la discriminación por motivos económicos, y permitir un acceso igualitario a esta nueva forma de paternidad y maternidad que, de otro modo, solo podrían permitirse quienes tuvieran medios para contratar una maternidad subrogada en el extranjero.

Por otro lado, esta alternativa permitirá reducir el “turismo reproductivo” y todos los problemas que de éste se derivan, como por ejemplo: la imposibilidad de que el niño/a nacido mediante esta técnica pueda obtener un pasaporte que le permita viajar al país de residencia de los comitentes; la imposibilidad de regularizar la situación legal del niño/a una vez que éste se encuentre en el Estado de residencia de los comitentes; los riesgos que este tipo de prácticas pueden suponer para las partes involucradas, ante la imposibilidad de llevarse a cabo un control absoluto en la calidad y seguridad de los servicios prestados; o el riesgo que supone para las mujeres en países en desarrollo, de ser explotadas por aquellos que provienen de países más ricos.

Sin embargo, el hecho de legalizar y regularizar esta figura también puede conllevar una serie de consecuencias negativas. La mujer que actúa como madre gestante, puede que lo haga únicamente porque se ve abocada a ello como consecuencia de su situación económica; de tal manera que no se estaría llevando a cabo una relación contractual entre iguales, convirtiéndose la GS en una forma más de apropiación, control y explotación de la mujer. Esta es una de las principales razones por las que consideramos que, en el caso de legalizarse esta figura, debería permitirse únicamente en su modalidad altruista, con la posibilidad de compensar solo aquellos gastos derivados y consecuencia directa de la GS; y para ayudar a una pareja o a aquellas personas que deseen llevar a cabo un embarazo, pero no pueden

¹⁰⁰ Díaz Fraile, J.M., *op. cit.* p.130.

hacerlo, descartándose la recurrencia a este tipo de técnicas por una cuestión meramente de “estética”¹⁰¹.

En la doctrina podemos encontrar numerosos autores partidarios de la necesidad de regular y admitir la GS en nuestro Ordenamiento jurídico, posicionándose por lo tanto a favor de esta primera alternativa que planteamos. Entre dichos autores podemos destacar a **Vela Sánchez**, quien realizó en 2011 una propuesta de regulación sobre esta cuestión en España, con el objetivo de eliminar las desigualdades existentes y posibilitar el acceso a esta técnica de reproducción, de tal manera que no quedase reservada únicamente a aquellas personas que disponen de los recursos económicos suficientes y que pueden permitirse emprender esa vía de acceso al hecho parental fuera de nuestro país¹⁰². **Lamm** también plantea una propuesta de ley sobre GS para regular y admitir esta figura en el Ordenamiento jurídico español.¹⁰³ Esta autora se muestra partidaria de *“promover un marco jurídico que privilegie y represente una garantía para el ejercicio de los derechos, que respete y promueva el derecho de las personas a una maternidad o paternidad libre y responsable, que reconozca la diversidad con la cual está integrada nuestra sociedad y que sea el ejemplo de normas de una sociedad democrática, plural, incluyente y diversa”*. Para un determinado grupo de personas, la GS supone la única oportunidad real de tener un hijo genéticamente propio; por ello Lamm considera que *“el rol del Estado debe ser crear un ambiente que maximice las posibilidades de éxito y felicidad para las personas que quieren formar una familia, en lugar de establecer desventajas o estigmatizarlas”*¹⁰⁴. **Cervilla Garzón** también se muestra partidaria de la regulación de la GS en España, con el objetivo de salvaguardar la dignidad de la mujer gestante en estos supuestos. Establece para ello dos mecanismos que pueden ser utilizados por el legislador a la hora de regular esta cuestión: el establecimiento de una serie de controles a las mujeres gestantes que pretenden acceder a esta técnica (como son por ejemplo la edad, haber sido madre previamente, disponer de una situación económica solvente o la limitación a un máximo de dos GS a las que puede someterse) y que garanticen que el consentimiento emitido por éstas es libre, consciente y voluntario. Esta autora concluye que una normativa

¹⁰¹ Algunos países como Canadá, Grecia o Portugal permiten la maternidad subrogada altruista bajo ciertas condiciones.

