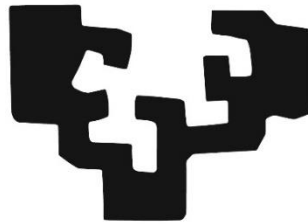


LA GESTACIÓN SUBROGADA:

PROBLEMÁTICA DE LA INSCRIPCIÓN EN ESPAÑA DE LOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas

Trabajo de Fin de Grado

Curso 2018/2019

Autora: Patricia Ruiz de Infante Rodríguez

Director: Rafael Cardenal Carro

Vitoria-Gasteiz, 14 de febrero de 2019



ABREVIATURAS

Ap.	Apartado
Art.	Artículo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
LRC	Ley del Registro Civil
LTRHA	Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida
Núm.	Número
Ob. cit.	Obra citada
Pág.	Página
RC	Registro Civil
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
Rec.	Recurso
RRC	Reglamento del Registro Civil
Ss.	Siguientes
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Véase

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	4
II.	CUESTIONES GENERALES.....	5
1.	Concepto	5
2.	Modalidades.....	7
III.	TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO.....	9
1.	Países que admiten ampliamente la gestación subrogada.....	10
2.	Países que admiten la gestación subrogada con limitaciones	10
3.	Países que prohíben la gestación subrogada	12
IV.	RÉGIMEN JURÍDICO EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA GESTACIÓN SUBROGADA PRACTICADA POR ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO.....	13
1.	Normativa interna: La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	13
2.	Pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado	17
2.1.	<i>Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009.....</i>	17
2.2.	<i>Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución</i>	21
3.	Resoluciones jurisprudenciales.....	25
3.1.	<i>Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014</i>	25
3.2.	<i>Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo</i>	32
3.2.1.	<i>Sentencias Mennesson v. Francia y Labassee v. Francia, ambas de 26 de junio de 2014</i>	32
3.2.2.	<i>Sentencias Paradiso & Campanelli v. Italia (2015-2017).....</i>	36
3.3.	<i>Influencia en la Jurisprudencia española de la Doctrina del TEDH de 26 de junio de 2014: la Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014 y el Auto del TS de 2 de febrero 2015. Tratamiento jurídico actual.</i>	38
3.4.	<i>Otras resoluciones jurisprudenciales que reconocen efectos derivados de la gestación subrogada</i>	44
V.	CONCLUSIONES	46
VI.	BIBLIOGRAFÍA	49

I. INTRODUCCIÓN

La gestación subrogada suscita en la actualidad un candente debate social que se verá incrementado con el paso del tiempo debido al radical cambio de los modelos tradicionales de familia, al avance tecnológico y al aumento progresivo de los problemas de infertilidad, a lo que se une la determinante influencia de la globalización.

En nuestro país, la gestación por sustitución genera, entre otros, diversos problemas jurídicos que se han de solventar desde la perspectiva del interés superior del menor, los derechos de la gestante y de los padres de intención, todo ello en concordancia con el aseguramiento del orden público internacional.

El objeto del presente Trabajo se centra en el estudio del régimen jurídico sobre el que descansa la gestación subrogada en España, al que acompaña una gran inseguridad normativa y fáctica. Partiendo de la base de una prohibición expresa de la gestación subrogada en el Ordenamiento Jurídico español, se ha generado una incertidumbre que se ha intentado paliar a base de pronunciamientos jurisprudenciales y diversos “parches” normativos. En concreto, se examinará la cuestión relativa al procedimiento de inscripción en el Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada.

Dada la amplitud del tema tratado, me veo limitada a centrarme en los aspectos meramente jurídicos y abandonar otras cuestiones que presentan un gran interés, como son el debate ético y moral¹, y las propuestas de legislación futura que ofrecen los autores².

Comenzaré realizando un sucinto análisis del concepto de la gestación subrogada, las características que la circundan y las modalidades que presenta.

¹ Las cuestiones éticas y morales se pueden consultar en: SOUTO GALVÁN, B., “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, n.º 1, 2005, págs. 275-292; Comité de Bioética de España, en *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, Madrid, 19 de mayo de 2017. Disponible en: <https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/05/maternidadCB.pdf>

² Vid., entre otros: VELA SÁNCHEZ, A. J., “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1): a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, *Diario La Ley*, n.º 7621, Sección Doctrina, Editorial LA LEY, 3 de mayo de 2011.

A continuación, expondré rasgos generales del tratamiento jurídico que ostenta esta figura en el Derecho Comparado, y haré una división entre aquellos países que admiten ampliamente la gestación subrogada, aquellos que la admiten con limitaciones, y los que la prohíben.

Tras ello, me centraré en la parte que constituye la clave de bóveda del presente Trabajo; el régimen jurídico en el Derecho español de la gestación subrogada practicada por españoles en el extranjero. En primer lugar, haré referencia a la prohibición taxativa que se contiene en la normativa interna y, a continuación, expondré los pronunciamientos administrativos y las resoluciones jurisprudenciales que condicionan, en la actualidad, el régimen jurídico aplicable a esta figura. Cada uno de los pronunciamientos administrativos y jurisprudenciales que se analizan presentan una relevancia esencial, ya que se encadenan como una secuencia en el tiempo hasta llegar al tratamiento que se le otorga a la gestación subrogada a día de hoy.

II. CUESTIONES GENERALES

1. Concepto

A lo largo de las últimas décadas, el avance de la ciencia y de la tecnología ha comportado la creación de diversas técnicas de reproducción humana asistida, dejando una realidad latente que, como toda innovación, ha supuesto y sigue suponiendo un gran reto para el legislador. Entre estas técnicas, se encuentra la que constituye el objeto del presente trabajo, la *gestación subrogada*.

Pese a la creencia generalizada de que la gestación subrogada es una técnica de hoy en día, fueron las técnicas de la inseminación artificial y de la fecundación in vitro las que abrieron las puertas a este método reproductivo, de modo que el mismo se lleva practicando durante más de 40 años³.

³ Se ha señalado que “Aunque los primeros casos tuvieron lugar hace más de cuarenta años, durante mucho tiempo tuvo un alcance limitado. Ha sido en los últimos quince años cuando la práctica se ha extendido y, sobre todo, se ha internacionalizado” (Comité de Bioética de España, en *Informe del Comité...*, ob. cit., pág. 2).

La doctrina ofrece numerosas definiciones del concepto de *gestación subrogada*, también conocida como “gestación por sustitución”, “maternidad subrogada”, “convenio gestacional” o, más coloquialmente, “vientres de alquiler”.

LAMM la define como una técnica de reproducción humana asistida mediante la cual una mujer, denominada gestante, acuerda con otra persona o pareja, denominada comitente, gestar en su vientre un embrión con la finalidad de entregar al recién nacido a la parte comitente y que el mismo tenga vínculos jurídicos de filiación con ésta⁴.

Para CORDERO, la gestación por sustitución consiste en la celebración de un contrato en virtud del cual una mujer -gestante-, se compromete, con o sin contraprestación, a gestar en su vientre un embrión para otra u otras personas, -comitente/s-. Las obligaciones contractuales pueden alcanzar, asimismo, el compromiso de la mujer gestante de aportar (o no) su propio material reproductivo⁵.

El Comité de Bioética de España se pronuncia en términos similares a los anteriores, estableciendo que la maternidad subrogada se da cuando una mujer se presta a gestar un bebé para entregarlo a la o las personas que se lo han encargado, siendo éstos quienes asumirán la maternidad y/o paternidad. Apunta, además, que el común denominador de las diferentes modalidades de gestación subrogada es la voluntad de privar de la condición de madre a quien ha dado a luz al niño para atribuirlo a otra u otras personas⁶.

