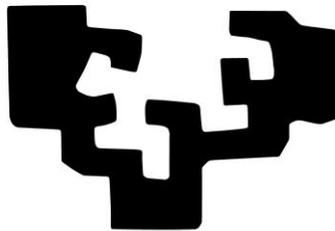


eman ta zabal zazu



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea

**Grado en Derecho**

**Año académico 2014-2015**

**LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ANÁLISIS DESDE LA  
ÓPTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

**Trabajo realizado por: Iñigo Múgica Gortázar**

**Dirigido por: Juan José Álvarez Rubio**



## ÍNDICE.

<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>7</b>
<b>II. ESTUDIO COMPARADO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....</b>	<b>10</b>
1. <i>Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: nulidad de pleno derecho de la técnica de gestación por sustitución. ....</i>	10
2. <i>Filiación por vía de adopción como alternativa. ....</i>	12
3. <i>Gestación por sustitución en el extranjero: derecho internacional privado y filiación. ....</i>	16
4. <i>Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (18 de febrero de 2009). ....</i>	17
5. <i>Sentencia del Juzgado de primera instancia nº 15 de Valencia del 15 de septiembre de 2010 (nº 193/2010). ....</i>	19
6. <i>Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (5 de octubre de 2010). ....</i>	21
A) <i>Visión crítica en torno a la Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado:.....</i>	23
7. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia del 23 de noviembre de 2011 (nº 826/2011). ....</i>	25
8. <i>Sentencia del Tribunal Supremo del 6 de febrero de 2014 (nº 835/2013).         27</i>	
<b>III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. ....</b>	<b>30</b>
1. <i>Introducción al concepto de interés del menor. ....</i>	30
2. <i>Interés del menor como concepto jurídico indeterminado. ....</i>	31
3. <i>Interés superior del menor como principio constitucional y principio general de derecho privado. ....</i>	32
4. <i>Enfoque jurisprudencial. ....</i>	33
A) <i>Sentencia 835/2013 del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014: 33</i>	

B) La Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 26 de junio de 2014:.....	34
--	----

**IV. ANÁLISIS NORMATIVO. DERECHO COMPARADO Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL..... 37**

1. <i>La dimensión del Orden público internacional: régimen jurídico del artículo 12.3 del Código Civil.</i> .....	41
--	----

2. <i>Análisis normativo comparado: Prohibición de la gestación por sustitución en la UE.</i> .....	42
---	----

A) Francia:.....	43
------------------	----

B) Alemania: .....	44
--------------------	----

C) Italia: .....	45
------------------	----

3. <i>Estados que admiten la gestación por sustitución.</i> .....	45
---	----

A) Sistema del Reino Unido: gestación por sustitución a título gratuito. ..	45
---	----

B) Admisión amplia: India.....	48
--------------------------------	----

4. <i>Análisis específico sobre gestación por sustitución en EEUU.</i> .....	50
--	----

A) Estados con legislación específica sobre gestación por sustitución: .	50
--	----

B) Estados sin legislación específica sobre la materia pero con precedentes jurisprudenciales:.....	52
---	----

C) Estados sin legislación ni jurisprudencia sobre gestación por sustitución: 53	
--	--

5. <i>Repercusión en los ordenamientos internos estatales de la decisión del TEDH.</i> 53	
---	--

**V. CONCLUSIONES..... 58**

1. <i>Sobre la proyección de la excepción de orden público al ámbito de gestación por sustitución.</i> .....	58
--	----

2. <i>Sobre el concepto y repercusión práctica del interés del menor.</i> .....	58
---	----

3. <i>La dimensión comparada de la institución de gestación por sustitución.</i> 58	
---	--

4. <i>Reconocimiento y ejecución: la figura del exequátur y su proyección sobre esta materia.</i> .....	59
---	----

5.	<i>La orientación del Tribunal Supremo español.....</i>	59
6.	<i>La repercusión y alcance de la Decisión del TEDH.....</i>	59
7.	<i>Perspectiva sobre la evolución futura de la normativa sobre esta institución.</i>	60

**VI. BIBLIOGRAFÍA..... 61**

1.	<i>Manuales.....</i>	61
2.	<i>Revistas.....</i>	62
3.	<i>Legislación.....</i>	63
4.	<i>Jurisprudencia.....</i>	64
5.	<i>Páginas web.....</i>	64



## I. INTRODUCCIÓN.

Vivimos tiempos realmente dinámicos y de permanentes cambios en los que diferentes esferas de la sociedad avanzan a velocidades impensables hace apenas unos años. El desarrollo se manifiesta en ámbitos dispares, tales como: el tecnológico, médico, social, político y, por supuesto, el jurídico. Si algún campo puede dar fe de esta incesante transformación, no es otro que el de las relaciones familiares y, por ende, las consecuencias que se derivan y trascienden en innovaciones en el derecho de familia.

La continua evolución provoca que en la sociedad de nuestros días convivan distintos modelos de familia. Esta variedad viene dada por la diversificación de los modelos relacionales y de las aspiraciones personales de los individuos, que, a su vez, conllevan la aparición de problemas inéditos hasta ahora y, lo que es más importante, obligan a los poderes públicos a actuar bajo enfoques completamente nuevos.

Focalizando en las técnicas de reproducción asistida y el derecho de filiación derivado de las mismas, no puedo dejar de referirme a los significativos progresos científicos que han posibilitado el desarrollo de técnicas que disuelven el clásico binomio conformado por reproducción humana y sexualidad. Y es que, estas técnicas permiten llevar a cabo el fenómeno reproductor humano sin necesidad de que tenga lugar el ejercicio de la sexualidad. Consecuentemente, este nuevo escenario se configura como la base de un gran número de cambios.

Como vemos, tanto el desarrollo tecnológico, como el médico, han revolucionado los fundamentos de la reproducción humana y la filiación derivada de la misma, así como las herramientas de las que el operador jurídico podrá disponer para desenvolverse en este nuevo marco. Sin embargo, existe un complejo debate en torno a los medios de los que debe disponer el Derecho: ¿Se debe legislar en la materia o no? En qué plano debe llevarse a cabo esta tarea legislativa ¿civil, penal, constitucional, administrativa?, ¿Debemos esperar a que existan suficientes precedentes jurisprudenciales que puedan allanar la tarea legislativa?

Además, como podrá comprobarse a lo largo del presente trabajo, el mayor número de cuestiones se suscita en relación al establecimiento de la filiación de todos

los nacidos mediante el empleo de esta técnica de reproducción humana asistida, y la preceptiva inscripción registral derivada de dicha filiación. No obstante, las controversias en torno a la materia van más allá, dado que se extienden a juicios relativos a la idoneidad ética de muchos de los aspectos que envuelven el desarrollo de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida: ¿Provoca la gestación por sustitución efectos negativos en el niño? ¿Podrá el menor tener derecho a conocer su verdadero origen? ¿Debe aceptarse la gestación con fines comerciales o sólo con fines altruistas?; en caso de ser aceptada únicamente con fines altruistas, ¿cómo fijar una cuantía en forma de “compensación razonable” a percibir por la gestante? ¿Constituiría esta compensación un menoscabo de los derechos de la gestante o conduciría a la explotación de la misma? Como vemos, no son pocos los interrogantes que surgen en torno a la materia.

Las páginas que siguen a esta introducción también harán referencia de forma pormenorizada a cuestiones relativas al interés superior del menor configurado como un principio de rango constitucional. El mismo, vendrá conceptualizado como un modelo o *standard* jurídico que, reforzado por su carácter constitucional, desarrollará una importante labor interpretativa y modeladora de la actividad del operador jurídico. En los casos en los que esta actividad entre en conflicto con los intereses del menor, deberá intervenir este principio de rango constitucional en harás de proteger al menor frente a cualquier perjuicio que pueda derivarse de aquellas actuaciones que no se ajusten a los valores de orden, justicia y razonabilidad.

En cualquier caso, el estudio que a continuación se desarrolla no podría entenderse sin ser conectado, de una u otra forma, con el concepto de orden público internacional. Esta figura resulta ser decisiva para entender el conflicto surgido en torno a la gestación por sustitución y sus efectos por un lado, y el acceso a los Registros de las filiaciones determinadas por autoridades competentes extranjeras, por otro. Todo ello con las filiaciones llevadas a cabo por la vía alternativa de la adopción como telón de fondo. Como veremos, la denegación del acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un convenio de gestación en favor de los comitentes y determinado al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero, plantea un problema de discontinuidad dado que, esta situación jurídica que en principio debería ser resuelta por las normas

españolas de Derecho internacional privado, no encuentra una solución satisfactoria para ambas partes.

Es precisamente la excepción de orden público internacional la que, como comprobaremos, actúa como dique de contención frente a la trasposición y aplicación de legislaciones extranjeras en nuestro propio ordenamiento. Esta excepción o cláusula de orden público internacional se fundamenta en el conjunto de principios inspiradores del ordenamiento jurídico y, por consiguiente, reflejará los valores esenciales de una sociedad que, como vemos, deberán ser protegidos frente a la aplicación de legislaciones extranjeras respecto de las cuales existan dudas sobre su legalidad conforme a la propia legislación.

En definitiva, este trabajo se propone arrojar cierta luz sobre todos estos interrogantes, profundizando en un análisis pormenorizado de las diferentes corrientes legislativas y jurisprudenciales en torno a la materia, poniendo especial énfasis en la conjunción del respeto del orden público y las libertades individuales. Esto es, la armonía entre la legislación vigente y los derechos e intereses de los individuos que intervengan en el desarrollo de la gestación por sustitución.

## II. ESTUDIO COMPARADO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

### *1. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: nulidad de pleno derecho de la técnica de gestación por sustitución.*

La gran cuestión pendiente en nuestro ordenamiento jurídico, no es otra que la de la inevitable regulación de la gestación por sustitución, atendiendo de manera especial a la cuestión relativa a la calificación de la filiación. Por esto, los legisladores de los diferentes países deben pronunciarse sobre el tratamiento legal que dispensarán a esta realidad social cada vez más extendida y utilizada. Sin embargo, lejos de confeccionar una respuesta homogénea y verdaderamente común e internacional que sea capaz de fijar una serie de presupuestos uniformes que atiendan al respeto tanto del orden público, como de los derechos y libertades individuales, los legisladores de los diferentes Estados han optado por establecer unilaterales respuestas normativas tan heterogéneas como dispares.

La respuesta del legislador español ha sido tan inadaptada a la evolución de los tiempos y la diversificación de las relaciones, como incompleta atendiendo a la necesidad de actuación de los poderes públicos bajo nuevos enfoques jurídicos. Y es que, en nuestro Derecho rige un modelo basado en el predominio de la verdad biológica<sup>1</sup>. Esto es, el criterio básico para la determinación de la filiación será el biológico, sin embargo, no será el único criterio en el ámbito jurídico; dado que también podrá determinarse la filiación por adopción o por el empleo de técnicas de reproducción asistida<sup>2</sup>.

Debe hacerse referencia a los instrumentos jurídicos que desarrollan la respuesta adoptada por el legislador en esta materia. De esta forma, cuando hablamos de gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español, resulta imprescindible hacer

---

<sup>1</sup> P. Blanco-Morales Limones, “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, artículo inédito.

<sup>2</sup> Arts. 7,8 y 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

referencia a la Ley 14/2006, de 26 de mayo<sup>3</sup>, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA). Atendiendo a su contenido, debemos remitirnos a su décimo artículo en el que se 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.

Este precepto resulta determinante dado que declara nulo de pleno derecho el contrato mediante el cual se acuerda, a cambio o no de contraprestación económica, la gestación por parte de una mujer que posteriormente, una vez se produzca el nacimiento, deberá renunciar a la filiación biológica materna a favor del contratante o comitente. En definitiva, podemos concluir que la norma adopta a todas luces una postura contraria a la posibilidad de llevar a cabo la gestación por sustitución. Al declarar nulos todos aquellos acuerdos celebrados en virtud de la misma.

Respecto del segundo apartado del artículo cabe reiterar que, atendiendo a la línea expuesta previamente, podemos comprobar cómo el legislador español opta por la vía del predominio de la verdad biológica a la hora de determinar la filiación del recién nacido. O lo que es lo mismo, el legislador español se ciñe al principio “*mater semper certa est*”, según el cual la maternidad siempre se conoce con certeza y se determina por el parto. De manera que el origen del material biológico es irrelevante para el Derecho español en lo que a la determinación de la maternidad respecta. En palabras de Roncesvalles Barber Cárcamo, el legislador español ha optado por la biología del nacimiento, y no por la de la concepción<sup>4</sup>.

Como consecuencia, la LTRHA opta por la teoría de la preferencia de la gestante conforme a la cual la maternidad quedará definida por la gestación y determinada por el parto. Resulta incuestionable la importante influencia que la

---

<sup>3</sup> BOE núm. 126, de 27/05/2006.

<sup>4</sup> M<sup>a</sup>. Roncesvalles Barber Cárcamo, *La filiación en España: Una visión crítica*, Pamplona, Aranzadi, 2013, pp. 131-147.

“*Comisión Palacios*” ejerció sobre la legislación española<sup>5</sup>. Los parlamentarios integrantes de la citada comisión concluyeron que el componente de gestación tenía mayor importancia que el aspecto genético de la maternidad. Por ello, a pesar de las diferentes modalidades de establecimiento de la filiación (filiación natural, adopción y técnicas de reproducción asistida), la citada comisión parlamentaria se inclinó por la primacía biológica de la maternidad gestacional sobre la genética, siendo por lo tanto considerada como madre legal la madre gestante. Siguiendo esta línea, una gran parte de la doctrina se postula a favor de la determinación de la maternidad a través de la gestación. Dentro de esta corriente se sitúan, entre otros, Lledó Yagüe<sup>6</sup> quien considera que el componente gestacional prevalece sobre el genético.

Respecto del tercer apartado del analizado artículo décimo de la LTRHA, su lectura suscita muchos interrogantes y reflexiones, ya que, una vez proclamada la preponderancia del componente gestacional respecto del genético a la hora de proceder a la determinación de la filiación del recién nacido, este tercer apartado vuelve a transitar por la vía de la determinación de la filiación del mismo por genética paterna y, la consiguiente, filiación adoptiva. En cualquier caso, esta filiación paterna no se producirá de forma automática, sino que operará a través de la acción judicial de reclamación de paternidad. Por lo tanto, vendrá dada a través de las acciones reguladas en los artículos 764 LEC y siguientes.