¹⁰² Vela Sánchez, A.J., “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, nº 7621, 2011, pp. 5-15.

¹⁰³ Vid. Lamm, E., “Gestación...” *op. cit.* pp. 301-309.

¹⁰⁴ Lamm, E., “Una vez...”, *op. cit.*

que “*concibiera el contrato como gratuito, con finalidad terapéutica, en la que se incluyeran controles formales del consentimiento, así como una reducción del espectro de la gestante, limitando el número de gestaciones, no vulneraría nuestra Constitución, pues la dignidad de la mujer estaría salvaguardada*”. Aboga por lo tanto por la admisión de la GS en su modalidad altruista, al considerar que “*si no hay dinero, no hay negocio y, en consecuencia, el peligro de mercantilización desaparece*”¹⁰⁵.

Entre otros posibles partidarios a esta primera alternativa que planteamos, también se encontraría el partido político **Ciudadanos**, cuyo Grupo Parlamentario planteó en 2017 una proposición de ley con el objetivo de regular en España el derecho de las personas a la GS en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro¹⁰⁶. Tal y como se establece en su Exposición de Motivos IV, “*la gestación subrogada es una práctica existente y hasta más frecuente de lo generalmente conocido. Ante esta nueva realidad, la mejor solución, la más garantista, es regular, no es cerrar los ojos ni prohibir*”. La **Asociación por la Gestación Subrogada en España** también ha elaborado una proposición de ley de gestación subrogada, la cual se encuentra actualmente en revisión para adaptarla a las recomendaciones de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado¹⁰⁷ y del Comité de los Derechos del Niño y del Servicio Social Internacional. Esta Asociación ha establecido en su Manifiesto que es necesaria una regulación garantista de la GS, para que esta técnica sea definitivamente incluida en nuestra normativa como una técnica de reproducción asistida más y se le otorgue el mismo tratamiento que al resto. De esta manera, se podrá evitar la desigualdad existente entre españoles y garantizar la seguridad jurídica de las partes intervinientes en este tipo de contratos¹⁰⁸. **Antonio Vila-Coro Vázquez**, presidente

¹⁰⁵ Cervilla Garzón, M. D., “Gestación Subrogada y Dignidad de la Mujer”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 9, p. 38 (disponible en: https://www.academia.edu/37737793/GESTACION%20SUBROGADA_Y_DIGNIDAD_DE_LA_MUJER; última consulta: 25/04/2020).

¹⁰⁶ Grupo Parlamentario Ciudadanos, “Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, nº 145-1, serie B, 8 de septiembre de 2017, pp. 1-12 (disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF; última consulta: 25/04/2020).

¹⁰⁷ Cerdà, J., “Proposición de ley de gestación subrogada”, *Asociación por la Gestación Subrogada en España* (disponible en: http://www.xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/images/PDF/Proposicion_de%20ley.pdf; última consulta: 25/04/2020).

¹⁰⁸ Asociación por la Gestación Subrogada en España, “Manifiesto a favor de la legalización y regulación de la gestación subrogada en España” (disponible en: <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/manifiesto>; última consulta: 25/04/2020).

de la “Asociación Son Nuestros Hijos”, también se muestra partidario de desarrollar una regulación ética y práctica sobre la GS en España. El objetivo que persigue con esto es evitar los abusos y malas prácticas que se producen en otras partes del mundo y conseguir la felicidad para muchas familias que sueñan con tener hijos y no pueden.¹⁰⁹