De las definiciones expuestas se desprenden una serie de características que son propias de la gestación por sustitución.

En primer lugar, existe una relación jurídica entre dos partes que nace de la celebración de un contrato gestacional⁷, siendo los sujetos de dicha relación:

⁴ LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pág. 24.

⁵ CORDERO GORDILLO, V., “La prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución”, *Trabajo y Derecho*, n.º 7-8, Editorial Wolters Kluwer, julio de 2015, pág. 1.

⁶ Comité de Bioética de España, en *Informe del Comité...*, ob. cit., pág. 6-7.

⁷ Estos contratos pueden ser minuciosos o genéricos, siendo lo más habitual que la relación entre la parte gestante y comitente se lleve a cabo a través de un agente, que puede ser una empresa que ofrece el servicio reproductivo completo a los comitentes, un mediador que pone en contacto a las partes o una agencia pública que realiza la intermediación o vela por el buen desarrollo del proceso (Comité de Bioética de España, en *Informe del Comité...*, ob. cit., pág. 8).

- a) La parte gestante o madre gestante: es la mujer que porta al niño en su vientre, quien dará a luz y quien renuncia a los vínculos de filiación para con el recién nacido.
- b) La parte comitente o padres de intención: es la parte que solicita la gestación del menor y en favor de la cual renuncia la madre gestante a la filiación. Esta parte puede estar constituida por una pareja de hecho -homosexual o heterosexual-, un matrimonio -homosexual o heterosexual-, o una mujer u hombre de manera individual.

En segundo lugar, se encuentra la característica más distintiva de la gestación por sustitución, que es el propio objeto del contrato. Éste queda constituido por la gestación de un embrión en el vientre de una mujer que renuncia a los vínculos de filiación en favor de la parte comitente.

Finalmente, se aprecia la existencia de diferentes modalidades de gestación subrogada, atendiendo a diversos criterios tales como la gratuidad u onerosidad del contrato, la aportación de material reproductivo, etcétera. Estas modalidades serán abordadas individualmente en el siguiente epígrafe.

2. Modalidades

Como se ha adelantado, las modalidades de gestación por sustitución se pueden clasificar atendiendo a diferentes criterios.

Para realizar la primera clasificación, se debe atender a la procedencia del material reproductivo utilizado en la fecundación. Se presentan las siguientes posibilidades:

- Óvulo procedente de la madre de intención
- Óvulo procedente de la madre gestante
- Óvulo procedente de una donante
- Esperma procedente del padre de intención
- Esperma procedente de un donante

Por lo tanto, en función de la procedencia del material reproductivo que se utiliza en la fecundación, se distinguen tres tipos de gestación por sustitución:

Por un lado, la gestación subrogada gestacional. Ésta ocurre cuando es la madre de intención la que aporta su material reproductivo. Se realiza una fecundación in vitro -

que podrá ser con el esperma del padre solicitante o con el esperma de un donante- y posteriormente se introduce el embrión en el vientre de la madre gestante.

Por otro lado, cuando el material reproductivo femenino procede de una donante y el masculino del padre comitente o de un donante, recibe el mismo nombre que la modalidad anterior: gestación subrogada gestacional, aunque también se conoce como gestación tradicional o parcial. El procedimiento es el mismo que el anterior.

En último lugar, está la denominada maternidad subrogada plena, que se presenta cuando la madre gestante, además de aportar su vientre, aporta su material reproductivo. Los óvulos de la madre gestante se inseminan mediante fecundación in vitro con el esperma procedente bien del padre de intención o bien de un donante, y posteriormente se introduce el embrión en su vientre.

Una segunda clasificación de la gestación subrogada es la que se realiza en función de la relación de los sujetos que participan en el contrato, de donde se distingue: **a)** gestación por sustitución extrafamiliar, y; **b)** gestación por sustitución intrafamiliar⁸.

En tercer lugar, la gestación subrogada se puede clasificar atendiendo a la gratuidad u onerosidad del contrato⁹. En función de este factor muchos países basan la legalidad o ilegalidad de esta técnica de reproducción asistida en sus ordenamientos jurídicos, tratando de evitar la creación de mercados de compra venta de bebés y la explotación de mujeres en situación de necesidad.

La cuarta y última clasificación se articula en torno a las condiciones de entrega del recién nacido estipuladas en el contrato gestacional, existiendo dos alternativas: **i)** que la madre gestante renuncie a la maternidad antes de producirse el parto, o; **ii)** que la madre gestante ostente libertad para decidir, en los días siguientes al parto, si renuncia a la maternidad.

⁸ En la modalidad intrafamiliar, la mujer gestante puede ser tanto una madre, hermana o hija, como una tía, prima o sobrina (Comité de Bioética de España, en *Informe del Comité...*, ob. cit., pág. 6).

⁹ A juicio del Comité de Bioética de España, si la gestante actúa de manera altruista ésta no podrá recibir retribución alguna, pero sí compensación por los gastos incurridos o la pérdida de ingresos que le genere la gestación (Comité de Bioética de España, en *Informe del Comité...*, ob. cit., pág. 6).

III. TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

La normativa relativa a la gestación subrogada en los diferentes ordenamientos jurídicos es muy diversa, al no existir un consenso a nivel comunitario o supracomunitario que establezca unos estándares mínimos para su regulación¹⁰. Es por ello que se caracteriza por su variabilidad, complejidad y la consiguiente inseguridad jurídica que genera¹¹.

Así, ROMEO hace una distinción entre aquellos países en los que la gestación por sustitución está permitida¹², aquellos que la prohíben explícitamente o que no reconocen ningún efecto jurídico a la misma¹³, y los países en los que, no existiendo una regulación explícita sobre la gestación subrogada, la permiten implícitamente¹⁴, o, por el contrario, la prohíben implícitamente¹⁵ no reconociendo sus efectos¹⁶.

A continuación se realizará, a los efectos de ofrecer una visión general del tratamiento de esta figura en el Derecho Comparado¹⁷, una división entre aquellos países que admiten ampliamente la gestación por sustitución, aquellos que la admiten bajo el cumplimiento de determinadas restricciones o limitaciones, y aquellos que la prohíben.

¹⁰ No obstante, la gestación subrogada ha sido estudiada en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, cuyos esfuerzos no han permitido todavía un acuerdo entre los Estados parte. Más información en: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> [Última consulta: 7 febrero 2019].

¹¹ Comité de Bioética de España, en *Informe del Comité...*, ob. cit., pág. 45.

¹² Albania, Georgia, Grecia, Países Bajos, Reino Unido, Ucrania, Rusia, Indonesia y Portugal (declarada inconstitucional por el TC en 2018 y pendiente de adaptar la ley).

¹³ Alemania, Austria, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Suiza y Turquía.

¹⁴ Bélgica, República Checa, Luxemburgo, Polonia y algunos Estados de Estados Unidos.

¹⁵ Andorra, Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumanía y San Marino.

¹⁶ ROMEO CASABONA, C. M., "La maternidad subrogada o gestación por sustitución. El debate actual sobre su régimen legal", Conferencia en Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 30 de octubre de 2018.

¹⁷ A modo ilustrativo del alcance que presenta la gestación subrogada, según la ONG suiza *International Social Security*, se estima que cada año nacen en todo el mundo al menos 20.000 niños mediante esta técnica de reproducción humana asistida (Agencia F., "Mil niños por gestación subrogada cada año en España, aunque no esté regulada", *EcoDiario elEconomista*, 13 de septiembre de 2018. Disponible en: <https://ecodiario.eleconomista.es/salud/noticias/9386062/09/18/Mil-ninos-por-gestacion-subrogada-cada-ano-en-Espana-aunque-no-este-regulada.html> [Última consulta: 5 febrero 2019]).