Asimismo, al contrario de lo que sucede con las legislaciones de otros Estados que veremos posteriormente, resulta destacable el hecho de que la legislación española no haga referencia, ni contemple sanción alguna para los intermediarios intervinientes en los contratos celebrados con objeto de la gestación por sustitución.

## *2. Filiación por vía de adopción como alternativa.*

Tal y como he señalado previamente el décimo artículo de la LTRHA se inclina por la tajante y equivocada prohibición de acudir a técnicas de procreación asistida.

---

<sup>5</sup> Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana, aprobado en el pleno del Congreso de los Diputados sesión del 10 de abril de 1986. (C06Z0002) 1987, ISBN: 84-505-5202-8. Presentado el 20/09/1984.

<sup>6</sup> F. Lledó Yagüe, *Fecundación artificial y derecho*, Tecnos, Madrid, 1998.

Pero es que, además, concibe la determinación de la filiación desde el punto de vista gestacional. Así, la maternidad se comprenderá definida por la gestación y determinada por el parto. De esta forma, una vez se establece el predominio del componente gestacional, quedando determinada por el parto la filiación de los nacidos mediante el empleo de estas técnicas, resulta ciertamente sorprendente la posibilidad que la propia norma deja abierta para que se pueda llevar a cabo la filiación sobre la base del criterio de la adopción, contenido en el tercer apartado del artículo.

Conforme a la posibilidad que el último apartado del artículo deja abierta podría darse el hecho de que la madre gestante a la cual, según la legislación española, le correspondería la maternidad, entregara a la pareja o sujeto individual comitente el niño en adopción. Este hecho debería ser contemplado a todas luces como una ficción jurídica establecida con el objetivo de eludir la prohibición tajante establecida por el legislador español en materia de sustitución gestacional.

No cabe pasar por alto el hecho de que la adopción llevada a cabo por parte del cónyuge del sujeto comitente, constituiría una ficción legal según la cual entre adoptante y adoptado se establecería un vínculo paterno-filial con los mismos efectos legales que la filiación en sentido estricto, y que, aun ateniéndose a lo dispuesto por el tercer apartado del décimo artículo de la LTRHA, vulneraría el objetivo principal del legislador español, esto es, la prohibición de llevar a cabo la gestación por sustitución.

Este contradictorio resultado no es sino un indicativo más del incorrecto proceder, desde mi punto de vista, del legislador español a la hora de regular la materia de gestación por sustitución. Y es que, además de no llevar a cabo una actividad reflexiva y coherente sobre las necesidades sociales a regular, se limita a declarar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, dejando a los niños gestados por subrogación en una situación de clara incertidumbre jurídica. De esta manera, quedan sin resolver conflictos de intereses entre las partes de no poca relevancia, como sería el caso de los cambios de opinión de la madre subrogada que, tras el parto, se niega a entregar al nacido<sup>7</sup>. Como consecuencia de esto, cuando nos encontremos ante adopciones conjuntas que vayan a ser llevadas a cabo por la pareja

---

<sup>7</sup> P. Blanco-Morales Limones, loc. cit. nota 1.

comitente siguiendo la vía abierta por el tercer apartado del décimo artículo de la LTRHA, deberemos ser conscientes de la importante disputa doctrinal suscitada en torno a las mismas.

Por un lado, existe la postura doctrinal que considera lícita la ficción legal en virtud de la cual la pareja comitente obtendría la filiación del menor. Y es que, sus partidarios argumentan que la figura legal de la adopción se encuentra plenamente integrada en nuestro ordenamiento jurídico, siendo, además, el propio apartado tercero del artículo diez de la LTRHA el que abre esta vía, únicamente condicionado por el segundo apartado del mismo artículo en cuanto que, en caso de producirse conflicto de intereses entre madre gestante y biológica, sería la primera la que haría valer su prevalencia a la hora de determinar la maternidad.

En esta línea, algunos juristas como Vidal Martínez<sup>8</sup> defienden la que denominan vertiente de la *maternidad de deseo* que únicamente puede ser convertida en real siguiendo los cauces de la adopción, siempre salvaguardando el interés superior del menor. De esta forma, algunos autores defienden que el sujeto comitente pueda llevar a cabo la acción de reclamación de paternidad para, posteriormente, proceder a una *adopción conjunta preferente* junto con su pareja, conforme al segundo apartado del artículo 176 del Código Civil, en el que se decreta lo siguiente:

Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes (...). No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- Ser hijo del consorte del adoptante.

Esta adopción conjunta conduciría a una filiación biológica por vía de adopción de los sujetos comitentes, respecto del nacido mediante el empleo de técnicas de reproducción humana asistida. De esta manera, autores como Garrido Chamorro consideran que a los adoptantes, o sujetos comitentes en este caso, les asiste un *derecho*

---

<sup>8</sup> J. Vidal Martínez, *Las nuevas formas de reproducción humana: estudio desde la perspectiva del Derecho Civil español*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 191.

*a adoptar*, por cuanto esa forma de acceso a la paternidad, podría constituir un elemento esencial de los derechos e intereses del propio menor<sup>9</sup>. En vista de lo expuesto podemos concluir que el legislador español allana el camino a las adopciones preferentes o por consentimiento especial.

Sin embargo, existe otra corriente doctrinal frontalmente opuesta a la recientemente expuesta. Los detractores de la denominada adopción preferente cuestionan la idoneidad de esta ficción jurídica que, según ellos, conduce en última instancia precisamente a aquello que la legislación prohíbe realizar directamente, o lo que es lo mismo, se produciría un *fraude legis*, tipificado como tal en el artículo 6.4 del Código Civil<sup>10</sup>.

Precisamente, Roncesvalles Barber Cárcamo apunta que el supuesto de adopción por filiación biológica presenta diversos aspectos a criticar. A su parecer, esta figura presenta muchas más similitudes con la adopción en sentido estricto que con la filiación natural, a cuya sede, según su opinión, no se debería haber reconducido<sup>11</sup>. El autor defiende que desde el punto de vista de la práctica jurídica, la voluntad como fuente de filiación únicamente puede encontrar acogida lógica en sede de adopción.

En cualquier caso, el *derecho a adoptar* que mencionábamos antes, debe ser entendido más bien como el derecho a formular la solicitud de adopción correspondiente en el marco de un proceso de adopción. Sería en este escenario en el que tendría cabida el interés superior del menor, dado que se determinaría la constitución de la adopción en función del mismo. Y es que, precisamente la adopción se confecciona como una institución para protección de los menores necesitados de una

---

<sup>9</sup> P. Garrido Chamorro, *Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción, Instituciones de Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 820.

<sup>10</sup> Artículo 6.4 del Código Civil: “*Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.*”

<sup>11</sup> M<sup>a</sup>. Roncesvalles Barber Cárcamo, op. cit. nota 4, pp. 143.

integración definitiva en un entorno familiar que permita su desarrollo personal<sup>12</sup>, y no como un instrumento al servicio de la satisfacción de los deseos de los adoptantes.

Por consiguiente, vemos como la Convención y el resto de los instrumentos internacionales configuran el interés superior del menor como el elemento central que debe preservarse en el contexto de las adopciones internacionales. El deseo de los adoptantes por constituir la filiación, no implica que estos ostenten ningún derecho a lograr tener un niño por vía de la adopción; hecho que choca frontalmente con los postulados de la adopción por consentimiento especial a favor de los comitentes.

Por último, conviene no dejar de lado las disposiciones contenidas en la Ley de Adopción internacional<sup>13</sup>. El artículo quinto de la misma contiene las previsiones relativas a la intervención de las Entidades Públicas competentes en los procesos de adopción, siempre con el cometido de salvaguardar el interés superior de los menores.

### *3. Gestación por sustitución en el extranjero: derecho internacional privado y filiación.*

Como hemos podido ver previamente, con independencia de las discusiones doctrinales suscitadas en torno a si debe ser admitida la gestación por sustitución o no, si se trata de un contrato nulo o no, o si es válida la adopción que se desliza de la aplicación del artículo 10.3 LTRHA, lo que está claro es que el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 declara, tajantemente, que el acuerdo de subrogación será un contrato y que, además, será nulo de pleno derecho. Sin embargo, la respuesta del legislador español no ha sido todo lo acertada que cabría esperar, y es que la prohibición no impedirá que aquellos que así lo deseen puedan acudir a técnicas de gestación por sustitución en el extranjero.

---

<sup>12</sup> Artículo 21 de la Convención de los Derechos del Niño: “*Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna*”.

<sup>13</sup> Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

Siendo la maternidad subrogada una técnica de reproducción asistida bastante extendida y, existiendo previsiones de que en el futuro aumente el número de españoles que acudan a países donde esté permitida, rehusar el debate o refugiarse en el positivismo jurídico en lugar de construir respuestas adecuadas resulta ciertamente desacertado. Los conflictos surgen con la aplicación del artículo 10 LTRHA a supuestos de reproducción asistida que tienen lugar más allá de nuestras fronteras, concretamente, en aquellos Estados con legislaciones mucho más permisivas que la nuestra. Esto es lo que, en la práctica, se ha venido denominando *turismo reproductivo*.

El primer caso que puso de relieve la problemática generada por el hecho de que ciudadanos españoles recurran a técnicas de gestación por sustitución en el extranjero se inició con la pretensión de un matrimonio de españoles formado por dos varones, de inscribir como hijos suyos a dos gemelos nacidos en California mediante el empleo de técnicas de gestación sustitutoria. Si bien es cierto, en la práctica, este no fue el primer caso en el que una pareja española recurría a la permisividad de legislaciones extranjeras a la hora de celebrar contratos de maternidad subrogada. De hecho, venían sucediéndose, cada vez con mayor asiduidad, casos de matrimonios que conseguían la transcripción de las actas de nacimiento extranjeras en el Registro Civil español, mediante una simulación de filiación natural, esto es, omitiendo la utilización de técnicas de gestación por sustitución.<sup>14</sup>

Sin embargo, en el caso que señalaba, el cual supuso un detonante de la doctrina registral, el Registro Consular de España en California denegó la inscripción con fundamento en la nulidad del contrato de maternidad por sustitución.

#### *4. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (18 de febrero de 2009).*

Posteriormente, tras el recurso presentado por la pareja a la cual se le había denegado la inscripción en el Registro Civil consular de California, la Dirección General de Registros y Notariado (ente estrechamente unido a la Subsecretaría del

---

<sup>14</sup> <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/> Este blog recoge una serie de testimonios anónimos de parejas heterosexuales que reconocen haber registrado a sus hijos mediante simulación de paternidad biológica, habiendo nacido éstos realmente gracias al empleo de técnicas de gestación por sustitución.

Ministerio de Justicia), decidió estimar<sup>15</sup> el recurso presentado por los varones, revocando así el auto y ordenando la práctica de la inscripción.

La DGRN argumentaba focalizando principalmente en el hecho de que no se trataba de un caso en el que debiera determinarse una filiación, tal y como había entendido previamente el Registro Civil consular, sino que en este caso concreto la filiación de los mellizos ya había sido determinada en otro país (EEUU), por lo que únicamente debía producirse el acceso de una filiación previamente determinada en el extranjero al Registro español. Es por esto por lo que la DGRN consideraba que en aplicación del artículo 81 RRC<sup>16</sup>, el encargado del Registro Consular únicamente debía limitarse a controlar los requisitos formales del título, es decir, constatar que se trata de un documento público autorizado por una autoridad registral extranjera con funciones equivalentes a las españolas.

Nos situamos aquí ante una de las claves en relación a la inscripción en el Registro español de todos aquellos nacimientos acontecidos en el extranjero a través del empleo de técnicas de reproducción asistida. Gran parte de la doctrina considera que la clave se encuentra en la valoración a realizar sobre las certificaciones registrales extranjeras en el Registro Civil español. Esta corriente doctrinal apuesta decididamente por la valoración de estas certificaciones registrales extranjeras, no a través del derecho sustantivo español, tampoco a través de la aplicación de normas de conflicto españolas, sino mediante normas específicas que disciplinan el acceso efectivo de las certificaciones registrales extranjeras al Registro español. Este es el caso del anteriormente citado artículo 81 del RRC.

La clave reside en advertir que al existir una decisión extranjera o certificado registral, el acceso al Registro español debe configurarse como una cuestión de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España y no como una cuestión de derecho aplicable, tal y como en primera instancia entendió la oficina consular de California.

---

<sup>15</sup> Resolución DGRN (1ª) de 18 de febrero de 2009. BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2008.

<sup>16</sup> Artículo 81 RRC: “*El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales*”.

Además, debo subrayar que la DGRN argumentaba, en segundo lugar, a favor de la filiación homoparental. Considera que no existe ningún tipo de vulneración del orden público internacional español a la hora de admitir la filiación de los gemelos nacidos en California cuya filiación corresponde a dos sujetos varones. Señala, para mayor concreción, que deberá admitirse esta filiación correspondiente a una pareja homosexual masculina, dado que en Derecho español está permitida la filiación registral a favor de dos mujeres<sup>17</sup>. En caso de no ser admitida se estaría incurriendo en un flagrante caso de discriminación por razón de sexo, claramente prohibido por nuestra Constitución<sup>18</sup>.

De igual forma, uno de los argumentos de mayor peso esgrimidos por la DGRN se fundamenta en, el muchas veces discutido, interés superior del menor. La DGRN considera contrario a este interés la falta de filiación del menor cuando éste ya se encuentra en territorio español. Entendiendo el interés superior del menor como su derecho a una identidad única, la inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil español constituiría la vía más rápida y efectiva para salvaguardar ese interés superior en el caso que nos ocupa.

En definitiva, resumiendo el contenido de la argumentación empleada por la DGRN, podemos concluir que no se ha producido fraude de ley. Puesto que los interesados o parejas que hayan recurrido a esta técnica, lejos de incurrir en el conocido como *Forum Shopping*, recurren a normas de Derecho internacional privado español, como lo es el artículo 81 RRC.

##### *5. Sentencia del Juzgado de primera instancia nº 15 de Valencia del 15 de septiembre de 2010 (nº 193/2010).*

El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia estimó, a través de su Sentencia núm. 193/2010, la demanda formulada por el Ministerio Fiscal contra la

---

<sup>17</sup> Art. 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”.