Respecto al debate que se plantea en cuanto a la existencia de un supuesto “derecho al hijo” que justificaría la adopción de una regulación permisiva sobre la GS, encontramos diversas posturas. Existe un sector doctrinal que manifiesta la existencia de un verdadero “derecho a la reproducción” fundamentado en la dignidad de la persona (los progenitores en este caso) como expresión del reconocimiento de sus derechos, en el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE) y en la libertad como valor superior del Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). **Vela Sánchez** sostiene que este “derecho a la reproducción” constituye un derecho de autodeterminación física, enmarcado en el derecho a la libertad personal del art. 17.1 CE. Considera que “*el derecho a la reproducción, como derecho fundamental, es un derecho que posee la persona por el hecho mismo de ser persona, por su propia naturaleza y dignidad; derecho que le es inherente, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, ha de ser por ésta consagrado y garantizado*”¹¹⁰. Otros autores como **Berrocal Lanzarot**, también sostienen que es “*evidente la conexión entre la procreación y el libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 CE, entendido este principio constitucional, como la autonomía de la persona para elegir libremente y responsablemente entre las opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias*”. En este caso, la opción vital sería el concebir o no un hijo, decisión que considera personalísima, y en la que el Estado no puede inmiscuirse, “*ni imponiéndola, ni prohibiéndola, debiendo respetar lo que resulte del*

¹⁰⁹ Vila-Coro Vázquez, A., en Benavente Moreda P. y Farnós Amorós E., “Treinta años de Reproducción Asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual”, *Boletín Ministerio de Justicia*. Madrid, nº 2179, 2015, pp. 298-299.

¹¹⁰ Vela Sánchez, A. J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 7608, 2011 (disponible en: https://laleydigital.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC2OQW-DMAyFfw25oKGka6E95ALsMIINU4t2N8GCaCxiWHI3y8ZtfTJfvaTnn8WdFuLd5K1Bqdt2kDa4JYcVGqShfMO0iLn56gPXIjY5zLxVOeMb8Za7Zv2boFGUHNpeA8KVREBJ4Dx0AcOAcucc8ZKFpgqq2SIs56xRY6mTPrenTlJjkjSzBd0YfRj_b3HVY9AGlrSnB7mu57Wbc8lDgdL6eCreh8MMhPPaAhZKMexiZAux-8176yhpydXnv50ln71dbVvm-3GeUbEuzyCmbAGI3g1PgBQdxG66jRnjLw8_1xKReikNiRuf1rpqbQayCsYELTP379A2myAXtiAQAAWKE; última consulta: 29/04/2020).

ejercicio de libertad de cada ciudadano”¹¹¹. Por otro lado, los reticentes a la admisión de esta práctica, como el **Comité de Bioética de España**, consideran que este supuesto derecho no se puede deducir de la libertad procreativa o reproductiva reconocida en nuestro Ordenamiento jurídico, pues en realidad “*se enmarcaría en el derecho a la protección de la salud y en la protección y ponderación de los intereses de terceros que pudieran verse implicados*” (principalmente los intereses del futuro hijo y los derechos e intereses de la mujer gestante)¹¹².

Podemos concluir por lo tanto que la GS podría, en opinión de algunos, legalizarse y regularizarse conforme al respeto de los principios de libertad, igualdad y no discriminación; reconociéndose la diversidad existente en nuestra sociedad, de tal manera que sea una sociedad democrática, plural, incluyente y diversa¹¹³. No obstante, se trata de una alternativa que puede generar grandes controversias debido a las dificultades que actualmente se presentan frente a la modificación de la regulación española sobre esta cuestión; además de la ausencia de un consenso en este ámbito tanto político y social como ético, moral o religioso (relativos a la estructura familiar, la naturaleza de la maternidad, o el bienestar y dignidad de los niños y de la mujer gestante). Por ello planteamos a continuación una segunda alternativa respecto a la que parece haber mayor consenso.

2. No permitir su práctica, pero reformar o clarificar el régimen de inscripción registral de las relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante GS.