1. Países que admiten ampliamente la gestación subrogada

Solamente algunos Estados de Estados Unidos admiten la práctica de la gestación por sustitución sin imponer apenas restricciones. Cada Estado es competente para regular en su ámbito territorial esta materia -bien mediante ley, bien mediante jurisprudencia- o, por el contrario, para no regularla y limitarse a aceptarla o prohibirla implícitamente.

Los Estados que se muestran ampliamente favorables a esta técnica, aunque no ostenten una regulación explícita al respecto, reciben el nombre de *surrogacy-friendly*.

Entre aquellos *surrogacy-friendly* con una regulación legal o jurisprudencial de la gestación subrogada se encuentran los Estados de Connecticut, Maine, Nevada y California. Este último es el más permisivo con la gestación comercial y también el más garantista.

Siguiendo la Jurisprudencia californiana¹⁸, mediante decisión judicial (conocida como *pre-birth order*) se homologa el contrato de gestación por sustitución y se declaran extintos los derechos de la madre gestante y de su eventual pareja, atribuyéndose la paternidad a los comitentes antes de que se produzca el parto. Sin embargo, la orden judicial no es efectiva hasta después del parto. Posteriormente, el juez ordena la expedición del certificado de nacimiento donde no conste ninguna referencia a la utilización de la técnica de gestación subrogada ni a la madre gestante¹⁹. Este procedimiento es similar al seguido por los otros Estados con regulación favorable, aunque la decisión judicial que atribuye la filiación a los comitentes puede tener lugar después del parto (*post-birth order*).

2. Países que admiten la gestación subrogada con limitaciones

Las restricciones impuestas por los países que admiten la maternidad subrogada pueden ser de diversa índole y atendiendo a varios criterios. Especialmente se tiene en consideración la modalidad en que se practique la gestación subrogada.

Países como Canadá permiten el acceso a esta técnica a todo tipo de modelos familiares, ya sea una pareja homosexual o heterosexual, un matrimonio de las mismas

¹⁸ “La eficacia vinculante de los contratos de gestación por sustitución está reconocida desde el año 1993 por la Corte Suprema californiana (*As. Johnson c. Calvert*)” (HEREDIA CERVANTES, I., “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *ADC: Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVI, 2013, Fasc. II, pág. 696).

¹⁹ HEREDIA CERVANTES, I., “La Dirección General...”, ob. cit., pág. 697.

características, o una mujer u hombre de manera individual. Sin embargo, otros como Ucrania sólo aceptan a parejas heterosexuales casadas o, como es el caso de Rusia, a parejas heterosexuales y mujeres solteras.

También hay países que restringen la maternidad subrogada a los nacionales del país, como ocurre en Tailandia, que tuvo que imponer esta limitación en febrero de 2015 al haberse convertido en un destino clave del fenómeno conocido como “turismo reproductivo”. Otros como Grecia o Georgia admiten también extranjeros.

Una de las condiciones más comunes para acudir a esta técnica reproductiva es que la mujer comitente presente un certificado médico de infertilidad o de problemas para concebir. Este certificado es exigido por países como Grecia, Ucrania, Rusia, Georgia o Tailandia.

Entre las numerosas limitaciones que se pueden encontrar en los distintos ordenamientos jurídicos, una que genera gran debate doctrinal es la gratuidad u onerosidad del contrato. Países como Reino Unido y Canadá exigen que aquél se realice de modo altruista, estableciendo una compensación por los gastos derivados del embarazo. Sin embargo, en otros como California, Rusia o Ucrania, el carácter oneroso de los contratos gestacionales hace posible una “gestación comercial”, caracterizada por los elevados precios y por el favorecimiento de la creación de agencias intermediarias²⁰.

Por otro lado, hay países que limitan la gestación por sustitución a su modalidad intrafamiliar (Brasil), a su modalidad gestacional (Rusia), a la aportación de material reproductivo por al menos uno de los miembros de la parte comitente (Ucrania y Reino Unido), e incluso a la edad de la parte comitente (en Grecia, la madre comitente no puede ser mayor de 50 años).

Finalmente, en cuanto al reconocimiento de la filiación se refiere, en algunos países como Grecia se otorga la presunción de maternidad a favor de la madre comitente bajo el cumplimiento de una serie de condiciones, mientras que en otros, como Reino Unido, el contrato no es vinculante para la madre gestante, siendo ésta considerada como madre legal hasta que se dicte una orden judicial que determine la filiación a favor de la

²⁰ Para mayor referencia, vid.: <https://interfertility.es/paises-costes-gestacion-subrogada-precio/> [Última consulta: 20 enero 2018].

parte comitente²¹. En el lado opuesto, hay países que no ofrecen plenas garantías sobre la filiación de los menores, ni tampoco sobre las condiciones a las que quedan sometidas las mujeres gestantes en cuanto a explotación y creación de redes de mafias se refiere²².

3. Países que prohíben la gestación subrogada

Un elevado número de los países de la Unión Europea no permiten la gestación subrogada, existiendo una prohibición prácticamente unánime cuando se realiza con carácter oneroso²³.

Así, en Alemania está prohibida y penada cualquier modalidad de gestación subrogada a tenor de la Ley de protección del embrión, n.º 745/1990, de 13 de diciembre²⁴. En consecuencia, los contratos gestacionales que se practiquen se consideran nulos.

También en el Ordenamiento Jurídico francés se contempla la prohibición de esta técnica de reproducción asistida, tanto en el Código Civil francés²⁵, como en la Ley n.º 94-653, de 24 de julio de 1994, relativa a la Protección del Cuerpo Humano. Francia niega asimismo la inscripción en el Registro Civil de los hijos de franceses nacidos mediante contrato gestacional en el extranjero, al considerarlo contrario al orden público internacional francés que establece la indisponibilidad del cuerpo humano y el estado de las personas²⁶.

²¹ AZNAR DOMINGO, A., DELGADO SÁNCHEZ, A., "Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España", *Diario La Ley*, n.º 9099, Sección Tribuna, Editorial Wolters Kluwer, 14 de diciembre de 2017, pág. 7.

²² POLO GARCÍA, S., "¿Gestación subrogada o vientre de alquiler?", *Revista de Jurisprudencia*, Tribuna Penal, LEFEBVRE EL DERECHO, 15 de mayo de 2017.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, n.º 835/2013, de 6 de febrero de 2014, Rec. 245/2012, FJ. 3º [LA LEY 2868/2014].

²⁴ Art. 1.1 Ley alemana de protección del embrión, n.º 745/1990, de 13 de diciembre: "1.1. Será sancionado con una pena privativa de libertad de hasta tres años o de multa quien: 7) Practicara una fecundación artificial o transfiera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo de forma definitiva ante terceros después de su nacimiento".

²⁵ Art. 16-7 Código Civil francés: "Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo".

Art. 16-9 Código Civil francés: "Las disposiciones del presente capítulo son de orden público".

²⁶ POLO GARCÍA, S., "¿Gestación subrogada o...", ob. cit., pág. 1.

Suiza se suma al rechazo de esta práctica y lo hace a través de su Constitución Federal²⁷, cuya pena queda articulada en torno a la Ley Federal sobre procreación médicamente asistida.