<sup>18</sup> Art. 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

resolución de la DGRN, dejando sin efecto la inscripción practicada y debiendo procederse a su efectiva cancelación. En la demanda, el MF solicitaba que se dictara una sentencia por la que se declarara que, al infringirse directamente un precepto incluido en la Ley Española<sup>19</sup>, el contenido de la Resolución de la DGRN era contrario al orden público español y, por consiguiente, que no procedía el acceso al Registro Civil español de los hechos en su virtud inscritos.

La sentencia declara que en aplicación del artículo 23 LRC, la certificación extranjera será inscribible “siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”. Por lo tanto, el encargado del Registro Civil Consular deberá, de acuerdo con el art. 23 LRC, examinar la legalidad conforme a la ley española del certificado extendido en Registro extranjero con carácter previo a su inscripción en el Registro Civil español.

En atención a esto, cabe recordar que la DGRN ponía especial énfasis en el hecho de que el Registro Civil consular debía ceñirse a lo dispuesto en el propio Reglamento del Registro Civil, concretamente en su artículo 81, en orden a permitir el acceso al Registro español de una filiación previamente determinada en el extranjero. Si bien es cierto, la sentencia argumenta que no es posible perder de vista el hecho de que el citado artículo 81 del Reglamento del Registro Civil se configura como un reglamento que desarrolla otra norma de rango superior, a saber, la Ley del Registro Civil, en cuyo artículo 23 se especifica textualmente que “las inscripciones 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”.

Por consiguiente, podemos determinar que esto implica, en opinión del juez, la necesidad de establecer un control no solo formal, sino también material respecto de las certificaciones que consten en Registro extranjero. Por lo tanto, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia insiste en la importancia de establecer un control respecto de la realidad del hecho inscrito en el Registro extranjero, en orden a lograr

---

<sup>19</sup> Artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

preservar los bienes jurídicos regulados por la legislación nacional. Es decir, se exige que el encargado del Registro compruebe que si el hecho hubiera ocurrido en España sería legal conforme al artículo 10 de la LTRHA.

Por otro lado, el titular del juzgado considera infundadas las alusiones de la Resolución de la DGRN en relación a la violación del artículo 14 de la CE. La Sentencia defiende que la negativa a la realización de la inscripción en ningún caso puede ser tenida como discriminatoria, puesto que no se basa en la condición de varones de los solicitantes, sino en la naturaleza del contrato de gestación pos sustitución. El cual entiende el Juzgado, es celebrado en fraude de ley.

Finalmente, en alusión al argumento defendido por la DGRN en el que hacía referencia a la necesidad de la inscripción de la certificación registral extranjera en el registro civil español en orden a preservar el interés superior de los menores; el juez, a pesar de coincidir en que el interés superior de los menores aconsejaba la inscripción de su doble paternidad en España, hace remisión a la adopción apuntando que “el ordenamiento jurídico español tiene medios suficientes para conseguir la concordancia del registro español y el extranjero y que los menores consten a nombre de los dos varones casados”. Afirmando además: “el resultado debe conseguirse a través de las vías que el Derecho español establece”.

Tras todo lo expuesto anteriormente, el Magistrado de Primera Instancia dictó en el fallo de la Sentencia que “estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, debo dejar sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles y proceder a su cancelación”.

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

Después de la analizada sentencia y ante el incremento de casos en los que se solicitaba la inscripción en los registros consulares de menores nacidos a partir del empleo de técnicas de gestación por sustitución, la DGRN se vio obligada a intervenir

mediante la instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.<sup>20</sup>

De esta forma, rectificando su anterior criterio sobre el régimen registral de la filiación, la DGRN establece una serie de directrices uniformes que atribuyen a los encargados del Registro Civil unas pautas para la calificación de las solicitudes de inscripción de nacidos por técnicas de gestación por sustitución realizadas por ciudadanos españoles en el extranjero. La propia Dirección General de los Registros y del Notariado manifiesta que su instrucción va encaminada a “atender la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor”.

Sin embargo, esta afirmación no puede esconder las claras deficiencias del anterior criterio empleado por la DGRN frente a las inscripciones de menores nacidos en el extranjero mediante el empleo de técnicas de gestación por sustitución. Basándonos en el nuevo criterio, la DGRN considera imprescindible la presentación de la resolución judicial extranjera determinante de la filiación del nacido, junto con el auto de *exequátur*, para así poder proceder efectivamente a la inscripción del menor en el registro nacional.

De esta manera, la Instrucción de la DGRN decreta la existencia de una resolución judicial extranjera como elemento necesario para que pueda producirse el acceso al Registro de la inscripción registral extranjera. Por consiguiente, junto a la solicitud de inscripción de nacimiento, resultará obligatoria la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial que determine la filiación del nacido y que esté dictada por tribunal extranjero competente.

Sin embargo, existe una salvedad, y es que, si la resolución judicial extranjera determinante de la filiación del nacido procediera de un procedimiento similar a la jurisdicción voluntaria española, la inscripción no quedaría supeditada a la obtención de reconocimiento judicial por homologación, sino que el encargado del Registro Civil debería encargarse del control incidental de la misma. Este control deberá responder a

---

<sup>20</sup> BOE n°243, de 7 de octubre de 2010.

una serie de requisitos contenidos en la propia Instrucción<sup>21</sup>, entre los que se encuentran: Regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera, competencia del Tribunal de origen deberá estar basada en criterios equivalentes a los que contemple la legislación española, garantía para los derechos procesales de la madre gestante, el respeto a los derechos y al interés superior del menor y, por último, la firmeza de la sentencia e irrevocabilidad de los consentimientos prestados.

La recientemente analizada instrucción de la DGRN, provocó la inscripción en el Registro de no pocas filiaciones respecto de varones casados entre sí que consiguieron ser declarados padres por acuerdo con la mujer que se sometió a técnicas de reproducción asistida para, posteriormente, cederle al nacido. En palabras de Bercovitz Rodríguez-Cano, esta instrucción de la DGRN originó el surgimiento de la *doble paternidad*<sup>22</sup>, apoyada en la gestación por sustitución, que a su vez exigía una resolución judicial extranjera en virtud de la cual se pudiera dar constancia de la paternidad que se pretendía inscribir.

De esta forma, estamos siendo testigos de una situación verdaderamente atípica y, si se me permite, incoherente. Y es que, a pesar de que el contrato mediante el cual se acuerda proceder a la gestación por sustitución se encuentra tajantemente prohibido por nuestro ordenamiento jurídico, nuestros Tribunales están reconociendo permisos de maternidad a todas aquellas personas a quienes el Registro Civil nacional está reputando como madres legales, aun siendo de sexo masculino y no mediando parto ni adopción.

#### A) Visión crítica en torno a la Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado:

La doble paternidad viene reconocida en títulos foráneos que son expedidos por autoridades de países extranjeros en los que se admite la gestación por sustitución. Sin embargo, como veíamos en el apartado superior, desde la instrucción 5.10.2010, la DGRN dispone una nueva doctrina registral basada en la necesidad de adjuntar una

---

<sup>21</sup> Punto tercero de la Primera directriz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DGRN, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

<sup>22</sup> R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, Pamplona, Aranzadi, 2013, pp. 286-287.

resolución judicial dictada por el órgano judicial extranjero de que se trate para así poder proceder efectivamente a la inscripción del menor en el registro nacional.

En primer lugar, se achaca al Ministerio de Justicia que a través de la DGRN haya infringido el principio de jerarquía normativa del ordenamiento jurídico español. Y es que un amplio sector doctrinal entiende que se han utilizado normas reglamentarias en contra del Derecho vigente, contraviniendo así el sistema de fuentes constitucionalmente previsto<sup>23</sup>.

En segundo lugar, tal y como afirma De Verda y Beamonte,<sup>24</sup> el artículo 10 LTRHA se configura como una norma de orden público, por lo que considera que la Instrucción lo que hace es atribuir efectos jurídicos o, en su caso, proponer la recepción de algo que está prohibido por el propio ordenamiento jurídico español.

En tercer lugar, tanto Calvo Caravaca como Carrascosa González<sup>25</sup> hacen referencia al requisito de existencia de una resolución judicial extranjera de filiación de los nacidos por gestación por sustitución contemplado en la Instrucción. Ambos juristas coinciden en calificar esta exigencia como contraria a la ley. Entienden que del precepto puede deslizarse una cierta discriminación por razón de filiación. Esto es, la discriminación que podría resultar entre la inscripción directa de actas registrales extranjeras de nacimiento de sujetos que no recurran al empleo de técnicas de gestación por sustitución y los que sí lo hagan. Además, juzgan innecesario el acudir a los tribunales del país extranjero para obtener la necesaria resolución judicial en los casos en los que no exista litigio e incluso si el derecho extranjero no contempla la exigencia de recurrir a procedimiento judicial para acreditar la filiación del nacido. Por último, alegan que la exigencia de acompañar la solicitud de inscripción del nacimiento con una resolución judicial extranjera, no podrá ser cumplida cuando en el estado extranjero no

---

<sup>23</sup> Art. 9.3 CE: “*La Constitución garantiza la jerarquía normativa*”.

<sup>24</sup> J. R. De Verda y Beamonte, “Inscripción de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución” *Diario de Ley*, núm. 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, pp.7

<sup>25</sup> A. L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Comares, 2013, pp. 304-306.

existan procedimientos judiciales que posibiliten la acreditación de la filiación de estos menores nacidos mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida. Éste sería el caso de la India, por ejemplo, cuya legislación no contempla estos procedimientos judiciales en relación a los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>26</sup>.

*7. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia del 23 de noviembre de 2011 (nº 826/2011).*

La muy discutible doctrina de la DGRN está teniendo respuesta en los Tribunales. Respecto del caso que vengo analizando a lo largo de este bloque y que supuso el detonante de esta doctrina registral, debo resaltar que tras la previamente analizada sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia que dejaba sin efecto la inscripción practicada, tuvo lugar la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia emitida en noviembre de 2011 que la confirmó.

Entendía la AP de Valencia que los requisitos formulados en la Instrucción de la DGRN sobre el régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución, no concurrían en el caso que dio pie a la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia. Por consiguiente, la sentencia nº 826/2011 de la AP de Valencia, no hacía sino confirmar la emitida previamente en instancia inferior. La Sentencia se basa en tres pilares fundamentales.

En primer lugar, hace prevalecer el artículo 23 de la LRC sobre el contenido de los artículos 81 y 83 del RRC en virtud del principio de jerarquía normativa reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución española.<sup>27</sup> Por ello, la AP considera, al igual que el Juzgado de Primera Instancia, que antes de proceder a la inscripción de la certificación extranjera, el Registrador debe llevar a cabo un control de legalidad de la misma. Sin embargo, queda claramente probado en este caso que los certificados de nacimiento

---

<sup>26</sup> Resolución de la DGRN de 6 de mayo de 2011 que deniega la inscripción en el Registro español de un niño nacido en la india a favor un varón. Se sostiene que no es inscribible al no existir resolución judicial que determine la filiación del nacido y que sea dictada por órgano jurisdiccional competente.

<sup>27</sup> Hay que recordar que el artículo 23 LRC exige que realice un control sobre la veracidad del hecho que se pretende inscribir y sobre su adecuación a nuestro ordenamiento jurídico. Por su parte, los artículos 81 y 83 RRC solo obligan al Registrador a realizar un control formal de la certificación que se pretende inscribir.

expedidos por las autoridades del Condado de San Diego (California), y en los que figuran los dos varones como padres, fueron tramitados una vez se celebró el contrato de gestación por sustitución que, como sabemos, está terminantemente prohibido en nuestra legislación por el artículo 10 de la LTRHA.

En segundo lugar, atendiendo al reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras como elemento previo necesario para que pueda acceder al Registro nacional la inscripción registral extranjera, entiende la AP que en el caso que nos ocupa se producen una serie de circunstancias que imposibilitan el efectivo acceso al Registro de las inscripciones. Concretamente, se atiende a la vulneración del artículo 954.3 LEC<sup>28</sup>. Produciendo, de esta manera, el certificado registral californiano un claro quebrantamiento del orden público internacional español.

En tercer lugar, haciendo referencia a la posibilidad que presenta la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de inscribir el nacimiento de los menores nacidos en el extranjero, mediante el empleo de técnicas de gestación por sustitución, a través de la presentación de resolución judicial previa o, en caso de procedimiento de jurisdicción voluntaria, mediante reconocimiento incidental ante el encargado del Registro siempre respetando una serie de requisitos; la Audiencia Provincial entiende que a pesar de que la certificación extranjera ha sido expedida por orden de una previa resolución judicial, dicha resolución judicial no consta en el procedimiento, ni tampoco la identidad de la madre gestante.

En cuarto y último lugar, la AP se posiciona tajantemente en contra de la argumentación empleada por la DGRN, la cual sostenía que en cuanto que el artículo 7.3 LTRHA permitía la inscripción registral de la filiación a favor de las mujeres casadas, debía permitir también la filiación a favor de dos hombres casados. Argumentaba la DGRN que de este precepto se desprendía una clara discriminación por razón de sexo que atentaba contra el principio de igualdad constitucionalmente previsto. No obstante, la Sentencia de la Audiencia Provincial no contempla discriminación alguna, sino que apela a las características de la propia raza humana para justificar que:

---

<sup>28</sup> Art. 954.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: “Las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes: que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España”.

“las parejas de dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación. De este modo, no puede considerarse discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual.” Asimismo, insiste en que en el supuesto de que una pareja de mujeres acudiera a la gestación por sustitución también le sería aplicable la prohibición, de modo que la misma no implica una discriminación por razón de sexo, sino que se fundamenta en la modalidad utilizada para la procreación de los menores, que la ley española considera nula. Al mismo tiempo, hace referencia a los cauces legales que presenta la propia ley española para la inscripción de la filiación de los menores, haciendo clara referencia a la posibilidad de optar por la adopción.

Finalmente, la Audiencia defiende la necesidad de proteger el interés del menor de edad. Si bien es cierto, también apela a la obligación del respeto de la ley en relación al reconocimiento del interés del menor. Abogando, de esta manera, por la imposibilidad de inscribir el nacimiento de los menores cuando éste se ha producido utilizando la figura de la gestación por sustitución, prohibida por nuestro ordenamiento jurídico

#### *8. Sentencia del Tribunal Supremo del 6 de febrero de 2014 (nº 835/2013).*

Para finalizar con el caso estudiado, es imprescindible hacer referencia a la solución adoptada por el Tribunal Supremo en relación al proceso cuyo recorrido jurisprudencial vengo analizando en el presente bloque. Esta solución pasa por la sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación al recurso de casación núm. 245/2012 presentado contra la Sentencia núm. 826/2011 de la Audiencia Provincial de Valencia, que a su vez tenía su origen en el inicialmente analizado juicio ordinario núm. 188/2010 celebrado en el Juzgado de Primera Instancia núm.15 de Valencia.