Esta segunda alternativa parece ser que sería respaldada por un amplio sector de la doctrina, ya que muchos autores como por ejemplo **Rodríguez Guitián** o **Heredia Cervantes**, no son partidarios de admitir y legalizar la práctica de la GS en nuestro país, pero sí consideran que es necesario llevar a cabo una reforma o clarificar el régimen de inscripción registral de las

¹¹¹ Berrocal Lanzarot, A.I., “Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, 2007, p. 42 (disponible en: <https://pdfs.semanticscholar.org/88fe/ee671d9ccf7c4bffba9cea07692f4d3dd56a.pdf>; última consulta: 29/04/2020).

¹¹² Comité de Bioética de España, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p. 89 (disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf; última consulta: 25/04/2020).

¹¹³ Lamm, E., “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Juris Salamanticensis*, vol. 4, 2016, p. 103 (disponible en: <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/viewFile/14368/15395>; última consulta: 26/04/2020).

relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante esta técnica (parece haber cierto consenso en cuanto a esta necesidad). Tal negativa respecto a la admisión y legalización de la GS se fundamenta en que cualquier procedimiento de reforma normativa integral de nuestro ordenamiento interno que se plantee en este ámbito, no tendrá éxito; como consecuencia de las dificultades que actualmente se presentan frente a cualquier intento de modificación de la regulación española sobre GS y la inexistencia de un nivel mínimo de consenso social o político respecto a esta cuestión¹¹⁴.

El Grupo de Trabajo constituido por la Fundación Fide y la Fundación Garrigues¹¹⁵ plantea como solución la modificación de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 para que permita su adaptación a las normas sobre inscripción registral de títulos extranjeros contempladas en la LRC 2011 y añadir un nuevo art. a la LRC 2011, cuya redacción podría ser:

“En el caso de la inscripción de títulos extranjeros que acrediten una relación de filiación constituida en el extranjero mediante gestación subrogada, la apreciación de la eventual contradicción con el orden público español deberá tener en cuenta necesariamente el respeto al interés superior del menor, tal y como éste aparece definido en los instrumentos europeos y convencionales en vigor en España”¹¹⁶.

De esta manera, nuestro Ordenamiento cumpliría con el requisito impuesto por el art. 8 CEDH de que la restricción a la inscripción de estas relaciones de filiación “esté prevista por la ley”. Además, se asegura que no siempre se va a producir una violación de nuestro orden público por el hecho de inscribir una relación de filiación constituida en el extranjero mediante GS; siendo necesario que nuestras autoridades lleven a cabo un control caso por caso de la supuesta contradicción, sin realizar a la figura de la GS un juicio en abstracto¹¹⁷.

¹¹⁴ Grupo Fide-Fundación Garrigues, “Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada”, 2018, pp. 6-7 (disponible en: <https://www.fidefundacion.es/attachment/1085483/>; última consulta: 12/04/2020).

¹¹⁵ Este grupo de trabajo ha sido dirigido por el presidente de la Fundación Garrigues, Antonio Garrigues Walker; la presidenta de Fide, Cristina Jiménez Savurido, y el Doctor en Medicina y catedrático emérito de la Universidad Complutense Pedro García Barreno. Además, han participado en la reflexión, la presidenta del Consejo de Estado, María Teresa Fernández de La Vega; el vicepresidente del Comité de Bioética de España, Federico de Montalvo, o el magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Antonio Salas, entre otros.

¹¹⁶ Grupo Fide-Fundación Garrigues, *op. cit.* p. 2.

¹¹⁷ *Ibid.* p. 21.

Por otro lado, entre las posiciones que abogan por no legalizar esta práctica en nuestro país debemos destacar la del **Comité de Bioética de España**; el cual ha publicado un Informe en el que concluye que existen sólidas razones para rechazar la maternidad subrogada, incluida la altruista. La mayoría del Comité considera que la celebración de este tipo de contratos conlleva siempre a la explotación de la mujer, *“porque permite que su cuerpo se convierta durante nueve meses en mero instrumento para satisfacer los deseos de otros”*; y a la vulneración del interés superior del menor, *“porque rompe su vínculo materno tras el parto y le expone a un riesgo frecuente y grave de cosificación”*¹¹⁸. Consideran que la normativa vigente en España respecto a esta cuestión no resulta suficientemente efectiva para alcanzar el objetivo que persigue (la nulidad de los contratos de maternidad subrogada) y abogan por una necesaria propuesta de reforma de la ley vigente para que se alcance el mismo. Por lo tanto, el Comité se muestra favorable al mantenimiento de la nulidad de los contratos de gestación subrogada, aclarando que ello sea así con independencia del lugar donde se celebren, y a la tipificación de las actividades empresariales que directa o indirectamente promuevan su realización, tanto en España como en el extranjero¹¹⁹.