Otros países como India, Nepal o Camboya han prohibido esta figura gestacional en los últimos años (2015-2016), tras haberse convertido en verdaderos paraísos para la práctica de la gestación por sustitución, con unos precios reducidos y dando lugar a situaciones de desprotección, explotación de mujeres y tráfico de niños²⁸.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA GESTACIÓN SUBROGADA PRACTICADA POR ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO

1. Normativa interna: La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida²⁹ nace ante la necesidad de dar respuesta a los nuevos avances científicos y clínicos en materia de técnicas de reproducción humana asistida y deroga a sus predecesoras (Ley 35/1988, de 22 de noviembre, y Ley 45/2003, de 21 de noviembre).

Así, la citada Ley hace una mención expresa a la técnica de la gestación por sustitución, quedando ésta taxativamente prohibida en el Ordenamiento Jurídico español a tenor de su artículo 10 -*Gestación por sustitución*-³⁰, de acuerdo con el cual:

“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.

²⁷ Art. 119.2.d) Constitución Federal de la Confederación Suiza: “*La donación de embriones y cualquier otra forma de maternidad subrogada están prohibidas*”.

²⁸ Comité de Bioética de España, en *Informe del Comité...*, ob. cit., pág. 46.

²⁹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006).

³⁰ El actual artículo 10 LTRHA se ha mantenido intacto desde la primera Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Ley 35/1988, de 22 de noviembre (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988).

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

Realizando un breve análisis del presente artículo, se concluye que: **i)** el contrato de gestación por sustitución carece de efectos jurídicos en España, por lo que no se reconoce una relación paterno-filial entre los padres de intención y el recién nacido; **ii)** la filiación del recién nacido queda determinada por el parto, es decir, se reconoce a favor de la madre que da a luz (madre gestante); **iii)** en el caso de que el padre de intención hubiere aportado su material reproductor para la gestación del menor, podrá reclamar la paternidad y que le sea reconocida la relación paterno-filial. Sin embargo, dicha acción de reclamación de la paternidad no queda salvaguardada para la madre de intención aunque ésta hubiere aportado su material genético, al quedar la filiación determinada por el parto³¹. En este sentido, cabe plantearse si el legislador ha reparado en la situación de desigualdad que puede generar esta Ley al no permitir reclamar la maternidad cuando la mujer comitente hubiere aportado sus óvulos, pero sí la paternidad cuando el hombre comitente hubiere aportado su esperma; **iv)** no se prevé ninguna sanción, ni en la LTRHA ni en ninguna otra Ley del Ordenamiento Jurídico español, para quien acuda o practique la maternidad subrogada³².

Como consecuencia de la prohibición de esta técnica de reproducción humana asistida en España, surge, entre los españoles, el ya mencionado fenómeno de “turismo reproductivo”³³. Este fenómeno comporta una “huida” del Ordenamiento Jurídico español hacia otros en los que la maternidad subrogada está permitida, de modo que los ciudadanos españoles celebran estos contratos en países extranjeros y retornan a España

³¹ La legislación española excluye en todo momento a la madre comitente, que nunca tendrá atribuida la filiación aunque haya aportado su material reproductor (AZNAR DOMINGO, A., DELGADO SÁNCHEZ, A., “Regulación y...”, ob. cit., pág. 2).

³² A criterio de CERDÁ, esta falta de sanción posibilita la legalización de la gestación subrogada en España a través de la figura de la *adopción express* contemplada en el art. 176 CC. Así, cuando el padre comitente sea al mismo tiempo el padre biológico, basta con el consentimiento de la madre gestante para que se produzca, tras el alumbramiento, la adopción respecto del cónyuge o pareja del padre biológico (CERDÁ SUBIRACHS, J., “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, *Abogados de Familia*, n.º 60, Sección Tribuna Abierta, Editorial LA LEY, Segundo trimestre de 2011, pág. 3).

³³ Los principales destinos de los españoles para acceder a la gestación subrogada son Estados Unidos y Ucrania, que abarcan el 80% de los contratos gestacionales celebrados por españoles entre 2010 y 2016, seguidos de India y México. (ÁLVAREZ, P., “El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EEUU y Ucrania”, *El País*, 18 de diciembre de 2017. Disponible en: https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html [Última consulta: 5 febrero 2019]).

con el bebé fruto del susodicho contrato³⁴. Sin embargo, estos contratos generan problemas relativos, entre otros, al reconocimiento en España de la relación de filiación entre el recién nacido y los comitentes.

A tales efectos y para una mayor comprensión, se exponen a continuación una serie de conceptos básicos relativos a la filiación, la inscripción de los nacimientos en el Registro Civil español y la adquisición de la nacionalidad española.

PUIG PEÑA describe la filiación como “*aquel estado jurídico que la ley asigna a una determinada persona, deducida de la relación natural de procreación que le liga con su progenitor*”³⁵. No obstante, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil³⁶ (arts. 108 y ss.), puede quedar establecida por adopción o por naturaleza, la cual a su vez puede ser matrimonial o extramatrimonial³⁷. Los efectos jurídicos que despliegan los dos tipos de filiación -adoptiva y natural (matrimonial y extramatrimonial)- son los mismos, entre los que destacan la determinación de los apellidos y la adquisición de la nacionalidad.

Así, en lo que a la gestación subrogada interesa, son españoles de origen³⁸ los nacidos³⁹ de padre o madre españoles. También lo es el extranjero menor de dieciocho años adoptado por un español, desde el momento de la adopción.

Para que la filiación quede acreditada, la vía más común es la de la inscripción en el Registro Civil, si bien existen otros medios como el documento o sentencia que determine legalmente la filiación, la presunción de paternidad matrimonial contenida en

³⁴ En opinión de PÉREZ MONGE, esta “huida” del Ordenamiento Jurídico español comporta, desde una perspectiva sustantiva, un supuesto de fraude de Ley ex art. 6.4 CC (PÉREZ MONGE, M., “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad”, *Revista de Derecho Privado*, Año n.º 94, Mes 4, 2010, pág. 54).

³⁵ Wolters Kluwer, *Guía jurídica de Derecho Civil*. Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjyMTtLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAB45vNzUAAAA=WKE [Última consulta: 27 enero 2019].

³⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889).

³⁷ La nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011) cuya entrada en vigor está prevista para el 30 de junio de 2020, elimina toda referencia a la filiación no matrimonial equiparando sus efectos a la matrimonial, con base en el principio de equiparación de filiaciones.

³⁸ Arts. 17 y ss. Código Civil.

³⁹ El término “nacidos” queda incorporado como una precisión legal a través de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre la reforma del Código Civil en materia de nacionalidad (BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 1990). Este término sustituye al anterior, según el cual son españoles de origen los “hijos” de padre o madre español.

el art. 116 CC y, en defecto de los anteriores, la posesión de estado⁴⁰. La Ley del Registro Civil prescribe que, a los efectos de la inscripción, la filiación se determinará de conformidad con las leyes civiles y con la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁴¹.

Respecto a los hijos de españoles nacidos en el extranjero, los progenitores deben realizar la inscripción del nacimiento de su hijo en el RC local de la localidad en la que el menor haya nacido, y posteriormente dirigirse, en el término más breve posible, a la Oficina Consular española más cercana para practicar la inscripción del nacimiento del menor, la cual se realiza mediante la transcripción del certificado de nacimiento del RC local extranjero.

En el ámbito de la gestación subrogada, la inscripción en el RC español persigue generalmente la obtención de un documento de identidad del menor, como un pasaporte español para poder salir del país donde ha nacido, lo cual sólo puede tener lugar si el nacimiento afectase a un español ya que, de no ser así, las autoridades registrales españolas carecerían de competencia⁴².