El TS, con su pronunciamiento confirma las sentencias de instancia inferior que dieron lugar al proceso. De esta manera, el Alto Tribunal deja sin efecto la resolución dictada por la DGRN que ordenaba la inscripción de los mellizos nacidos mediante el empleo de técnicas de gestación sustitutoria. En opinión de Blanco-Morales Limones el

Tribunal muestra un absoluto desprecio por los derechos de los niños, dado que en ningún momento se pronuncia sobre la situación en la que quedan los menores<sup>29</sup>.

El Tribunal Supremo emplea el prisma de la adecuación de las decisiones judiciales extranjeras al orden público internacional español. Por ello, en el caso sometido a su consideración, entiende que la decisión adoptada por la autoridad administrativa extranjera no presenta garantías análogas a las contempladas por la legislación española para su efectiva inscripción. La sentencia considera que "el control en que consiste este reconocimiento se extiende a que la certificación del Registro extranjero sea regular y auténtica, de modo que el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española".

De manera que la existencia de un control no únicamente formal del documento que justifica la práctica del asiento, sino también un control material del contenido del mismo, puede justificar la denegación de la inscripción. Por consiguiente, el encargado del Registro Civil deberá realizar un control del asiento objeto de la certificación, pudiendo denegar la inscripción en el Registro cuando el mismo sea contrario al orden público internacional español.

El TS interpreta que cualquier decisión adoptada por autoridad administrativa extranjera en materia de gestación por sustitución será contraria al orden público internacional español, que viene precisamente conformado por el artículo 10 de la Ley 14/2006, el cual declara nulo el contrato de gestación por sustitución. Por consiguiente, establece el orden público internacional como límite al reconocimiento de la decisión extranjera. El respeto del orden público internacional viene dado, precisamente, como el sistema de derechos y libertades individuales garantizadas en la Constitución y en los Convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España.

Si bien es cierto, el TS al resolver el recurso de casación no deniega la inscripción de los menores, pero sí la constancia de su filiación, instando al Ministerio Fiscal para que proceda a ejercitar las acciones procedentes para determinar la filiación

---

<sup>29</sup> P. Blanco-Morales Limones, loc. cit. nota 1.

de los menores, al no estimar el recurso interpuesto. “Procede instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar”.

No quisiera pasar por alto el hecho de que frente a la opinión mayoritaria recogida en la sentencia, el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, emitió un voto particular, al que se adhirieron los Magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol. Este voto particular se muestra tajantemente contrario a aplicar el contenido del artículo 10 de la Ley 14/2006, en relación con el asunto que nos ocupa. Consideran que dado que la filiación ya ha sido determinada por una autoridad extranjera, conviene diferenciar adecuadamente entre la validez del contrato de gestación por sustitución (contrario al derecho español) y el reconocimiento de resolución administrativa extranjera por el que se determina la filiación de los menores.

### III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

#### 1. *Introducción al concepto de interés del menor.*

Hablamos a menudo del concepto de interés superior del menor, en este caso nos referimos a él como fuente de derecho internacional privado. Sin embargo, ¿qué esconde realmente este término jurídico?, ¿a qué nos referimos exactamente cuando hablamos del interés del menor?, ¿cómo determinarlo? En este bloque intentaré dar respuesta a estos interrogantes, dado que, el interés, como categoría jurídica, es uno de los conceptos fundamentales desde el punto de vista instrumental del derecho.

Desde el punto de vista conceptual, podemos decir que el interés, en este caso el del menor, comprende tanto los bienes materiales, como los psicológicos o conceptuales a los que el individuo aspira y los que considera valiosos y necesarios para su desarrollo personal<sup>30</sup>. Por lo tanto, el interés del menor vendrá dado como un modelo o prototipo de actuación jurídica que se atenga a las demandas sociales y que sirva para orientar al propio operador jurídico en sus actuaciones, a fin de que las mismas se ajusten a los valores de orden, justicia y razonabilidad.

El interés del menor como *standard* jurídico<sup>31</sup>, responde a una serie de valores y criterios jurídico-sociales, desarrollándose en el ámbito jurídico con suma cautela, dado el importante componente ético-social que conlleva. Y es que, no podemos olvidar la realidad a la que va dirigida este *standard* jurídico. Llegados a este punto, conviene atender no solo a la dimensión puramente jurídica del concepto, sino también, y sobre todo, a su dimensión humana. Cuando hablamos del interés del menor, lo hacemos en relación a situaciones que afectan a un niño y frente a las cuales el operador jurídico deberá llevar a cabo una actuación que reporte un beneficio al menor y subsane cualquier perjuicio al que se haya podido ver sometido.

---

<sup>30</sup> F. Rivero Hernández, *El interés del menor*, Madrid, Dynkinson, 2007, pp. 66.

<sup>31</sup> F. Rivero Hernández, op. cit. nota 30, pp. 65-66.

## 2. *Interés del menor como concepto jurídico indeterminado.*

Antes de atender al interés del menor en particular, debo aclarar la distinción entre conceptos jurídicos determinados e indeterminados. Y es que, tal y como especifican García de Enterría y Fernández, los conceptos utilizados por las Leyes podrán ser determinados o indeterminados atendiendo al ámbito de la realidad al que hacen referencia de manera precisa y explícita<sup>32</sup>. Respecto de los conceptos jurídicos indeterminados, los autores apuntan a que la Ley hace únicamente referencia a una esfera de realidad aproximada, esto es, una esfera de la realidad imprecisa y cuyos límites no son delimitados por la propia Ley. No obstante, conviene aclarar que la Ley no es capaz de delimitar estos conceptos con exactitud, dado que se trata de nociones que no pueden ser objeto de determinaciones rigurosas. Este sería el caso del interés del menor que, como hemos visto previamente, se configura como un *standard* jurídico que puede sufrir variaciones dependiendo de las concretas circunstancias en las que se desarrolle.

Sin embargo, a pesar de la imposibilidad de determinar los conceptos con exactitud, en el momento de aplicación de la Ley sí podrán utilizarse conceptos de experiencia o de valor para poder llevar a cabo una precisión en la medida de lo posible. A pesar de la indeterminación de los conceptos, el hecho de estar refiriéndonos a supuestos de aplicación concretos provoca que únicamente exista una solución. Esto es, la indeterminación del enunciado no tiene porqué traducirse en aplicaciones imprecisas del mismo. Estas aplicaciones permitirán únicamente *una unidad de solución justa* en cada caso y para llegar a ella, el operador jurídico deberá llevar a cabo una trascendente actividad de cognición. Esto, en opinión de García de Enterría y Fernández, constituye un principio esencial para comprender la noción del concepto jurídico indeterminado.

Asimismo, es conveniente precisar que cuando los citados autores emplean el término *unidad de solución justa*, se refieren al mismo sin entender que signifique que exista una sola conducta que merezca la calificación a la que el concepto apunta, sino que entienden que lo que determina la adecuación de la conducta es si se produce de

---

<sup>32</sup> E. García de Enterría, T-R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Pamplona, Aranzadi, 2013, pp 501-502.

buena fe o no. Así, el hallazgo de la única solución adecuada sólo será posible al trasladar el concepto indeterminado, en la aplicación de la ley, a la realidad y circunstancias concretas del caso.

### *3. Interés superior del menor como principio constitucional y principio general de derecho privado.*

Dada la importante relevancia que tiene el interés del menor y su defensa, podemos comprobar cómo diversas normativas civiles aluden al mismo en orden a preservarlo. Esto provoca, como hemos visto anteriormente, que el principio del interés del menor se configure como principio general de Derecho. Sin embargo, este principio es, al mismo tiempo, objeto de previsión constitucional, lo que lo consagra como principio constitucional. Así, el artículo 39 C.E.<sup>33</sup> sobre el fundamento de protección integral de los hijos menores de edad y de la infancia, configura el principio del interés del menor como un mandato constitucional que habrá de ser desarrollado posteriormente por las normas civiles, las cuales lo calificarán como interés *superior* del menor atendiendo a su naturaleza constitucional.

De manera que, dada su naturaleza, el principio del interés del menor estará dotado de la superioridad normativa formal que corresponde a todo principio constitucional. Todo ello sin dejar de ser un principio general de Derecho privado. Por lo tanto, el interés *superior* del menor desarrollado como principio general de Derecho privado obedecerá a la protección y cumplimiento del mandato constitucional. En este sentido, conviene atenerse a lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 en la que se establece que “el interés superior del menor constituye un principio rector de la actuación de los poderes públicos cuando se resuelven cuestiones que afectan al mismo”. Vemos, por lo tanto, que en nuestro sistema jurídico el interés superior del menor no sólo está presente en normas concretas, sino que en los casos en los que el mismo esté en juego, deberá imponerse (de ahí el término superior) sobre otros criterios.

---

<sup>33</sup> Art. 39.2 C.E.: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.”

En definitiva, el interés superior del menor como principio general, reforzado por su conceptualización constitucional, dada su fuerza expansiva, además de configurarse como garantía para los ciudadanos, vinculará a los poderes públicos actuando como instrumento informador, proporcionando criterios de interpretación y modelándose como norma supletoria de aplicación en los casos en los que no exista una norma especial aplicable.

#### *4. Enfoque jurisprudencial.*

En este apartado se analizan las trayectorias paralelas y desafortunadamente dispares que siguen, por un lado, la jurisprudencia española y, por otro, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Mientras en España se sustanciaba en el caso de la resolución de la DGRN, el TEDH analizaba dos casos<sup>34</sup> que compartían similitudes más que evidentes con el caso español. Sin embargo, como he señalado previamente, a pesar de que ambos casos presentaban presupuestos elementales similares en relación al interés del menor, los resultados fueron diferentes.

##### *A) Sentencia 835/2013 del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014:*

Dado que previamente, en el primer bloque de este trabajo, he desarrollado el recorrido jurisprudencial que la cuestión ha tenido en España, en este epígrafe me centraré únicamente en las cuestiones relativas al interés del menor que se deslizan de la Sentencia del Tribunal Supremo de febrero de 2014.

De esta manera, lo primero que debo reseñar es el hecho de que esta sentencia lo que hace es confirmar las sentencias previas de rango inferior: tanto la del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, como la posterior de la Audiencia Provincial de Valencia. Estos dictámenes dejaban sin efecto lo dispuesto previamente por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la defensa que ésta hacía del interés superior del menor, permitiendo el acceso de la filiación previamente determinada en el extranjero al Registro español. Por lo tanto, lo que, en opinión de Blanco-Morales Limones, provoca esta Sentencia es asumir el desamparo al

---

<sup>34</sup> Casos *Menesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*.

que estos menores se ven abocados, a los cuales se les priva de paternidad, nacionalidad e incluso identidad<sup>35</sup>.

Sin embargo, el Auto del TS de 2 de febrero de 2015 que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones planteado contra la sentencia de la Sala de lo Civil del TS que procedió a la denegación de la inscripción en España de los menores nacidos mediante el empleo de técnicas de gestación por sustitución, considera que no existe ningún tipo de violación de las libertades individuales del menor. De este modo, el Auto estima que la sentencia previa del Tribunal Supremo no hace sino proteger el interés superior de los menores, dado que les permite establecer sus relaciones paterno-filiales a través de la determinación de la filiación biológica paterna, además de permitir que puedan concretar libremente sus relaciones familiares a través del empleo de la figura de la adopción o el acogimiento.

Resulta sencillo determinar que la solución adoptada por el jurista español no es la más acertada posible. Escudándose en la legislación vigente, en lugar de llevar a cabo una tarea reflexiva con el objetivo de formar una respuesta adecuada a las necesidades y, lo que es más importante, al interés superior del menor, opta por atenerse a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y las normas que lo configuran, dejando sin resolver la situación en la que los menores se encuentran. Esto nos conduce irremediabilmente a la dicotomía existente entre las actuaciones encaminadas a la salvaguarda del orden público internacional y las que, por el contrario, tienen como objetivo la defensa del interés superior del menor. Desgraciadamente, esta interpretación dual resulta errónea, puesto que provoca un enfrentamiento entre dos conceptos que en realidad deberían configurarse como complementarios.

#### B) La Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 26 de junio de 2014:

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se declaró el año pasado tajantemente contrario a las decisiones adoptadas previamente por el Tribunal Supremo francés en relación a las sentencias que éste adoptó en los casos *Mennesson* y *Labassee*.

---

<sup>35</sup> P. Blanco-Morales Limones, loc. cit. nota 1.

Siguiendo esta línea, el TEDH argumenta que las decisiones adoptadas por la corte suprema francesa no se atenían a lo dispuesto por el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su octavo artículo, el cual dice lo siguiente: “toda persona tendrá derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho”.

Entiende el TEDH que al no reconocerse una relación de filiación entre los menores y la pareja comitente, se está provocando que los nacidos mediante el empleo de técnicas sustitutorias se encuentren en una situación de incertidumbre jurídica que incuestionablemente afectará de forma negativa tanto al desarrollo de su propia identidad, como a su interés. Esto es, el interés superior del menor se verá en entredicho.

Por eso, el TEDH considera fundamental el respeto al artículo anteriormente citado del Convenio Europeo de Derechos Humanos, puesto que entiende que el respeto a la vida privada conlleva implícitamente el hecho de que cada ciudadano pueda configurar su propia identidad como individuo de forma libre. Por lo tanto, siendo el establecimiento de la filiación una vertiente más de la conformación de la identidad de los sujetos, entiende el TEDH que no se está respetando el derecho a la identidad de los nacidos mediante el empleo de técnicas de gestación sustitutoria, y que, por ende, se afecta el interés superior de los menores, cuyo respeto, dice, debe ser tenido siempre en cuenta por encima de otras cuestiones.

Por lo tanto, según lo argumentado en las sentencias del TEDH, podemos llegar a la conclusión de que Francia, negando el reconocimiento de un vínculo de filiación entre los nacidos mediante técnicas sustitutorias y sus padres biológicos o comitentes, ha violado lo dispuesto por el Convenio de Derechos Humanos perjudicando el interés de los menores.