También encontramos un sector de la doctrina científica que actualmente sigue defendiendo la nulidad del contrato GS en base a que éste se opone tanto al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, *“ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico”*; como al principio de indisponibilidad del estado civil, *“ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de madre y de hijo”*.¹²⁰ Estos autores también se basan en la dignidad de la persona, principio constitucional recogido en el art. 10.1 CE, resaltando especialmente el riesgo de vulnerabilidad al que pueden quedar sometidas las mujeres gestantes, puesto que pueden verse abocadas a recurrir a esta práctica como consecuencia de su situación económica. Entre

¹¹⁸ Comité de Bioética de España, *op. cit.* p. 81.

¹¹⁹ *Ibid.* pp. 86-87.

¹²⁰ De Verda y Beamonte, J. M., “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 4, 2016, pp. 351 (disponible en: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/52732/349-357.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; última consulta: 26/04/2020).

estos autores que se manifiestan en contra de la admisión de la validez del contrato de GS se encuentran **Corral García**¹²¹, **Bellver Capella**¹²², **López Guzmán** y **Aparisi Miralles**¹²³.

Tras haber analizado estas dos alternativas que proponemos como solución y haber podido estudiar un poco más de cerca la figura de la GS, prácticamente desconocida para mí antes de iniciar este trabajo; personalmente considero que sería más acertado llevar a cabo la primera de ellas. Actualmente los supuestos de GS se han convertido en un fenómeno social que reclama una regulación jurídica que pueda satisfacer los intereses que se encuentran en conflicto, por lo que tarde o temprano se va a tener que regular y admitir su práctica en nuestro Ordenamiento jurídico. No obstante, debemos de ser muy cautelosos y rigurosos a la hora de regularla, respetando las libertades y garantizando el bienestar de las personas que intervienen en ella, ya que, de lo contrario, pueden acontecer numerosas consecuencias negativas como las que hemos visto anteriormente.

¹²¹ Corral García, E., “El derecho a la reproducción humana ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 38, 2013, pp. 45-69.

¹²² Bellver Capella, V., “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *SCIO. Revista de Filosofía*, nº 11, 2015, pp. 19-52.

¹²³ López Guzmán, J. y Aparisi Miralles, A.: “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, vol. 23, nº 2, 2012, pp. 253-267.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

ARIZ. REV. STAT. ANN. § 25-218 (2007)

Canada's Assisted Human Reproduction Act S.C. 2004, c. 2.

Código Civil francés.

Código de Familia de Ucrania.

Constitución Federal de Suiza, de 18 de abril de 1999.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales (BOE de 6 de mayo de 1999).

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. (BOE nº 313 de 31 diciembre 1990).

D.C. CODE § 16-401, 402 (2009).

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del

Filiation of children born of assisted procreation (1991) RSQ. C C-I-I, s 541.

FLA. STAT. 742.15 (2008). (4).

MICH. COMP. LAWS §722.851-861 (2009).

N.Y. DOM. REL. LAW § 122 (2009).

NEB. REV. STAT. § 25-21, 200 (2009).

Ley alemana de protección del embrión, de 13 de diciembre de 1990.

Ley italiana de 19 de febrero de 2004, nº 40 sobre normas en materia de procreación médicamente asistida.

Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil (BOE 10 de junio de 1957).

Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE 27 de mayo de 2006).