En conclusión, la nulidad del contrato de gestación subrogada en los términos establecidos en el art. 10 LTRHA supondría la denegación de la inscripción en el RC Consular español de la filiación del menor nacido mediante convenio gestacional en un país extranjero que lo permita. Sin embargo, la norma española no contempla las consecuencias que se derivan de la nulidad del citado contrato, donde quedan afectados diversos principios y valores fundamentales que se irán analizando en los sucesivos apartados, como son la dignidad humana, el derecho a la vida personal y familiar, o el conocido “interés superior del menor”. Siguiendo la línea del Comité de Bioética de España, una acción contraria a Derecho de quienes han propiciado la existencia del menor no puede suponer perjuicio alguno al niño, pero tampoco puede, por sí sola, ser un título legítimo⁴³.

⁴⁰ Arts. 108 y ss. Código Civil.

⁴¹ Art. 44.4 Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil (BOE núm. 151, de 10 de junio de 1957).

⁴² HEREDIA CERVANTES, I., “La Dirección General...”, ob. cit., pág. 691.

⁴³ Comité de Bioética de España, en *Informe del Comité...*, ob. cit., pág. 47.

2. Pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado

2.1. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009

Mediante escrito presentado ante el Registro Civil Consular de España en Los Ángeles, California (Estados Unidos), un matrimonio español compuesto por dos hombres solicita en octubre de 2008 la inscripción mediante transcripción de un certificado del RC local, de dos mellizos nacidos utilizando la técnica de la gestación subrogada en su modalidad gestacional. El Encargado del RC Consular de Los Ángeles denegó la inscripción de los mellizos alegando la nulidad de pleno derecho del contrato gestacional a tenor del art. 10 LTRHA, de acuerdo con el cual la madre legal es la madre gestante.

Ante la negativa del Encargado del RC Consular, los padres de intención interponen recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado solicitando la revocación del auto apelado y la inscripción de los menores en el RC español con las menciones de filiación a su favor, tal y como consta en la certificación registral del RC local, pretensión que ha sido estimada a través de la Resolución de 18 de febrero de 2009⁴⁴ objeto del presente análisis.

En la citada Resolución, la DGRN defiende la existencia -en el marco normativo del Reglamento del Registro Civil⁴⁵- de dos vías para practicar la inscripción en el RC español del nacimiento de un español en el extranjero: a través de la declaración del sujeto⁴⁶ o mediante la presentación de una certificación registral extranjera⁴⁷ en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido.

Siguiendo la primera vía, el Encargado del RC debe realizar un control de legalidad de la declaración del sujeto y, al presentar la inscripción elementos internacionales, surgiría una cuestión de “Derecho aplicable”, por lo que sería necesario

⁴⁴ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009 [LA LEY 15366/2009].

⁴⁵ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958).

⁴⁶ Vía que ofrece el art. 168 RRC: “El Encargado antes de inscribir, exigirá el parte adecuado. Y no obteniéndolo o siendo contradictorio a la información del declarante, comprobará el hecho por medio del Médico del Registro Civil o su sustituto, que ratificará o suplirá el parte exigido [...]”.

⁴⁷ Vía que ofrece el art. 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”.

acudir a las normas españolas de conflicto de Leyes. Sin embargo, en lo que respecta a la segunda, tratándose tal certificación registral extranjera de una decisión adoptada por autoridades extranjeras, se estaría ante una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”, y no ante una cuestión de “Derecho aplicable”, por lo que no habría lugar a la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes y, en consecuencia, quedaría excluida la aplicación de la norma sustantiva a la que se remitiesen, a saber, la LTRHA⁴⁸.

En palabras de la DGRN, “*Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son sólo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una “decisión” por autoridad pública extranjera*” (FJ 2.º).

No obstante, sí procede cumplir con el pertinente control de legalidad al que se deben someter todas las certificaciones registrales extranjeras en los términos establecidos al respecto en el art. 23 LRC⁴⁹, y teniendo presente tanto el art. 85 RRC⁵⁰ como el art. 81 RRC, este último interpretado por la propia DGRN en los siguientes términos: “*dicho control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española*” (FJ 3.º).

En cuanto al orden público internacional español se refiere, el Centro Directivo entiende que el mismo no queda afectado en tanto no dañe los intereses generales y, por

⁴⁸ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ entienden que, en efecto, se está ante una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones” en Derecho Internacional Privado español y que, por ende, se deben aplicar las normas de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al RC español, concretamente el art. 81 RRC (CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, n.º 2, 2009, pág. 298).

⁴⁹ Art. 23 LRC: “*Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española [...]*”.

⁵⁰ Art. 85 RRC: “*Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad [...]*”.

ende, no altera el funcionamiento normal de la sociedad española. Los argumentos esgrimidos por la DGRN para sostener su posición son los siguientes:

En primer lugar, el hecho de que los comitentes sean dos varones no vulnera el orden público internacional español porque: **i)** el Derecho español admite la filiación en favor de dos varones en caso de adopción sin hacer distinción entre hijos adoptados e hijos naturales (art. 14 CE); **ii)** el Derecho español admite que la filiación de un hijo conste en el RC a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo (art. 7.3 LTRHA), por lo que no hacerlo a favor de dos hombres sería inconstitucional al tratarse de una discriminación por razón de sexo⁵¹.

En segundo lugar, se debe atender al interés superior del menor contemplado en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, realizada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989⁵². A criterio de la Dirección, no vulnerar este interés comportaría evitar la falta de filiación -o situación de no certeza de la filiación- de los menores, así como respetar su derecho a una identidad única en el mundo, Jurisprudencia que proviene del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵³ y que ostenta un valor supracomunitario. En definitiva, el interés superior del menor conlleva una continuidad transfronteriza de la relación de filiación y de la identidad, de modo que, para la DGRN, denegar la inscripción en España del certificado de nacimiento de los menores del RC local supondría vulnerar este principio⁵⁴.

⁵¹ Aunque la discriminación por razón de sexo es un factor que se debe tener muy en cuenta en los casos particulares, no constituye el objeto del presente Trabajo, por lo que no se entrará a examinar detalladamente en los siguientes apartados.

⁵² Art. 3 del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990): “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño [...]”

⁵³ STJUE, Pleno, de 2 de octubre de 2003, Asunto C-148/02, Caso García Avello [ECLI: EU: C: 2003: 539]; STJUE, Gran Sala, de 14 de octubre de 2008, Asunto C-353/06, Caso Grunkin-Paul [ECLI: EU: C: 2008: 559].

⁵⁴ A la luz de la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015), relativa al concepto de “interés superior del menor”, MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA coincide con la DGRN en que el rechazo de la inscripción de la filiación del menor supondría un perjuicio para el citado interés, y añade que se estaría vulnerando, además del derecho fundamental a la vida familiar, el derecho a la identidad única, ambos consagrados en el art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que el menor tendría una filiación determinada legalmente en el extranjero y otra determinada de manera distinta en España (MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., “El “interés superior del menor” del art. 1.2 de la LO 8/2015 y cómo incidirá en el reconocimiento de situaciones privadas internacionales. Especial referencia a la gestación subrogada”, LA LEY Derecho de Familia, n.º 13, Primer trimestre de 2017, pág. 15).

Desde otra perspectiva, algunos autores apuntan que el interés superior del menor no puede servir de coartada para inscribir en el RC español una filiación derivada de un convenio gestacional expresamente prohibido en el Ordenamiento Jurídico español y, en consecuencia, sin efecto jurídico alguno⁵⁵.