Sin lugar a dudas esta sentencia sienta un importante precedente en materia de reconocimiento de filiación en los casos de gestación por sustitución. El hecho de que el TEDH considere ineludible el derecho a la identidad única de los menores, conjugándolo con su derecho al establecimiento de la filiación y su interés superior, provoca que cada vez sea más imprescindible abordar una reforma legislativa en materia de maternidad subrogada que se adapte a las nuevas relaciones entre la ciencia, el derecho y las necesidades del conjunto de la sociedad.

Corresponde al legislador establecer las normas que regulen y protejan el estado de las personas, es por esto por lo que optar por la vía de la prohibición, como se ha venido haciendo hasta ahora, no tiene ningún sentido. La prohibición no impide que cada vez sean más las personas que, por diferentes motivos, recurran a las técnicas de gestación por sustitución. En su lugar, el legislador debe optar por una actividad de estudio e interpretación de las necesidades sociales en orden a lograr desarrollar una legislación que haga frente a las mismas. Esto pasa, sin duda, por la composición de un derecho verdaderamente común y pluralista que sea capaz de conjugar el respeto tanto del orden público, como de los derechos y libertades individuales.

#### IV. ANÁLISIS NORMATIVO. DERECHO COMPARADO Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.

Una vez hecha referencia a la situación legislativa española y la jurisprudencia existente, en este segundo apartado realizaré un análisis de derecho comparado con el objetivo de mostrar las tendencias existentes en el panorama internacional en relación a la regulación de la gestación por sustitución. A estos efectos, debo dejar claro de antemano que el derecho comparado, en lo que a este tema respecta, no ofrece una respuesta clara y única. Veremos cómo, aun hoy, existen Estados cuyas legislaciones no regulan esta materia. Por otro lado, entre los países que sí la regulan distinguiremos tres grandes corrientes: los Estados que prohíben totalmente la gestación por sustitución, los que la admiten pero bajo una serie de requisitos y, por último, la postura de aquellos Estados que admiten ampliamente y sin aparentes restricciones o condiciones la gestación por sustitución.

Si bien es cierto, no procederé únicamente a analizar las diversas corrientes legislativas que se dan en diversos Estados en torno a este tema, sino que además trataré de hacerlo integrando el concepto de orden público internacional; entendido como la cláusula o excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto en virtud de la cual se descarta la aplicación de la Ley extranjera que sea contraria a los principios fundamentales del Derecho del país en cuestión. Esta excepción de orden público internacional se sustenta en el sistema de derechos y libertades individuales garantizadas en la Constitución y en los Convenios internacionales de derechos humanos ratificados por los países y que variarán en función del Estado al que hagamos referencia. Bercovitz Rodríguez-Cano entiende el orden público internacional como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento concreto.<sup>36</sup> En cualquier caso, el orden público internacional siempre se constituirá como un límite a la aplicación de legislaciones extranjeras, de manera que se logre que todas las actuaciones se ajusten a la legalidad conforme a la propia legislación.

---

<sup>36</sup> R. Bercovitz Rodríguez-Cano, op. cit. nota 22, pp. 117.

Lo primero que debo precisar es el significado exacto del término *orden público internacional*. En primer lugar, el término *orden* se refiere a lo que podríamos denominar como estructura jurídica básica del Derecho español. El adjetivo *público* hace referencia a la defensa de la sociedad, en este caso la española, configurada como una estructura supraindividual edificada en torno a unos valores que conforman una identidad cultural de Estado. Por último, el término *internacional* se refiere a los casos en los que deba defenderse esta identidad cultural nacional frente a elementos extranjeros.

La función principal de la figura de excepción de orden público internacional no es otra que la de evitar externalidades negativas que puedan suponer una amenaza para la organización jurídica fundamental de la sociedad española<sup>37</sup>. Así, Calvo Caravaca y Carrascosa González se refieren a la aplicación de la norma de conflicto como el “salto a la oscuridad” y es que lo que esta norma de conflicto hace precisamente es remitir a un Derecho estatal para regular una situación privada internacional. El legislador lo considera como la solución más justa y adecuada para la resolución del conflicto normativo. Si bien es cierto, lo hace sin tener en cuenta el contenido material de dicha Ley extranjera. Por consiguiente, los problemas llegan con lo que los autores denominan “externalidad negativa” y es que la remisión que la norma de conflicto realiza en favor de una legislación extranjera para que sea ella la que regule el hecho, no siempre resulta ser la mejor solución. Es por esto, por lo que los Tribunales españoles deberán estar atentos a la norma extranjera a la que remita la norma de conflicto, para controlar su adecuación al orden público internacional. La aplicación de un Derecho extranjero en España puede provocar una serie de lesiones no solo en el ámbito jurídico, sino también en la identidad cultural del Estado.

Por todo esto, la cláusula de orden público internacional se configura precisamente como un dique de seguridad para evitar que estas externalidades negativas se produzcan y se dañen los intereses generales. Si determinadas situaciones jurídico-privadas quedasen sujetas a la legislación de un país extranjero, siendo las normas aplicadas contrarias a los principios que rigen la sociedad del Estado en que se deban

---

<sup>37</sup> A. L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, Comares, 2013, pp. 498-499.

aplicar, estaríamos ante una infracción del orden público internacional o lo que es lo mismo, una vulneración de la estructura jurídica básica del Derecho nacional. En relación al aspecto material del orden público internacional, conviene precisar que su intervención en Derecho español será más frecuente en relación a sectores jurídicos en los que existan más principios reguladores y más normas de carácter imperativo. Precisamente por esto, veremos cómo el orden público internacional intervendrá con mayor asiduidad en los casos relativos a Derecho de familia, concretamente; Derecho matrimonial y de filiación. Sin embargo, en aquellos campos o sectores jurídicos en los que la autonomía privada tenga un mayor peso y no existan demasiados principios imperativos, la intervención del orden público internacional tendrá una menor incidencia.

Asimismo, debo destacar especialmente aquellos casos en los que la norma de conflicto española haga remisión a la legislación de un país que diste socio-culturalmente de forma considerable respecto de España. En estas situaciones se multiplican las opciones de intervención del orden público internacional español frente a la aplicación de la Ley extranjera. En última instancia, podríamos interpretar la excepción del orden público internacional como la manera de evitar que se produzcan conflictos en la forma de interpretar o comprender la sociedad y las necesidades jurídicas de la misma entre el derecho extranjero y el español.<sup>38</sup>

En el caso que nos ocupa, el de la gestación por sustitución, y viendo los precedentes jurisprudenciales analizados previamente, resulta claro que los tribunales españoles han considerado que el orden público internacional español podía verse comprometido por la aplicación del Derecho extranjero. Por lo tanto, partimos de la base de que la cohesión jurídica de la sociedad española podía verse afectada, razón por

---

<sup>38</sup> Véase el proyecto *Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill and Rules 2010* del Consejo Indio de Investigación médica, que de aprobarse y entrar a formar parte de la legislación india, configuraría la gestación por sustitución comercial como una técnica plenamente legal. Indudablemente, podemos advertir notables diferencias, no solo legales, sino también culturales con el orden público internacional español.

la que los tribunales nacionales decidieron intervenir con la aplicación de la excepción de orden público internacional, impidiendo la aplicación de la ley extranjera<sup>39</sup>.

Como he expuesto previamente, la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida prohíbe la celebración de contratos de gestación por sustitución. Recalco que no es que no los contemple, es que, de hecho, los prohíbe de forma tajante. Por consiguiente, de partida debe quedar claro que la legislación española adopta una postura de prohibición tajante. Además, el sector doctrinal español más fervientemente opuesto a la maternidad subrogada, argumenta que el contrato de gestación por sustitución podría ser declarado nulo por una serie de razones entre las que destacan: la ilicitud de la causa que justifica la celebración del contrato<sup>40</sup> y el hecho de que, según sus argumentaciones, el recurrir a estas técnicas de gestación sustitutoria implica un atentado al orden público y una vulneración de la dignidad, tanto del nacido, como de la madre gestante.<sup>41</sup> De manera que, a pesar de que la maternidad subrogada es considerada por la Organización Mundial de la Salud como una técnica de reproducción humana asistida<sup>42</sup>, este sector doctrinal estima que su proliferación podría poner en riesgo los derechos y libertades tanto de los menores, como de las madres, debido a la instrumentalización que se produciría de ambos sujetos.

---

<sup>39</sup> Encargado del Registro Consular de España en California denegó la inscripción de los gemelos nacidos mediante gestación por sustitución. Argumentaba su decisión en la necesidad de atenerse a lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley del Registro Civil: *“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”*.

<sup>40</sup> Artículo 1275 CC: *“Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.”*

<sup>41</sup> F. Ledó Llagüe, A. Sánchez Sánchez, O. Monje Balmaseda, *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, Tomo I, Parte sustantiva, Madrid, Dynkinson S.L., 2011,

<sup>42</sup> *The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology (Human Reproduction, 2009)*.

1. *La dimensión del Orden público internacional: régimen jurídico del artículo 12.3 del Código Civil.*

Art. 12.3 CC: prevé que “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”.

Como podemos comprobar, el Código Civil adopta una postura firme frente a la aplicación de legislación extranjera en España. No obstante, debo precisar que el precepto no dice que la Ley extranjera no se aplicará cuando *sea* contraria al orden público internacional, sino que no se aplicará cuando *resulte* contraria al orden público internacional. Remarco especialmente esta distinción puesto que resulta determinante a la hora de comprender la excepción de orden público internacional.

En virtud del tenor estrictamente literal del precepto contenido en el Código, podemos llegar a la conclusión de que no es el contenido del Derecho extranjero lo que puede llegar a vulnerar el orden público internacional, si no que será el resultado de esa trasposición y aplicación del precepto extranjero en el propio ordenamiento jurídico la que pueda ser perjudicial para el orden público internacional del Estado de que se trate. Por lo tanto, parece lógico pensar que la excepción de orden público internacional no se activará únicamente porque una norma extranjera resulte completamente distinta o contraria a la española. Deberá, por lo tanto, esperarse al resultado de la aplicación de dicha norma en España. En caso de que el resultado de aplicar esta norma sea manifiestamente contrario al orden público español, serán los Tribunales españoles los que deban indicar el límite con el orden público internacional<sup>43</sup>.

Pero el verdadero dilema se nos presenta a la hora de concretar los casos en los que la aplicación de un Derecho extranjero vulnera el orden público internacional. Llegados a este punto se nos presentan dos vías para definir los pasos a seguir en orden a evaluar aquellas situaciones en las que sea necesario acudir a la figura del orden público internacional<sup>44</sup>. Esta evaluación podrá llevarse a cabo bien mediante la denominada lista cerrada, bien mediante lista abierta.

---

<sup>43</sup>R. Bercovitz Rodríguez-Cano, o.p. cit. nota 22, pp. 117.

<sup>44</sup>A. L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, op. cit. nota 37, pp. 506.

La lista cerrada vendría propuesta por aquel sector doctrinal que abogaría por enumerar una serie de supuestos concretos de vulneración del orden público internacional por la aplicación de un Derecho extranjero e incluirlos en una lista. Desde mi punto de vista, esta herramienta lejos de alcanzar su propósito no haría sino acrecentar la inseguridad jurídica. Por otro lado, el sistema conocido como lista abierta entiende el orden público internacional como un concepto jurídico indeterminado que no puede ser concretado conforme a un catálogo cerrado de supuestos. El Código civil español (Art.12.3 CC) opta por esta concepción abierta del orden público internacional.

Ahora bien, a la hora de proceder al estudio comparado de las diversas legislaciones en torno a la gestación por sustitución, debo referirme de forma especial a la comunidad jurídica supranacional que configuran los Estados miembros de la Unión Europea. Y es que, tal y como establece el artículo 3.2 TUE; la UE constituye un “espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de personas”. Es por esto por lo que el orden público internacional habrá de operar con un carácter más restrictivo cuando se trate de Leyes de Estados miembros de la UE que vayan a ser aplicadas en España<sup>45</sup>.

A continuación, realizaré una breve referencia a legislaciones en el ámbito de la UE, tanto a favor como en contra de la regulación de la gestación por sustitución.

## *2. Análisis normativo comparado: Prohibición de la gestación por sustitución en la UE.*

Tal y como he señalado previamente, la excepción de orden público internacional tendrá mucha más presencia en los casos en los que la norma de conflicto se remita a la legislación de un Estado con claras diferencias socio-culturales respecto de España. Sin embargo, a la hora de realizar un análisis sobre las posturas en derecho comparado en el ámbito europeo resulta sencillo constatar que en los países del entorno de España, salvo contadas excepciones, las legislaciones en relación a la gestación por sustitución son bastante similares.

---

<sup>45</sup> A. L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, op. cit. nota 37, pp. 503.

## A) Francia:

El legislador francés adopta una postura similar a la del español a la hora de afirmar que “todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”<sup>46</sup>. Asimismo, el *Comité Consultatif National d'Éthique de Francia* en su opinión 110 “Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui”, de mayo de 2010 afirma que la gestación por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos. Además, debo destacar que la legislación penal francesa contempla pena de prisión de un año y sanciones de hasta 15.000 euros para los que realicen actos de intermediación entre la gestante y los comitentes. Vemos por lo tanto que la gestación por sustitución no solo es nula, sino que está prohibida y penalmente castigada.

En Francia, al igual que en España, muchos ciudadanos están optando por recurrir a técnicas de gestación por sustitución en el extranjero, dada la contundencia del marco jurídico francés en la materia. Sin embargo, los tribunales franceses han mostrado una posición clara y contundente respecto del reconocimiento de los acuerdos de gestación por sustitución realizados por ciudadanos franceses en el extranjero<sup>47</sup>. En todos los casos, las cámaras de apelación han anulado las transcripciones de actas al Registro Civil francés en aras de preservar el orden público nacional. Llegados a este punto, conviene hacer referencia a la contundente definición acuñada por el Tribunal Supremo francés o Corte de casación en su sentencia de 8 de julio de 2010 en la que, en defensa de los principios esenciales del derecho francés, tildaba de contraria al orden público internacional galo toda decisión extranjera que comportara disposiciones que fueran en contra de estos principios.

Los tribunales franceses consideraban que la gestación sustitutoria atentaba contra el principio de indisponibilidad sobre el estado de las personas, principio que

---

<sup>46</sup> Artículo 16.7 del Código Civil francés.