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE 22 de julio de 2011).

Ley 29/2015 de, 30 de julio, de Cooperación Jurídica civil internacional (BOE de 31 de julio de 2015).

Reglamento del Registro Civil de Ucrania aprobado por la Orden del Ministerio de Justicia de Ucrania, del 18 de octubre de 2000, núm. 52/5.

2. JURISPRUDENCIA

Auto del Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo civil), de 2 de febrero de 2015, R. nº 245/2012 [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 28079119912015200003]. Fecha de la última consulta: 22/03/2020.

Belsito v. Clark, 644 N.E.2d 760 (1994), J.F. v. D.B., 879 N.E.2d 740 (2007) y SN v. MB, 188 Ohio App. 3d 324 - 2010.

Consulta de 11 de julio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Inscripciones gestación por sustitución, *LA LEY Derecho de familia*, Editorial LA LEY (disponible en: https://revistas.laley.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA MtMSbH1dDMAARMTAwLtbLUouLM_DxbIwNDEwNzYwO13MSSktQiWx8ft8RcK Mc7tdI2yDXMMzjEUS2z2LGgoCi_LDUFqMXIwMDYyMTQ3MgCADYYImFYAAAA WKE; última consulta: 22/03/2020).

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE de 7 de octubre de 2010).

Johnson v. Calvert, 5 Cal.4th 84, 19 Cal.Rptr.2d 494, 851 P.2d 776 (cert. denied 510 U.S. 874, 114 S.Ct. 206, 126 L.Ed.2d 163) (Cal. 1993), y Buzzanca v. Buzzanca, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Cal. Ct. App. 1998).

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009, RJ 2009\1735 [versión electrónica - base de datos LEGALTODAY. Ref. JUR\2009\154581]. Fecha de la última consulta: 24/03/2020.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia (Sala de lo Civil, Sección 15) nº 193/2010, de 15 de septiembre de 2010 [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 46250420152010100001]. Fecha de la última consulta: 24/03/2020.

Sentencia de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia nº 247/2014 10, de 23 de noviembre de 2011 [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 46250370102011100707]. Fecha de la última consulta: 25/03/2020.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 de junio de 2007 (asunto Wagner c. Luxemburgo) [versión electrónica - base de datos HUDOC. Ref. ECLI:CE:ECHR:2007:0628JUD007624001]. Fecha de la última consulta: 03/04/2020.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 10) nº. 247/2014, de 6 de febrero de 2014 [versión electrónica - base de datos CENDOJ. Ref. 28079119912014100001]. Fecha de la última consulta: 24/03/2020.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 2014, Recurso nº 65192/11 y nº 65941/11 (asuntos *Mennesson y Labassee* c. Francia).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 21 de julio de 2016, Recurso nº 9063/14 y nº 10410/14 (asuntos *Foulon y Bouvet* c. Francia).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 24 de enero de 2017, Recurso nº 25358/12 (asunto *Paradiso y Campanelli* c. Italia) [versión electrónica - base de datos HUDOC. Ref. ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD0025358127]. Fecha de la última consulta: 05/04/2020.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), de 27 de enero de 2015, Recurso nº 25358/12 (asunto *Paradiso y Campanelli* c. Italia) [versión electrónica - base de datos HUDOC. Ref. ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002535812]. Fecha de la última consulta: 05/04/2020.

3. OBRAS DOCTRINALES

Atienza Rodríguez, M., “Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos”, *El Notario* del siglo XXI, nº 63, 2015, pp. 94-98 (disponible en: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-63/5373-gestacion-por-sustitucion-y-prejuicios-ideologicos>; última consulta: 02/03/2020).

Atienza Rodríguez, M., “Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº 14, 2008, pp. 4-9 (disponible en: http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD14_ArtAtienza.pdf; última consulta 22/03/2020).

Bellver Capella, V., “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *SCIO. Revista de Filosofía*, nº 11, 2015, pp. 19-52 (disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2019/30/100/237.pdf>; última consulta: 27/04/2020).