En tercer lugar, la Dirección no aprecia la existencia de fraude de Ley al considerar que los interesados no han tratado de eludir ninguna norma imperativa española: **i)** ni han alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española (por ejemplo mediante un cambio de la nacionalidad de los menores para que sea de aplicación la Ley de California); **ii)** ni han incurrido en *Forum Shopping* fraudulento (elección del foro más favorable), ya que no han dejado la cuestión de la determinación de la filiación de los menores en manos de las autoridades californianas para eludir la ley española⁵⁶.

Finalmente, el art. 17.1.a) CC dictamina que “*son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles*”, por lo que la Dirección no duda de la nacionalidad española de los menores y destaca el término “*nacidos*” como una precisión legal de gran relevancia incorporada por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre la reforma del Código Civil en materia de nacionalidad -precisión que sustituye al término “*hijos*”-. Así, a criterio de la DGRN, no es menester que la filiación haya quedado legalmente determinada.

Esta Resolución ha sido rechazada por gran parte de la doctrina⁵⁷, y ha sido objeto de diversas críticas al ignorar la pretensión de dar eficacia en España a una certificación registral extranjera que tiene su origen y fundamento en una previa resolución judicial dictada también fuera de España, la cual, además de convalidar y dar efectos a un contrato de gestación por sustitución, establece una relación de filiación a favor de un nacional español excluyendo la de la madre gestante y biológica, de modo que el título que debería

⁵⁵ VELA SÁNCHEZ, A. J., “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, n.º 8162, Sección Doctrina, Editorial LA LEY, 3 de octubre de 2013, pág. 9.

⁵⁶ Algunos autores, como VELA SÁNCHEZ, sí consideran que se está produciendo un fraude de ley (VELA SÁNCHEZ, A. J., “Propuesta de regulación...”, ob. cit., pág. 2).

⁵⁷ Vid., entre otros: CAMARERO GONZÁLEZ. G. J., “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, n.º 7910, Sección Tribuna, Editorial LA LEY, 2012; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Hijos *made in California*”, *Aranzadi Civil: revista quincenal*, n.º 1, 2009; CORERA IZU, M., “Abandonados, apátridas y sin padres”, *Diario La Ley*, n.º 8345, Sección Doctrina, Editorial LA LEY, 2 de julio de 2014.

inscribirse sería la decisión judicial y no la certificación registral local⁵⁸. Así, la inscripción del hecho del que da fe una certificación extranjera se regula a través del art. 81 RRC, y la del acto que se haya constituido por decisión judicial extranjera sigue la vía del art. 83 RRC⁵⁹. De modo que, en el presente supuesto, se debería haber seguido la vía del art. 83 RRC en tanto existe una decisión judicial extranjera californiana que reconoce la atribución de la filiación del menor a favor de la parte comitente. Sin embargo, la DGRN consideró que era la certificación extranjera la que debía reconocerse (y no la decisión judicial extranjera) siguiendo la vía del art. 81 RRC⁶⁰.

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

Tras el caso de los mellizos acaecido en Los Ángeles y tras ser la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 recurrida en sede judicial, las autoridades españolas abren los ojos ante una realidad emergente que hasta entonces se ignoraba y, al apreciar la cantidad de españoles que recurren a la gestación por sustitución para tener hijos⁶¹, la DGRN se ve en la necesidad de fijar unas directrices que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil, directrices que deberán seguir los Encargados del RC para calificar y tramitar las solicitudes de inscripción de menores nacidos en el extranjero mediante la técnica de la gestación subrogada. Así, surge la Instrucción de 5 de octubre

⁵⁸ La Jurisprudencia de la Corte Suprema californiana exige la obtención de una decisión judicial previa al nacimiento del menor en la que se homologue el contrato de gestación por sustitución, el cual ha sido previamente preparado por un tercero (a menudo una agencia privada que se encarga de los trámites para la obtención del fin perseguido). Además de la homologación del contrato, la decisión judicial tiene como fin la obtención de una decisión por medio de la cual se declaran extintos los derechos de la madre gestante y de su eventual pareja y se atribuye la paternidad a los padres de intención. Finalmente, la decisión judicial es la que ordena la expedición del certificado de nacimiento donde no conste referencia alguna a la madre gestante y sí a los padres de intención (HEREDIA CERVANTES, I., "La Dirección General...", ob. cit., págs. 696-697).

⁵⁹ Art. 83 RRC: "No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere <<exequátur>>, deberá ser previamente obtenido [...]".

⁶⁰ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución", *Iguals y Diferentes ante el Derecho Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 465-516.

⁶¹ Entre los años 2010 y 2016, se han contabilizado en los Registros Civiles Consulares españoles 979 inscripciones de niños y niñas nacidos mediante gestación subrogada (Agencia F., "Mil niños por...", ob. cit., pág. 1).

de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁶².

La Instrucción permite, en aras del interés superior del menor, la inscripción en el RC español de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada en países extranjeros cuya normativa lo permita⁶³, siempre que al menos uno de los progenitores sea español y exista una resolución judicial firme dictada por Tribunal competente que así lo determine⁶⁴. De este modo, se facilita la continuidad transfronteriza de la relación de filiación declarada por el Tribunal extranjero, siempre que dicha resolución sea reconocida en España.

Esta Instrucción persigue, de acuerdo con su Exposición de Motivos, dos objetivos primordiales:

En primer lugar, conferir plena protección jurídica al interés superior del menor, lo cual comporta abordar tres aspectos: por un lado, dotar de los medios necesarios para que la filiación tenga acceso al RC español cuando uno de los progenitores ostente nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, evitar que con la inscripción registral se otorgue de apariencia legal a supuestos de tráfico internacional de menores; y, finalmente, garantizar el derecho del menor a conocer su origen biológico⁶⁵.

El segundo de los objetivos perseguidos es la protección de las mujeres gestantes que renuncian a sus derechos como madres, constatando su plena capacidad jurídica y de obrar, la eficacia legal del consentimiento otorgado sin mediar engaño, violencia o

⁶² Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010).

⁶³ A juicio de CERDÁ, esta Instrucción de la DGRN vacía de contenido la prohibición de la gestación subrogada del art. 10 LTRHA para aquellas personas que puedan costearse esta técnica en el extranjero, suponiendo la legalización de facto de la maternidad subrogada contratada por españoles en el extranjero (CERDÁ SUBIRACHS, J., "La insostenible...", ob. cit., págs. 5-6).

⁶⁴ VELA SÁNCHEZ, A. J., "Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución << pueden >> ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014", *Diario La Ley*, n.º 8415, Sección Tribuna, Editorial LA LEY, 6 de noviembre de 2014, págs. 3-4.

⁶⁵ Este derecho está contemplado en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; en el art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

coacción y, en general, cualesquiera otros requisitos contemplados en el marco normativo del país de origen, así como evitar tramas de explotación de mujeres.

Mediante esta Instrucción, la DGRN modifica su posición inicial e introduce como requisito previo para la inscripción del nacimiento de dichos menores, la presentación ante el Encargado del RC de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente extranjero en la que se determine la filiación del nacido, cuya finalidad es la de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde el mismo se ha formalizado, garantizando así los dos objetivos primordiales anteriormente expuestos. En consecuencia, el Encargado del RC denegará la inscripción cuando sea solicitada sin presentar una resolución judicial firme extranjera que determine la filiación del recién nacido, sin perjuicio de instar la inscripción mediante la reclamación de paternidad biológica del art. 10.3 LTRHA y los artículos 764 y siguientes de la LEC⁶⁶, relativos a los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad.