<sup>47</sup> Véase la sentencia nº. 370 del 6 de abril de 2011 de la Corte de Casación francesa (Tribunal Supremo) del conocido como caso Mennesson por la que se deniega la solicitud de inscripción de filiación o de reconocimiento de sentencia solicitada por los recurrentes, bajo el criterio de que la gestación por sustitución incurre en una nulidad de orden público según el artículo 16-9 del Código Civil francés. Posteriormente veremos como el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos entró a conocer el asunto, llegando a emitir una sentencia.

consideraban esencial del derecho francés. Por lo tanto, a pesar de ser legítima en otros países consideraban la gestación por sustitución y la filiación derivada de la misma, nulas por ser contrarias al orden público. Además, el Tribunal Supremo francés (Court de Cassation) denegó las respectivas solicitudes de inscripción de filiación o de reconocimiento de sentencias solicitadas por los recurrentes, bajo el criterio de que la gestación por sustitución incurre en una nulidad de orden público según el artículo 16-9 del Código Civil francés.<sup>48</sup>

Sin embargo, y aunque posteriormente realizaré un análisis pormenorizado de la sentencia<sup>49</sup>, debo adelantar que las decisiones y justificaciones adoptadas por el Tribunal Supremo francés a la hora de denegar las respectivas solicitudes de filiación han sido recientemente cuestionadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Defiende el TEDH que las sentencias de los tribunales franceses violan el artículo 8 del Convenio europeo por el perjuicio que para el interés superior del menor se deriva del hecho de no poder obtener en Francia el reconocimiento de una filiación legalmente reconocida en el extranjero.

## B) Alemania:

A continuación haré una breve referencia a la legislación alemana en la materia. Lo primero que debo aclarar es que, por un lado, tenemos la ley alemana de protección del embrión<sup>50</sup>, mientras que, por otro, debemos referirnos a lo dispuesto por la ley de adopción<sup>51</sup>. Al igual que en España, las leyes germanas prohíben de forma inequívoca el empleo de técnicas de gestación sustitutoria. La ley alemana de protección del embrión sanciona con penas privativas de libertad de hasta tres años y multas a todas aquellas personas que posibiliten la fecundación artificial. Así, resulta destacable que, en virtud

---

<sup>48</sup> Art. 16-9 Código Civil francés: Las disposiciones del presente capítulo son de orden público. CAPITULO III: *“Del estudio genético de las características de una persona y de la identificación de una persona por sus huellas genéticas”*.

<sup>49</sup> Sentencia de 26 de junio de 2014 del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, dictada en relación al mencionado caso Mennesson (sentencia nº. 370 del 6 de abril de 2011 de la Corte de Casación francesa) y al también francés, caso Labassee.

<sup>50</sup> Ley alemana de protección del embrión (Embryonenschutzgesetz-ESchG) del 13/12/1990.

<sup>51</sup> *Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern-Adoptionsvermittlungsgesetz-AdVermiG*, 2001, modificado en 2008.

de lo recogido por el párrafo 3, artículo I, de la Ley de protección del embrión, no se contemplen sanciones para la madre gestante ni los comitentes, sino que, en su lugar, las sanciones se impongan para aquellos intermediarios que lleven a cabo la extracción de óvulos y la efectiva fecundación artificial de los mismos. Igualmente, la ley de adopción prohíbe la gestación por sustitución y contempla penas de prisión de un año y multas.

### C) Italia:

Como viene repitiéndose en los casos previamente analizados, la legislación italiana también se suma a la prohibición de la gestación por sustitución. En el caso italiano, es la Ley nº 40 del 19 de febrero de 2004, sobre normas en materia de procreación médicamente asistida; la que, en su artículo cuarto, párrafo tercero, establece la prohibición a recurrir a las que denomina, técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterónoma<sup>52</sup>, entre las que, efectivamente se encuentra la gestación por sustitución. De esta manera, el legislador italiano sanciona la gestación comercial mediante madres de alquiler con multas de entre medio millón y un millón de euros y penas de entre tres meses a tres años de cárcel.

### 3. *Estados que admiten la gestación por sustitución.*

#### A) Sistema del Reino Unido: gestación por sustitución a título gratuito.

La legislación británica en materia de gestación por sustitución merece una mención aparte dada su peculiaridad. Debo iniciar este apartado mencionando la fuerte influencia que recibió del conocido como informe Warnock<sup>53</sup>, el cual recomendó que cualquier tipo de acuerdo de gestación por sustitución fuera declarado ilegal. Si bien es cierto, desde un principio la legislación británica en la materia dispuso una clara diferenciación entre los acuerdos de gestación por sustitución de carácter comercial (prohibidos) y aquellos llevados a cabo de forma altruista (permitidos). Esta distinción no hizo sino confirmarse a partir de 1985 con la aprobación de la *Surrogacy*

---

<sup>52</sup> Art. 4.3 de la Ley nº. 40 del 19 de febrero de 2004: “È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicamente assistita di tipo eterologo”.

<sup>53</sup> *Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* que fue presidido por Mary Warnock, de ahí su denominación.

*Arrangements Act*<sup>54</sup>, la cual sancionaba penalmente solo aquellos acuerdos de gestación por sustitución llevados a cabo con fines comerciales.

Por lo tanto, queda claro que en Gran Bretaña se permite el empleo de técnicas de gestación sustitutoria siempre y cuando se lleven a cabo de forma gratuita o altruista y sin la intervención de intermediarios. En definitiva, la legislación de Gran Bretaña en materia de gestación por sustitución resulta peculiar precisamente porque la actitud prohibitiva se refiere únicamente a la práctica comercial de la misma. Quedando, sin embargo, totalmente admitida y legalizada la gestación sustitutoria justificada por motivos médicos y llevada a cabo de forma gratuita, sin intermediarios y sin que implique la ejecución de un contrato. Si bien es cierto, la legislación británica contempla y admite el pago a la gestante de los gastos razonables que se deriven de la misma<sup>55</sup>.

En el sistema del Reino Unido, la filiación del recién nacido vendrá determinada siempre a favor de la mujer que da a luz, independientemente de que aporte su material genético. Únicamente podrá ser transferida la filiación a los comitentes cuando estos así lo soliciten formalmente ante el Juez y siempre después de pasar un periodo de reflexión de seis semanas que se otorga a la gestante. A partir de aquí, y siempre y cuando el Juez que conozca del asunto lo estime oportuno, se podrá establecer la filiación del niño respecto de los comitentes mediante una *parental order*<sup>56</sup> por la que se transfiere la filiación de la gestante (filiación inicial) a los comitentes que así lo hayan solicitado formalmente ante el Juez. Por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre en las legislaciones de otros Estados, como por ejemplo la de Estados Unidos que posteriormente analizaremos, la legislación británica destaca por la garantía que asiste a la gestante a cambiar de opinión antes y después de dar a luz.

---

<sup>54</sup> *Surrogacy Arrangements Act*, de 18 de julio de 1985, que fue modificada por la ley de 1 de noviembre de 1990. Posteriormente, el 1 de abril de 2009 entró en vigor la *Human Fertilisation and Embryology Act* o ley de fecundación y embriología humana.

<sup>55</sup> A. Quiñones Escámez, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 3, 2009, Cit., I-42, en pp. 32.

<sup>56</sup> Art. 54 de la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008.

Conviene, asimismo, diferenciar dos situaciones: por un lado, en caso de que la mujer que da a luz esté casada, su marido (aun cuando no haya aportado material genético) será considerado el padre del niño. Por otro lado, si la gestante no está casada, el comitente que haya aportado el material genético será considerado automáticamente, a efectos legales, el padre del recién nacido. Posteriormente, el comitente o la mujer comitente que no aportó material genético, podrá ser designada madre del niño al momento del nacimiento, siempre y cuando exista un acuerdo previo entre comitentes y gestante.

En definitiva, ateniéndonos al sistema del Reino Unido, la gestante siempre será considerada como madre del niño. De tal manera que para transferir la filiación a favor de los comitentes será necesaria la tramitación de la orden parental. Sin embargo, la tramitación de esta orden parental está supeditada a un férreo sistema de garantías fundamentales que requiere el cumplimiento de una serie de requisitos<sup>57</sup> que tienen como consideración primordial el bienestar del niño. Además, merece ser destacado el hecho de que la HFEA flexibilice algunas condiciones, entre ellas la que extiende la posibilidad que se establezca la filiación del menor respecto de las personas unidas en una unión civil registrada del mismo sexo.

Entre los requisitos contenidos en el art.54 de la HFEA para el otorgamiento de la *parental order*, que otorgará a los comitentes la filiación inicialmente establecida en favor de la gestante, destacan: En primer lugar, el hecho de que al menos uno de los comitentes aporte su material genético. En segundo lugar, los comitentes deberán ser pareja; ya sean marido y mujer, o dos personas que constituyan una unión civil, siempre y cuando sean mayores de edad. En ningún caso podrá ser comitente una persona sola. Además, se deberán respetar una serie de plazos para proceder a la solicitud de la orden parental. Ésta deberá ser solicitada dentro de los seis meses posteriores al nacimiento del niño. Las solicitudes tramitadas con posterioridad a este plazo, no serán válidas. También es importante destacar el requisito contenido en el apartado 4-b del art. 54. Éste se refiere a la exigencia legal de que en el momento tanto de la solicitud de la orden parental, como en el de la concesión, ambos solicitantes estén domiciliados en el Reino Unido. Por último, tal y como he dicho previamente, la legislación británica en la

---

<sup>57</sup> Art. 54 de la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008.

materia prohíbe la gestación por sustitución comercial. Si bien es cierto, únicamente autoriza el pago de aquellos gastos considerados razonables para llevar a cabo la gestación.

### B) Admisión amplia: India.

Debo comenzar mi análisis sobre la legislación india precisando que actualmente en el país no existe ninguna ley que regule sobre la materia. Por lo tanto, resulta obvio pensar que no exista ninguna ley que prohíba expresamente la gestación por sustitución. Este vacío legal provoca que la gestación por sustitución se lleve a la práctica, produciéndose, además, diversos abusos e injusticias.

El Consejo Indio de Investigación médica (Indian Council of Medical Research), elaboró en 2010 un proyecto de ley denominado *Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill and Rules* que aunque aún no ha sido aprobado, admite las técnicas de gestación por sustitución comerciales, es decir, a título oneroso, y las contempla como plenamente legales.

Ante la ausencia de una regulación en sentido estricto en materia de gestación por sustitución la, cada vez más extendida, gestación por sustitución comercial se rige por lo que se denominan *Guías nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las clínicas de técnicas de reproducción asistida en la India*. Estas guías fueron promulgadas en el año 2005 por el Ministerio de Salud y Bienestar, el Consejo Indio de Investigación Médica y la Academia Nacional de Ciencias Médicas con el objetivo de arrojar cierta luz o, al menos, dotar de cierta seguridad jurídica a las gestaciones por sustitución llevadas a cabo en el país. Entre los requisitos que contempla para la gestación por sustitución comercial, destaco los siguientes:

La gestante no podrá tener más de 45 años. Además, deberá someterse previamente a pruebas de detección del VIH. También se especifica que la misma mujer no podrá actuar como gestante más de tres veces. Además, llama la atención que las guías no exijan que los comitentes deban estar casados, ni siquiera que sean pareja. Únicamente estipulan que para poder proceder a la gestación por sustitución comercial, los comitentes deberán estar físicamente incapacitados para poder llevar a cabo un embarazo.

Respecto de la filiación, queda claramente dispuesto que en ningún caso la gestante será considerada como madre legal. Por lo tanto, los nacidos mediante el empleo de técnicas de gestación por sustitución en la India, siempre serán considerados hijos legítimos de la pareja comitente. Es por esto, por lo que el certificado de nacimiento hará constar como padres a los comitentes o padres genéticos que deberán probar su condición a través de un examen de ADN. Por lo tanto, siempre y cuando los comitentes prueben el vínculo genético con el recién nacido, no necesitarán adoptar al niño.

Respecto de la gestación por sustitución comercial previamente referida, debo destacar que las propias guías decretan que serán los comitentes y la gestante los que fijarán de común acuerdo la cantidad en concepto de retribución a percibir por ésta última, además de todos los gastos necesarios para cubrir el embarazo.

Para finalizar el análisis relativo a la legislación india en materia de gestación por sustitución, debo aclarar que en los últimos años la tendencia de flexibilidad se ha ido matizando. Parece incuestionable que la India se había convertido en uno de los países más populares para llevar a cabo acuerdos de gestación por sustitución, dado la flexibilidad y permisividad de su normativa en esta materia. Precisamente, hasta la reforma acometida por el Gobierno indio en el año 2012, en virtud de la flexibilidad en el régimen de expedición de visados, un ciudadano de cualquier país podía ir a la India para realizar un acuerdo de gestación por sustitución bastándole únicamente una visa de turista. Sin embargo, la modificación mencionada impulsada por el Gobierno ha endurecido el régimen de visados hasta el punto de que las embajadas tienen órdenes estrictas de emitir visas médicas en lugar de visados turísticos para aquellas parejas que pretendan entrar en el país con el objeto de llevar a cabo acuerdos de gestación por sustitución.

Igualmente, para poder acceder a esta visa médica se exige que la pareja solicitante haya estado casada por un espacio mínimo de tiempo de dos años. Por último, la pareja solicitante deberá adjuntar a su solicitud de visa médica, una carta certificada por la embajada del país de origen en la que se indique claramente el reconocimiento de la gestación por sustitución como método reproductivo, además de asegurar la entrada en el país de origen de los comitentes al nacido mediante el empleo de la técnica sustitutoria como hijo biológico de los mismos. En definitiva, resulta sencillo deducir

que como consecuencia de este endurecimiento de la legislación india, los casos de gestación por sustitución en la India se han reducido considerablemente a partir del año 2012.

#### *4. Análisis específico sobre gestación por sustitución en EEUU.*

Procedo a realizar un análisis aparte relativo al desarrollo legislativo y jurisprudencial de la gestación por sustitución en los Estados Unidos, dada la variedad de soluciones adoptadas por los diferentes Estados. En primer lugar, debo comenzar por recordar que la facultad para regular sobre la materia corresponde a cada Estado individualmente en virtud de lo dispuesto en la décima enmienda de la Constitución de los Estados Unidos<sup>58</sup>. Conforme a esta disposición, resulta obvio que la facultad para legislar sobre la gestación por sustitución y para regular la filiación derivada de la misma se configura como una función estatal y no federal.