Berrocal Lanzarot, A.I., “Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, 2007, p. 42 (disponible en: <https://pdfs.semanticscholar.org/88fe/ee671d9ccf7c4bffba9cea07692f4d3dd56a.pdf>; última consulta: 29/04/2020).

Brunet, L., King, D., Carruthers, J., Marzo, C., Davaki, K., McCandless, J., “Comparative study on the regime of surrogacy in the EU member states”, *Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs* (disponible en: <http://eprints.lse.ac.uk/51063/>, última consulta: 22/04/2020).

Calvo Caravaca, A.L., Carrascosa González, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol.1, nº 2, 2009, pp. 294-319 (disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/87/85>; última consulta 12/04/2020).

Cervilla Garzón, M. D., “Gestación Subrogada y Dignidad de la Mujer”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 9, pp. 11-43 (disponible en: https://www.academia.edu/37737793/GESTACION_SUBROGADA_Y_DIGNIDAD_DE_LA_MUJER; última consulta. 25/04/2020).

Corral García, E., “El derecho a la reproducción humana ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 38, 2013, pp. 45-69.

De Verda y Beamonte, J. M., “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 4, 2016, pp. 349-357 (disponible en: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/52732/349-357.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; última consulta: 26/04/2020).

Díaz Fraile, J.M., “La Gestación por Sustitución ante el Registro Civil Español, Evolución de la Doctrina de la DGRN y de la Jurisprudencia Española y Europea”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 6, n.º 1, 2019 (disponible: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/401/329>; última consulta: 22/03/2020).

Durán Ayago, A., “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución”, *Bitácora Millennium Derecho Internacional Privado*, nº 2, 2016 (disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-26-una-encrucijada-judicial-y-una-reforma-legal-por-hacer-la-%20gestacion-por-sustitucion>; última consulta: 22/03/2020).

Farnós Amorós, E., Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

Gil Pérez, C., González Cruz, A., González Jiménez, A., González Martín, T., González Mendo, P., Guerra Blanco, D. F., Herrero Aguirre, L., Ibáñez Tamayo, A., López Valle, M., Marcos Vázquez, A. y Moreno Salas, F. J., “Determinación de la Filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Especial Referencia a la Gestación por Sustitución Transfronteriza”, 2017, p. 62 (disponible en: https://gedos.usal.es/bitstream/handle/10366/136975/DDP_Wikifiliaci%c3%b3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y; última consulta: 29/03/2020).

Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998 (disponible en: <https://www.academia.edu/6574051/28490884-El-Concepto-de-Derecho-Herbert-Hart>; última consulta: 02/03/2020).

Heredia Cervantes, I., en Benavente Moreda P. y Farnós Amorós E., “Treinta años de Reproducción Asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y

actual”. *Boletín Ministerio de Justicia*. Madrid, nº 2179, 2015, pp. 339-396 (disponible en: <https://docplayer.es/16119549-Boletin-del-monografico-treinta-anos-de-reproduccion-asistida-en-espana-una-mirada-interdisciplinaria-a-un-fenomeno-global-y-actual.html>; última consulta: 22/03/2020).

Lamm, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universitat de Barcelona. Publicacions i Edicions, Barcelona, 2015.

Lamm, E., “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, 2016, pp. 61-107 (disponible en: <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/viewFile/14368/15395>; última consulta: 26/04/2020).

López Guzmán, J. y Aparisi Miralles, A.: “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, vol. 23, nº 2, 2012, pp. 253-267.

Núñez-Cortés Contreras, P., *La maternidad. Nuevas realidades en el derecho de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 66.

Pérez Monge, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Centro de estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002, p. 329.