Además, la exigencia de que la atribución de la filiación deba basarse en una resolución judicial previa encuentra su fundamento en el propio art. 10.3 LTRHA, ya que éste remite a las reglas generales sobre determinación de la filiación contempladas en la LEC, las cuales, a su vez, exigen el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para determinar la filiación paterna de estos menores.

Una vez presentada la resolución judicial del Tribunal extranjero que determina la filiación ante el Encargado del RC, la DGRN se basa para el reconocimiento de tal resolución judicial extranjera tanto en la LEC (art. 954 y ss.), como en la Doctrina consolidada del Tribunal Supremo, de acuerdo con la cual como requisito previo a la inscripción se debe instar el exequátur en los casos en los que el Encargado del RC entienda que la citada resolución proviene de un procedimiento contencioso⁶⁷; no obstante, bastará con un reconocimiento incidental cuando las resoluciones judiciales deriven de procedimientos equiparables a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria⁶⁸. No se analizará de modo más profundo lo relativo a cómo se reconocen en España decisiones adoptadas en el extranjero en tanto no es el objeto del presente trabajo.

⁶⁶ Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero del 2000).

⁶⁷ En estos casos, se deberá presentar ante el Encargado del RC la solicitud de inscripción de la filiación acompañada del Auto que ponga fin al exequatur.

⁶⁸ A la luz de la Directriz Primera, apartado 3 de la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010: "*En dicho control incidental deberá constatar* [El Encargado del RC]:

Esta Instrucción no ha quedado exenta de polémica y de opiniones de diversa índole doctrinal. De un lado, la novedad que incorpora con respecto a la RDGRN ha suscitado críticas, al entender parte de la doctrina que el requisito que impone la Instrucción relativo a la presentación ante el Encargado del RC de una previa resolución judicial extranjera, no siendo suficiente la presentación de una certificación registral extranjera, quebranta el principio de jerarquía normativa previsto en el art. 9.3 CE. Y esto debido a que, a tenor de los artículos 23 LRC, 81 y 85 RRC, sí es susceptible de admisión la certificación registral extranjera a los efectos de practicar la inscripción de nacimientos de españoles en el extranjero. Además, la exigencia de este requisito supondría una discriminación para aquellos españoles que acuden a un Estado en el que no se contempla la determinación de la filiación a través de una resolución judicial⁶⁹.

A juicio de FERRER, la Instrucción contradice el principio de igualdad ante la Ley del art. 14 CE, al depender de cantidades económicas las oportunidades de las personas para acudir a otro país en busca de un contrato de gestación subrogada, considerando así la Instrucción contraria a la Constitución⁷⁰.

Otros autores sostienen que la exigencia de una resolución judicial extranjera queda justificada en virtud del art. 23 LRC y del art. 85 RRC, los cuales requieren que para practicar la inscripción de una certificación registral extranjera, ésta sea regular y auténtica, así como que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad

-
- a) *La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.*
 - b) *Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.*
 - c) *Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.*
 - d) *Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.*
 - e) *Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado."*

⁶⁹ JIMÉNEZ MARTÍNEZ -citado por HEREDIA CERVANTES- apunta que la DGRN pretende resolver, por medio de la vía reglamentaria, un problema para el que no tiene competencia, porque la Instrucción estaría aboliendo los preceptos normativos citados de la LRC y del RRC (HEREDIA CERVANTES, I., "La Dirección General...", ob. cit., pág. 703).

⁷⁰ FERRER VANRELL, M. P., ARROM LOSCOS, R., AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., CARDONA GUASCH, O. P., MARTÍNEZ NADAL, A. L., MIJANCOS GURRUCHADA, L., PÉREZ GIMÉNEZ, M. T., RIBAS BONET, M. A., SVENSSON, E. M., VERDERA IZQUIERDO, B., *El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, págs. 37-38.

conforme a la Ley española. Sin embargo, ninguna certificación registral extranjera presentada ante la DGRN hasta la fecha de la presente Resolución reflejaba la realidad de que la filiación en ella determinada tenía origen en la celebración de un contrato de gestación subrogada, privando así a los menores del derecho a conocer su origen biológico e impidiendo constatar si se respetaron los derechos de la madre gestante⁷¹.

3. Resoluciones jurisprudenciales

3.1. Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014

A) Antecedentes

Tras la RDGRN favorable a la inscripción de los menores en el RC Consular de Los Ángeles, con fecha 28 de enero de 2010 el Ministerio Fiscal interpone una demanda impugnando la citada Resolución ante los Juzgados de Valencia -lugar de residencia de la parte comitente-. Alega que la misma contraría directamente las disposiciones normativas del Estado español -en particular, el artículo 10 LTRHA-, y solicita la declaración de la RDGRN contraria al orden público internacional español así como el acuerdo de cancelación de la inscripción de los mellizos en el RC Consular de Los Ángeles.

Tanto los padres de intención como el Abogado del Estado (éste en representación de la DGRN) se opusieron y contestaron a la demanda, lo cual dio lugar, tal y como expresa el Comité de Bioética de España, a una situación poco frecuente al quedar enfrentados procesalmente dos órganos del Estado⁷².

La Sentencia n.º 193/2010, de 15 de septiembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia⁷³, estimó íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal, anulando la Resolución y, en consecuencia, dejando sin efecto la inscripción -con las menciones de filiación a favor de los comitentes- del nacimiento de los mellizos en el RC Consular de Los Ángeles, cuyos asientos registrales fueron cancelados.

Los padres de intención -no ya el Abogado del Estado- recurrieron en apelación esta Sentencia ante la Audiencia Provincial de Valencia, quien se pronunció en los

⁷¹ HEREDIA CERVANTES, I., "La Dirección General ...", ob. cit., pág. 704.

⁷² Comité de Bioética de España, en *Informe del Comité...*, ob. cit., pág. 49.

⁷³ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, n.º 193/2010, de 15 de septiembre de 2010, Proc. 188/2010 [LA LEY 152885/2010].

mismos términos desestimando el recurso mediante Sentencia de 23 de noviembre de 2011⁷⁴.

Los padres de intención no cesan en sus pretensiones y se dirigen ante el Alto Tribunal mediante interposición de recurso de casación, el cual es desestimado por el TS a través de su Sentencia de 6 de febrero de 2014⁷⁵, objeto del presente análisis.

B) Fundamentos de Derecho

El recurso de casación interpuesto por los comitentes basa su fundamento en un único motivo: *“infracción del artículo 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989”* (FJ 2º.1). Por su parte, el TS sustenta su decisión sobre la base de diversos argumentos, los cuales serán tratados de manera individual a continuación.

a. Vulneración del orden público internacional español. El TS reconoce que la técnica jurídica aplicada no ha sido la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento de títulos extranjeros prevista en el art. 85 RRC, y con los requisitos del art. 23 LRC.

Estas normas exigen para el reconocimiento de la certificación de un Registro extranjero que aquél sea regular y auténtico, de modo que presente unas garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Aclara la STS que la legalidad conforme a la Ley española de los asientos extendidos en Registros extranjeros no puede entenderse como absoluta conformidad de aquéllos con todas las exigencias del Ordenamiento Jurídico español, pero *“sí ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarna el orden público internacional español, y a este aspecto ha de extenderse el control en que consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera”* (FJ 3º.4). Así, el TS establece el orden público como límite al reconocimiento de las decisiones extranjeras, estando aquél integrado por *“el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la CE”*⁷⁶ -Título I de la CE, entre los que se encuentran regulados aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, las relaciones

⁷⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, n.º 826/2011, de 23 de noviembre de 2011, Rec. 949/2011 [LA LEY 231447/2011].