Por lo tanto, corresponderá a cada Estado decidir de manera individual si legislar o no sobre la materia y, en caso de hacerlo, cómo proceder. Podemos observar cómo las legislaciones estatales relativas a la gestación por sustitución son muy diversas. Sin embargo, para poder realizar un análisis ordenado de las diferentes corrientes legislativas y jurisprudenciales de los Estados, optaré por un estudio separado en tres categorías:

##### *A) Estados con legislación específica sobre gestación por sustitución:*

Dentro de esta primera categoría se encuentran todos aquellos Estados que han llevado a cabo la aprobación de leyes específicas sobre gestación por sustitución. Si bien es cierto, se debe diferenciar entre aquellos que legislan para prohibir la gestación por sustitución o los que, en cambio, lo hacen para permitirla.

Entre los que aprobaron leyes prohibitivas sobre gestación por sustitución, destacan: Arizona, el distrito de Columbia, Michigan y, por último, Nueva York y Nebraska en los que cualquier convenio de gestación por sustitución en el que medie

---

<sup>58</sup> Décima enmienda de la Constitución de EEUU: “*Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente o al pueblo*”.

compensación económica estará prohibido. Esto es, se persigue la gestación por sustitución comercial.

En cambio, otros Estados legislan sobre la materia de forma más permisiva. Serían los casos de Texas y Utah, los cuales adoptaron la *Uniform Parentage Act* que se configura como una guía o ley orientativa que fue creada por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes. Esta ley modelo fue creada con la intención de ayudar a legislar en la adopción de normas sobre familia. Por ello, contiene una serie de requisitos que deberán cumplirse para que la correspondiente autoridad judicial pueda proceder a la aprobación del acuerdo de gestación por sustitución. Entre estos requisitos de obligado cumplimiento destaco los siguientes: Únicamente se permitirá acceder a las técnicas de gestación por sustitución a aquellas parejas que sean heterosexuales, que estén casadas y que hayan probado ser incapaces de llevar a término un embarazo. Además, según lo dispuesto por el Código de familia de Texas, la madre gestante deberá haber alumbrado previamente al menos un hijo propio sano. Por último, la legislación de Texas y Utah contempla la obligación que concierne tanto a la madre gestante como a su marido, si lo tiene, de efectuar un acuerdo por escrito con los comitentes<sup>59</sup>, previo a la gestación. A través de este acuerdo, la gestante deberá asegurar su renuncia a los derechos parentales. Una vez este acuerdo escrito sea aprobado por el Juez que conozca del asunto, la pareja comitente pasará a ostentar la paternidad legal del nacido, y el certificado de nacimiento se expedirá a su nombre.

En relación a aquellos Estados que han regulado específicamente en materia de gestación por sustitución de forma permisiva y con el claro propósito de permitirla, resulta especialmente llamativo el caso de Illinois. Siguiendo la línea marcada por las legislaciones previamente analizadas que permiten la gestación por sustitución, la legislación del Estado de Illinois va un paso más allá, erigiéndose como la legislación más permisiva de los Estados Unidos en lo que a requisitos a la hora de proceder a la gestación por sustitución se refiere. Entre los factores que así lo corroboran, destacan: En primer lugar, el hecho de que proteja por igual tanto a las parejas casadas, como a las

---

<sup>59</sup> Art. 160.754 (1) del Texas Family Code.: “*A prospective gestational mother, her husband if she is married, each donor, and each intended parent may enter into a written agreement providing that:* (2) *The prospective gestational mother, her husband if she is married, and each donor other than the intended parents, if applicable, relinquish all parental rights and duties with respect to a child conceived through assisted reproduction*”.

no casadas y a las personas solas. Además, al contrario que en otros Estados, en Illinois la paternidad legal de los comitentes será oficial automáticamente después del nacimiento del niño, sin necesidad de intervención de los tribunales y bajo un acuerdo válido. Antes del nacimiento, serán los abogados de las partes los que deban verificar la autenticidad y el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley<sup>60</sup>. Estos requisitos incumben tanto a la madre gestante, como a los comitentes. Por último, Illinois permite expresamente la gestación por sustitución comercial, es decir, la llevada a cabo a cambio de contraprestación económica. Por consiguiente, admite que se paguen no sólo los gastos razonables, sino también una retribución procedente.

#### B) Estados sin legislación específica sobre la materia pero con precedentes jurisprudenciales:

Dentro de este grupo de Estados que, a pesar de no tener legislación específica sobre la materia, sí han admitido jurisprudencialmente la gestación por sustitución comercial, se encontrarían: Massachusetts, Pensilvania, Ohio, Carolina del Sur y California. Es precisamente en la legislación de éste último en la que voy a detenerme brevemente, dada la reiteración con la que he citado precedentes jurisprudenciales relativos a órganos jurisdiccionales californianos.

En California, el reconocimiento de la filiación que se derive de un acuerdo de gestación por sustitución no opera de forma automática, sino que, la parte interesada debe instarlo judicialmente<sup>61</sup>. Para que se pueda establecerse la filiación del nacido respecto de la pareja comitente deberá partirse de una sentencia (*pre-birth judgement*) que declare la filiación a su favor. Este procedimiento arranca durante el segundo trimestre de gestación, y tiene por objeto extinguir la filiación respecto de la gestante y su pareja, en caso de que la tenga. Esto es lo que lo diferencia de la adopción, dado que la *pre-birth judgement* obliga al hospital a que justo después de que el parto tenga lugar, se haga constar a la pareja comitente en el certificado de nacimiento original. Se evita, por así decirlo, invocar la figura de la adopción por parte de los comitentes respecto de

---

<sup>60</sup> Véase Illinois Compiled Statutes, Families (750 ILCS 47/) Gestational Surrogacy Act. (750 ILCS 47/20) Sec. 20. Exigibility.

<sup>61</sup> Procedimiento judicial regulado en la sección 7630 (f) del *California Family Code*.

la gestante. Este certificado habrá de ser inscrito en la Oficina Estatal de los Registro Vitales dentro de los diez días siguientes al nacimiento, junto con la *pre-birth judgement* o sentencia judicial que establece la filiación a favor de los comitentes.

### C) Estados sin legislación ni jurisprudencia sobre gestación por sustitución:

Dentro de esta tercera y última categoría se incluirían aquellos en los que no se ha llevado a cabo ninguna labor legislativa en materia de gestación por sustitución, ni tampoco existen precedentes jurisprudenciales sobre la materia. Este sería el caso de: Alaska, Colorado, Kansas, Kentucky, Minnesota, Oklahoma y Wyoming entre otros.

Sin embargo, debo señalar que en estos Estados la filiación se establece teniendo en cuenta leyes preexistentes relativas a maternidad, paternidad, responsabilidad parental y adopción.

### 5. *Repercusión en los ordenamientos internos estatales de la decisión del TEDH.*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se declara claramente en contra de las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo francés en relación a los casos *Menesson* (sentencia nº. 370 del 6 de abril de 2011 de la Corte de Casación francesa) y al también francés, caso *Labassee*. Considera el TEDH que las sentencias adoptadas por el poder judicial francés son contrarias al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>62</sup>, puesto que no reconocen la relación de filiación entre los nacidos mediante el empleo de técnicas de gestación sustitutoria y los progenitores que han acudido a este método reproductivo.

Por lo tanto, a pesar de que el Tribunal Supremo francés alegó que, conforme al anteriormente citado artículo 16-9 del Código Civil francés, el empleo de técnicas de gestación por sustitución incurría en nulidad de orden público internacional francés, denegando así las respectivas solicitudes de inscripción de filiación, los recurrentes invocaron el artículo 8 del Convenio Europeo. Entendían, de esta manera, que sus vidas

---

<sup>62</sup> Art. 8 CEDH: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho (...)*”.

familiares se veían afectadas por el perjuicio que para el menor supone que una filiación legalmente reconocida en el extranjero, no obtenga en Francia el reconocimiento de filiación correspondiente.

Realizando un análisis más detenido de la sentencia se puede comprobar cómo, en primer lugar, hace referencia al concepto de *vida familiar*. Defiende que no existe ninguna duda de que los cónyuges recurrentes se han ocupado de ejercer las funciones de padres del recién nacido desde el nacimiento de éste. El Tribunal considera que la falta de reconocimiento de filiación por parte de las autoridades francesas no impidió a las dos parejas desarrollar una vida familiar "en condiciones globalmente comparables" a las de otras familias en Francia. De esta forma, asegura que no existe ninguna diferencia respecto de la acepción más tradicional de vida familiar.

Tanto en el Caso Mennesson, como en el Caso Labasse; el Tribunal hace una remisión directa a la previsión contenida en el artículo 8 del Convenio Europeo, al constatar que la negativa de las autoridades francesas a reconocer la filiación no supone una violación del artículo 8 relativo a derecho de los demandantes al respeto de su *vida familiar*, y sí una violación del artículo 8 relativo al derecho al respeto de su *vida privada*. Concretamente, en lo referente al respeto de la vida privada de los niños nacidos mediante el empleo de técnicas de gestación sustitutorias, el TEDH denuncia la situación de incertidumbre jurídica en la que se encuentran los menores. Esta situación viene dada por la negativa francesa a reconocerlos tal y como han sido reconocidos en el extranjero, es decir, como hijos de los recurrentes.

Además, el Tribunal señala otro factor que se deriva de esta incertidumbre jurídica, que no es otro que el efecto desfavorable que ésta pueda tener en relación a los derechos sucesorios del menor. Y es que, los menores nacidos mediante el empleo de estas técnicas se encontrarían en una situación desfavorable en materia de derecho sucesorio, dado que únicamente podrían heredar de los recurrentes como legatarios. Concluye el Tribunal asegurando que todos estos factores no harían sino afectar negativamente la definición de la propia identidad de estos menores.

El Tribunal asume que la negativa francesa a practicar las inscripciones de filiación, muestra la intención de Francia de persuadir a sus ciudadanos para que no recurran en el extranjero a técnicas prohibidas en su territorio. Asimismo, tiene en

consideración lo que los tribunales franceses estiman un principio esencial del derecho galo, que no es otro que el principio de indisponibilidad sobre el estado de las personas. Sin embargo, el TEDH, al contrario que los tribunales franceses, no estima que la gestación sustitutoria atente contra este principio.

El TEDH subraya que, consideradas las delicadas cuestiones éticas que se suscitan sobre este tema y la falta de consenso sobre el mismo en Europa, los Estados deben disponer de un amplio margen de apreciación en sus opciones relativas a la gestación por sustitución. Sin embargo, este margen de apreciación debe limitarse cuando se trata de la filiación, ya que ello afecta a un aspecto esencial de la identidad de las personas. Por otra parte, incumbe al Tribunal decidir si se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados, habida cuenta del principio esencial según el cual, cada vez que está en cuestión la situación de un niño, debe primar el interés superior de éste.

Por último, señalar que el Tribunal en su sentencia relativa al Caso Mennesson condena a Francia a pagar 5.000 euros a cada uno de los niños afectados en concepto de daños morales y 15.000 euros a los recurrentes por razón de tasas y costas procesales. En el Caso Labassee, el TEDH adopta una sentencia sustancialmente igual a la del Caso Mennesson, sosteniendo que Francia debía pagar 5.000 euros en concepto de daño inmaterial y 4.000 euros a los demandantes en concepto de costas y gastos.

Sin embargo, debemos orientar esta sentencia del TEDH hacia la creciente tendencia a elaborar un orden público verdaderamente *internacional*. Y es que, a pesar de que el orden público presenta un significado eminentemente *nacional* dado que cada Estado dispone de *su* conjunto de principios básicos y por ende el orden público internacional será diferente en cada Estado; no debemos obviar las, cada vez mayores, tentativas por construir un orden público verdaderamente *internacional*. Esta propensión se cristaliza en lo que podríamos denominar tres factores fundamentales que tienen por objetivo atenuar el *carácter nacional* del orden público internacional:

1. Las actuales tendencias por llevar a cabo un acercamiento jurídico o armonización entre los diferentes Estados.
2. La consolidación de textos legales internacionales como fuente de derecho común. Esta tendencia incluiría la incorporación de textos internacionales

(como convenios internacionales) a los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Esto provoca indudablemente que el *carácter nacional* del orden público internacional de los diversos Estados se vea atenuado.

3. Por último, dado que el orden público internacional tiene como objeto una serie de principios contenidos en convenios o textos internacionales comunes a varios Estados, podríamos hablar principios de orden público *transnacionales* o comunes.

Asimismo, debo hacer inequívoca referencia al *orden público internacional atenuado* para las situaciones legalmente creadas en el extranjero<sup>63</sup>. En relación a esta atenuación del orden público internacional, podemos distinguir una doble vertiente:

Por un lado, en relación a todas aquellas situaciones jurídicas que pretendan crearse en España a partir de una Ley extranjera cuya aplicación lesione principios fundamentales del Derecho español. En este supuesto la Ley extranjera no será aplicada dado que la cohesión jurídica de la sociedad española se vería en entredicho. Por otro lado, existe una segunda vertiente que contempla todas aquellas situaciones jurídicas legalmente creadas en un país extranjero. Así, una vez estas situaciones jurídicas fueran creadas y desplegaran sus efectos en un país extranjero, se trataría de que España *importara* tales situaciones jurídicas. A partir de aquí, la intervención del orden público internacional deberá limitarse únicamente a ciertos efectos derivados de la regulación extranjera. Por lo tanto, debe distinguirse entre dos tipos de efectos jurídicos generados a partir de la importación de situaciones jurídicas legalmente creadas en un Estado extranjero:

Efectos jurídicos *nucleares*: se trataría de todos aquellos efectos jurídicos derivados de la aplicación del Derecho extranjero. Estos efectos provocarían un daño inequívoco en la estructura básica y cohesión de la sociedad española, esto es, vulnerarían el orden público internacional. En el caso que nos ocupa, esto se traduciría en la vulneración del orden público internacional español que se produciría en caso de que se admitiera la gestación por sustitución como técnica de reproducción.

---

<sup>63</sup> A. L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, op. cit. nota 37, pp. 513.

Efectos jurídicos *periféricos*: se trata de todos aquellos efectos jurídicos derivados de la importación a España de situaciones jurídicas creadas en un país extranjero cuya admisión incidental en España no produce ningún perjuicio a los principios jurídicos fundamentales, ni a la cohesión social española. Sería el caso de todos aquellos efectos jurídicos derivados de la gestación por sustitución, tales como; establecimiento de la filiación, derecho de alimentos o derechos sucesorios, entre otros, y que sí serían admitidos en España por no ser contrarios al orden público internacional español.