Vela Sánchez, A. J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 7608, 2011 (disponible en: https://laleydigital.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAA AAAEAC2OQW-DMAyFfw25oKGka6E95ALsMIINU4t2N8GCaCxhiWHl3y8ZtfTJfvaTnn8WdFuLd5K1Bqdt2kDa4JYcVGqShfMO0iLn56gPXIjY5zlLxVOeMb8Za7Zv2boFGUHnpeA8KVREBJ4Dx0AeOAcucc8ZKFpqq2SIs56xRY6mTPrenTlJkjSzBd0YfRj_b3HVY9AGlrSnB7mu57Wbc8lDgdL6eCreh8MMhPPaAhZKMexiZAux-8176yhpydXnv50ln71dbVvm-3GeUbEuzyCmbAGI3glPgBQdxG66jRnjLw8_1xKReikNiRufIrpqbQayCsYELTP379A2myAXtiAQAAWKE; última consulta: 29/04/2020).

Vela Sánchez, A.J., “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, nº 8415, 2014 (disponible: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4853154>; última consulta: 13/04/2020).

Vela Sánchez, A.J., “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, nº 7621, 2011, pp. 5-15.

Vila-Coro Vázquez, A., en Benavente Moreda P. y Farnós Amorós E., “Treinta años de Reproducción Asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual”, *Boletín Ministerio de Justicia*. Madrid, nº 2179, 2015, pp. 283-300.

Xavier O'Callaghan Muñoz, “La DGRN dicta Resolución remitiendo a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *LA LEY Derecho de familia, Editorial LA LEY* (disponible en: [#### 4. RECURSOS DE INTERNET](https://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcpIVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIHz9-fB8_IorZ7LMXpzv07H967-Dg4S-8zOumqJaf_WRxs_bHH8X59dPq-mb61X-2XIWNvkvXGRtm9efPX_-LFvoH79Xfv3Zq9OfPHv95vgX5pOqehtA_f0V2v8DtLS57m4AAAA=WKE; última consulta 22/03/2020).</p></div><div data-bbox=)

Asociación por la Gestación Subrogada en España, “Manifiesto a favor de la legalización y regulación de la gestación subrogada en España” (disponible en: <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/manifiesto>; última consulta: 25/04/2020).

Cerdà, J., “Proposición de ley de gestación subrogada”, *Asociación por la Gestación Subrogada en España* (disponible en: http://www.xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/images/PDF/Proposicion_de%20ley.pdf; última consulta: 25/04/2020).

Comité de Bioética de España, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada” (disponible en:

http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf; última consulta: 25/04/2020).

“El TEDH declara contraria al Convenio Europeo de los derechos humanos la negativa a reconocer la filiación a los hijos nacidos de vientre de alquiler”, *Noticias Jurídicas*, 2014 (disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3900-el-tedh-declara-contraria-al-convenio-europeo-de-los-derechos-humanos-la-negativa-a-reconocer-la-filiacion-a-los-hijos-nacidos-de-vientre-de-alquiler/>; última consulta: 28/03/2020).

Grupo Fide-Fundación Garrigues, “Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada”, 2018 (disponible en: <https://www.fidefundacion.es/attachment/1085483/>; última consulta: 12/04/2020).

Grupo Parlamentario Ciudadanos, “Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, nº 145-1, serie B, 8 de septiembre de 2017, pp. 1-12 (disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF; última consulta: 25/04/2020).

Dirección General de Políticas Internas del Parlamento Europeo, *El régimen de subrogación en los Estados Miembros de la UE*, Departamento Temático C: Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, 2013, p. 8 (disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf); última consulta: 02/03/2020).

VII. LISTADO DE ABREVIATURA

CC – Código Civil

CE – Constitución Española

CEDH – Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales

CIEC – Comisión Internacional del Estado Civil

CHDP – Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

DGRN – Dirección General de los Registros y el Notariado

GS – Gestación por sustitución

Fide – Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa

JPI – Juzgado de Primera Instancia

LRC – Ley del Registro Civil

LTRHA – Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

PBO – *Pre-Birth Order*

RC – Registro Civil

RRC – Reglamento del Registro Civil

STS – Sentencia del Tribunal Supremo

TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS – Tribunal Supremo

UE – Unión Europea

Vol. – Volumen