Por último, debo precisar que un importante sector doctrinal considera positivo el desarrollo del orden público internacional atenuado<sup>64</sup>. Fundamentan su tesis en tres motivos principales: En primer lugar porque entienden que refuerza la estabilidad legal de aquellas situaciones creadas en el extranjero. Consideran que la seguridad jurídica de aquellos particulares implicados se vería perjudicada si estas decisiones jurídicas extranjeras fueran desestimadas por ser consideradas contrarias al orden público internacional por su mera importación a España. En segundo término, abogan por preservar la organización moral y económica de la sociedad española únicamente en caso de que ciertos efectos jurídicos derivados de la aplicación de un Derecho extranjero puedan comprometerlos. Y por último, subrayan el importante apoyo no solo jurisprudencial, sino también legal<sup>65</sup> que se está desarrollando en favor del orden público internacional atenuado.

En relación a esto, debe ser tenida también en cuenta la figura del *orden público internacional parcial*; entendido como la excepción que actuará frente a aquellas disposiciones manifiestamente contrarias al orden público internacional español pero que, sin embargo, sí permitirá la aplicación de las disposiciones extranjeras que no sean contrarias a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español.

---

<sup>64</sup> A. L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, op. cit. nota 37, pp. 514-515.

<sup>65</sup> Art. 23 de la Ley de Adopción Internacional: “*En ningún caso procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. (...) Los aspectos de la adopción que no puedan regirse por un Derecho extranjero al resultar éste contrario al orden público internacional español, se regirán por el Derecho sustantivo español*”.

## V. CONCLUSIONES.

### 1. *Sobre la proyección de la excepción de orden público al ámbito de gestación por sustitución.*

Tal y como se ha ido desarrollando a lo largo del presente estudio, los diferentes Estados han optado por establecer soluciones legislativas unilaterales con resultados heterogéneos en materia de gestación por sustitución. Sin embargo, como viene explicado en las páginas precedentes, la adopción se ha convertido en una suerte de vía alternativa para el establecimiento de la filiación. Esto, unido a la figura de orden público internacional, configurado como una excepción a la aplicación de legislación extranjera en el propio Estado en orden a preservar el conjunto de principios que inspiran el ordenamiento jurídico, ha provocado la denegación de una serie de inscripciones de nacimientos derivados del empleo de técnicas de reproducción asistida con la consiguiente incertidumbre jurídica para los afectados.

### 2. *Sobre el concepto y repercusión práctica del interés del menor.*

Una vez estudiado el concepto de interés del menor en su amplitud, podemos concluir asegurando que este concepto jurídico indeterminado se estructura como un prototipo de actuación jurídica o *standard* que servirá de orientación al operador jurídico en aquellas situaciones en que el menor pueda sufrir cualquier perjuicio o sus intereses se vean en entredicho. Además, tal y como se precisa en el apartado correspondiente, el interés del menor se constituye como un principio de rango constitucional, erigiéndose así en principio rector de la actuación de los poderes públicos cuando se resuelvan cuestiones que afecten al mismo. Por lo tanto, la repercusión que este concepto tendrá en la práctica queda fuera de toda duda.

### 3. *La dimensión comparada de la institución de gestación por sustitución.*

Tal y como viene desarrollado previamente en el apartado relativo al análisis normativo y el derecho comparado en relación a la gestación por sustitución, comprobamos cómo el derecho comparado no logra conformar una respuesta clara y homogénea en relación a la gestación por sustitución. Así, tal y como viene clasificado en el apartado previamente referido, podemos clasificar los Estados, a grandes rasgos,

en dos categorías. Por un lado, tendríamos a todos aquellos países que carecen de regulación en la materia, mientras que por otro lado, estarían los Estados que sí regulan la gestación por sustitución. Dentro de estos, conviene distinguir tres grandes posiciones: la de aquellos Estados que prohíben expresamente la gestación por sustitución (España), la de los países que admiten esta técnica de reproducción asistida únicamente cuando se lleva a cabo de manera altruista o no comercial (Reino Unido), y, por último, los Estados que admiten ampliamente y sin restricciones la gestación por sustitución (India).

#### *4. Reconocimiento y ejecución: la figura del exequátur y su proyección sobre esta materia.*

Debo referirme de forma ineludible a lo recogido en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. En la misma, se decretaba la existencia de una resolución judicial extranjera como elemento necesario para que pudiera producirse el efectivo acceso al Registro de las inscripciones registrales determinadas en el extranjero. Sin embargo, tal y como viene analizado en las páginas precedentes, la ejecución del exequátur en esta concreta materia presenta ciertas particularidades, además de ser fuente de importantes conflictos, y es que, deberá procederse a un control sobre la idoneidad de la resolución judicial extranjera objeto de reconocimiento, dado que, ésta deberá ajustarse a los parámetros proyectados por la excepción de orden público.

#### *5. La orientación del Tribunal Supremo español.*

La solución adoptada por el Tribunal Supremo español (Sentencia del 6 de febrero de 2014, nº 835/2013) confirma las adoptadas en instancia inferior. Así, el Tribunal se apoya en la falta de concordancia o adecuación de las decisiones judiciales extranjeras al orden público internacional español, para justificar su negativa a reconocer y permitir el acceso al Registro español de la filiación determinada mediante resolución judicial extranjera. En definitiva, podemos concluir afirmando que el Tribunal Supremo fija la excepción de orden público internacional como límite al reconocimiento certificaciones de Registro extranjero.

#### *6. La repercusión y alcance de la Decisión del TEDH.*

El TEDH adopta en su decisión una postura totalmente contraria a la de las sentencias del Tribunal Supremo francés (casos *Menesson* y *Labassee*). Por un lado,

respecto del interés superior del menor se debe tener claro que el TEDH hace referencia explícita al artículo octavo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, para afirmar que las decisiones adoptadas por los tribunales franceses son contrarias al mismo. Además en relación a la excepción de orden público, en contra de lo argumentado por los tribunales franceses, el TEDH entiende que la filiación de los nacidos mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida no atenta contra el principio básico del derecho francés de indisponibilidad de las personas. En definitiva, entiende el Tribunal de Estrasburgo que los tribunales franceses no velan por los intereses de los menores, puesto que, los niños gestados por subrogación y cuyas inscripciones registrales son denegadas, quedan en una situación de incertidumbre jurídica inaceptable.

### *7. Perspectiva sobre la evolución futura de la normativa sobre esta institución.*

La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida ha irrumpido en nuestra sociedad con una fuerza innegable, de manera que, resulta obvio pensar que su prohibición no impide ni impedirá que cada vez sean más las personas que recurran a esta técnica. Consecuentemente, el desarrollo de una ordenación coherente que regule y permita el acceso a la gestación por sustitución, disminuirá las desigualdades que se producen actualmente e incrementará la seguridad jurídica. De la misma forma, la regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida reportará un incuestionable beneficio al menor, cuyos intereses se verán asegurados. Como hemos podido advertir a lo largo del presente estudio, la regulación o flexibilización de las condiciones de la gestación por sustitución viene siendo la tendencia predominante en el derecho comparado. De manera que, se presenta ineludible una reforma que resuelva los conflictos de intereses entre las partes y aumente las garantías. Para ello, considero indispensable la tarea del jurista en orden a lograr construir respuestas que sean capaces de conjugar el respeto del orden público y las libertades e intereses de los individuos que formen parte del desarrollo de esta técnica de reproducción asistida.

## VI. BIBLIOGRAFÍA.

### 1. Manuales.

- R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, Pamplona, Aranzadi, 2013.
- A. L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, Comares, 2013
- A. L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Comares, 2012.
- M. Carcaba Fernández, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995.
- J. A. Cobacho Gómez, J. J. Iniesta Delgado, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Pamplona, Aranzadi, 2007.
- E. García de Enterría, T. R. Hernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Pamplona, Aranzadi, 2013.
- M. Garriga Gorina, *La Adopción y el Derecho a Conocer la Filiación de Origen*, Elcano, Aranzadi, 2000.
- D. Jarufe Contreras, *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción “versus” técnicas de reproducción humana asistida*, Madrid, Dynkinson, 2013.
- J. L. Jiménez Ruiz, *El orden jurídico multinivel entre los paradigmas de libertad y seguridad*, Cuadernos del Congreso de los Diputados 10, Madrid, Dirección de estudios análisis y publicaciones, 2014.
- E. Lamm, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientre*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.
- F. Lledó Yagüe, C. Ochoa Marieta, O. Monje Balmaseda, *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Madrid, Dynkinson, 2007
- F. Lledó Yagüe, A. Sánchez Sánchez, o. Monje Balmaseda, *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derechos de familia*, Tomo I, Parte sustantiva, Madrid, Dykinson, 2011.

- F. Rivero Hernández, *El interés del menor*, Madrid, Dynkinson, 2007.
- M<sup>a</sup>. Roncesvalles Barber Cárcamo, *La filiación en España: Una visión crítica*, Pamplona, Aranzadi, 2013.

## 2. Revistas.

- P. Blanco-Morales Limones, “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, artículo inédito.
- J. R. De Verda y Beamonte, “Inscripción de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución” *Diario de Ley*, núm. 7501, 2010
- A. Díaz Martínez, “La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2013.
- T. Hualde Manso, “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2012.
- A. Paniza Fullana, “Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2014.
- M. A. Presno Linera, P. Jiménez Blanco, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2014.
- A. Quiñones Escámez, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 3, 2009.
- C. Vaquero López, “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4, 2015.
- A. J. Vela Sánchez, “Problemas prácticos del Convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 53, 2011.

### 3. Legislación.

- Constitución Española, 1978 (BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978).
- Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889 (GACETA de 25 de Julio de 1889).
- Ley 14/2006, de 26 de mayo (BOE núm. 126, de 27/05/2006).
- Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313 de 31 de Diciembre de 1990).
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (BOE núm. 312 de 29 de Diciembre de 2007).
- Reglamento del Registro Civil (BOE núm. 296 de 11 de Diciembre de 1958).
- Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (GACETA núm. 36 de 05 de Febrero de 1881).
- Convenio Europeo de los Derechos Humanos (BOE núm. 108 de 06 de Mayo de 1999).
- Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill and Rules 2010 del Consejo Indio de Investigación médica.
- The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology (Human Reproduction, 2009).
- Code civil des Français de 21 de marzo de 1804.
- Ley alemana de protección del embrión (Embryonenschutzgesetz-ESchG) del 13/12/1990.
- Ley de adopción alemana. Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern-Adoptionsvermittlungsgesetz-AdVermiG, 2001, modificado en 2008.
- Legge n° 40, 19 di febraio 2004, di procreazione medicalmente assistita.
- Surrogacy Arrangements Act, de 18 de julio de 1985.
- Human Fertilisation and Embryology Act de 2008.
- Proyecto de Ley indio, Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill and Rules, 2010.
- Guías nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las clínicas de técnicas de reproducción asistida en la India, 2005.

- Constitución de los Estados Unidos, 1787.
- Texas Family Code, Title 5: The parent-child relationship and the suit affecting the parent-child relationship, Subtitle B: Suits affecting the parent-child relationship, Chapter 160: Uniform parentage act, Section 160.754, Gestational Agreement Authorized.
- Illinois Compiled Statutes, Families (750 ILCS 47/) Gestational Surrogacy Act. (750 ILCS 47/20) Sec. 20. Exigibility.
- California Family Code, section 7630 (f).

#### *4. Jurisprudencia.*

- Resolución DGRN (1ª) de 18 de febrero de 2009. (BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2008).
- Sentencia del juzgado de primera instancia nº 15 de valencia del 15 de septiembre de 2010 (nº 193/2010).
- Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución de 5 de octubre de 2010 (BOE nº243, de 7 de octubre de 2010).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia del 23 de noviembre de 2011 (nº 826/2011).
- Sentencia del Tribunal Supremo del 6 de febrero de 2014 (nº 835/2013).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 26 de junio de 2014.
- Opinión 110 del Comité Consultatif National d'Éthique de Francia "Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui", de mayo de 2010.
- Sentencia de 8 de julio de 2010 de la Corte de Casación francesa. (Nº de recurso: 09-12623).
- Sentencia nº. 370 del 6 de abril de 2011 de la Corte de Casación francesa.

#### *5. Páginas web.*

- [http://www.academia.edu/4494552/Reconocimiento de la filiaci%C3%B3n derivada de gestaci%C3%B3n por sustituci%C3%B3n](http://www.academia.edu/4494552/Reconocimiento_de_la_filiaci%C3%B3n_derivada_de_gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n)
- [http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAO29B2AcSZYJi9tynt\\_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAZo2dvPfee--](http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAO29B2AcSZYJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAZo2dvPfee--)

[999577733ujudTif33\\_8\\_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrlHz9-fB8\\_lorZ7LOnb3bo2dv9dP\\_hwS-8zOumqJaf\\_WRxkS\\_bHH8X59dPq-mb61X-2XIWNvkvXGRtm9efPX\\_-LFvoH79Xfv3Zq9OfPHv95vgX5pOqehtA\\_fONtKI5Xq3q6jKffba3s3ufvn64u7f34P8BpS1Bh\\_oYAAAA=WKE](https://www.999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrlHz9-fB8_lorZ7LOnb3bo2dv9dP_hwS-8zOumqJaf_WRxkS_bHH8X59dPq-mb61X-2XIWNvkvXGRtm9efPX_-LFvoH79Xfv3Zq9OfPHv95vgX5pOqehtA_fONtKI5Xq3q6jKffba3s3ufvn64u7f34P8BpS1Bh_oYAAAA=WKE)

- <http://noticias.juridicas.com/actual/3987-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.html>
- <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2014/11/bibliografia-articulo-doctrinal.html>
- <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2014/06/el-tedh-falla-contrala-prohibicion-de.html>
- [http://www.migrarconderechos.es/jurisprudencemastertable/jurisprudencia/STEDH\\_26\\_06\\_2014;jsessionid=5339472B635984A46DFFC4D7C0D0A893](http://www.migrarconderechos.es/jurisprudencemastertable/jurisprudencia/STEDH_26_06_2014;jsessionid=5339472B635984A46DFFC4D7C0D0A893)
- [http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314\\_085333.html](http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html)
- [http://biblioteca.unirioja.es/tfe\\_e/TFE000238.pdf](http://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000238.pdf)
- <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es>