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, n.º 835/2013, de 6 de febrero de 2014, Rec. 245/2012 [LA LEY 2868/2014].

⁷⁶ Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

paterno-filiales⁷⁷- y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan” (FJ 3º.4).

Por otra parte, el eje sobre el que descansa la STS es la inadmisión en el Ordenamiento Jurídico español y en los ordenamientos de otros países con valores y principios similares, de que la generalización de la adopción y el avance de las técnicas de reproducción humana asistida “*vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población*”⁷⁸ (FJ 3º.6).

Se han elaborado instrumentos legales internacionales que regulan la adopción internacional⁷⁹ para prevenir estas posibles y a menudo reales consecuencias⁸⁰. Sin embargo, en materia de gestación por sustitución y como se ha visto en el apartado III, sólo algunos países regulan esta técnica de reproducción humana asistida, no existiendo

⁷⁷ La presente Sentencia del TS hace referencia a los Derechos recogidos en el Título I de la CE que tienen transcendencia en el caso al integrar el orden público internacional español: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente (art. 10.1 CE); derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE); derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE); protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquier que sea su estado civil (art. 39 CE); protección de la infancia, con la protección prevista en los acuerdos internacionales (art. 39.4 CE); derecho a la integridad física y moral de las personas (art. 15 CE); respeto a la dignidad de las personas (art. 10.1 CE).

⁷⁸ A propósito de este pronunciamiento, AZPIROZ VILLAR entiende que el TS está velando por el derecho fundamental de la dignidad de las personas recogido en el art. 10 CE, y añade que la nulidad del convenio gestacional prevista en el art. 10 LTRHA tiene como objetivo garantizar ese mismo derecho (derecho a la dignidad de las personas), el cual representa un valor que es superior al derecho a la paternidad mediante la gestación por una mujer ajena a los contratantes. Para este autor, tanto la mujer gestante como el recién nacido “*resultan instrumentalizados, utilizados, de algún modo deshumanizados*” (AZPIROZ VILLAR, J. E., “El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del Tribunal Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias. (La mercantilización y cosificación de la vida humana)”, *Actualidad Civil*, n.º 2, Sección Persona y Derechos / A fondo, Editorial Wolters Kluwer, febrero de 2017, pág. 4).

⁷⁹ Para mayor referencia, véase el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995).

⁸⁰ HEREDIA CERVANTES señala el evidente paralelismo de la gestación subrogada con la adopción, pues esta última también puede generar un tráfico ilegítimo que atente contra la dignidad de los niños y de sus madres, lo cual no implica que sea globalmente considerada como contraria al orden público español, sino que la misma debe ser estrictamente regulada para evitar que se vulneren valores esenciales e irrenunciables del Ordenamiento Jurídico español (HEREDIA CERVANTES, I., “La Dirección General...”, ob. cit., pág. 711).

una regulación o un consenso para abordar este fenómeno a nivel comunitario o supracomunitario.

Finalmente, el Alto Tribunal considera que se ha producido una “huida” de los solicitantes del Ordenamiento Jurídico español, y entiende que el reconocimiento del título extranjero que se pretende va en contra del orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación. Sin embargo, el TS recuerda la vía de escape que ofrece el apartado tercero del art. 10 LTRHA, esto es, la reclamación de paternidad respecto del padre biológico cuando éste hubiere aportado sus gametos.

b. Inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual. La desigualdad entre el supuesto de hecho esgrimido por los recurrentes y el supuesto actual conduce al TS a descartar la existencia de un trato discriminatorio por razón de sexo. Además, aclara que la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es el hecho de que ambos solicitantes sean varones, sino el contrato del que trae causa la filiación pretendida. En todo caso, la solución habría de ser la misma si se tratase de un matrimonio homosexual compuesto por dos mujeres, uno heterosexual, una pareja de hecho, o una sola persona, ya sea hombre o mujer.

c. El interés superior del menor⁸¹. Los recurrentes sostienen que la privación del reconocimiento de la filiación de los menores vulnera el famoso principio de interés superior del menor, así como el derecho a una identidad única transfronteriza, en tanto les dejaría en una situación de desprotección e incertidumbre jurídica. Consideran, además, que ellos son los mejores padres que por naturaleza pueden tener los menores, frente a la mujer que dio a luz, quien simplemente fue parte de un contrato limitándose a cumplir las obligaciones contenidas en el mismo.

Estas cuestiones son abordadas individualmente por el Alto Tribunal, que se pronuncia en los siguientes términos:

1º. El interés superior del menor propiamente dicho. El TS aclara en su Sentencia que “el interés superior del menor” es un concepto jurídico indeterminado, y que la

⁸¹ Principio consagrado en el art. 3 Convención sobre los Derechos del Niño, en el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010), en el art. 39 CE, en las relaciones paterno-filiales del Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

invocación indiscriminada del mismo serviría para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento Jurídico nacional e internacional. En consecuencia, confirmar la Resolución de la DGRN comportaría la determinación de la filiación a favor de ciudadanos de países desarrollados de un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos, puesto que el interés superior del menor lo justificaría. Sin embargo, como bien apunta este Tribunal, el principio de interés superior del menor debe invocarse para interpretar y aplicar la ley y sus lagunas, y no para contrariar lo expresamente previsto en ellas. En este sentido, la Sentencia pone de manifiesto la independencia de los poderes del Estado: *“hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo”* (FJ 5º.6). Aquí se puede apreciar un llamamiento al legislador para que aclare este concepto jurídico indeterminado, el cual ha sido abordado con posterioridad a la presente Sentencia mediante la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Si bien el interés superior del menor es un principio primordial⁸², éste no es el único, debiendo ponderarse otros como el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, la explotación del estado de necesidad en que puedan encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza y la mercantilización de la gestación y de la filiación. Reconoce el TS que denegar la filiación establecida en la inscripción registral de California puede perjudicar la posición jurídica de los menores, pero la mercantilización que supone la determinación de la filiación del menor mediante un contrato atenta contra la dignidad de éste al convertirlo en objeto de tráfico mercantil, de modo que lo que se está protegiendo es, en definitiva, el interés superior del menor.

2º. Derecho a una identidad única. El Tribunal entiende que no se trata de un caso en el que los menores tengan una vinculación efectiva con dos Estados distintos -España y Estados Unidos-, ya que los comitentes son españoles y acudieron a California exclusivamente porque ese Estado permite celebrar un contrato de gestación por sustitución, de modo que los menores no tienen una vinculación efectiva con Estados

⁸² En particular, puede verse: RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Editorial Dykinson, Ed. 2ª, Vol. 1, Madrid, 2007.

Unidos. En consecuencia, el TS no aprecia la existencia un riesgo real de vulneración de la identidad única de los menores.

3º. Derecho al respeto de la vida privada y familiar recogido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸³. El TS reconoce que la denegación del reconocimiento de la filiación de los mellizos supone una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar. Sin embargo, pone de manifiesto la Doctrina sentada por la Sentencia de 28 de junio de 2007 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Wagner y J.M.W.L. contra Luxemburgo)⁸⁴, de acuerdo con la cual tal injerencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar está justificada siempre y cuando se cumplan dos requisitos: (i) que la injerencia esté prevista en la Ley, y en este caso la Ley exige que para el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; (ii) que sea necesaria en una sociedad democrática, y mediante la presente Sentencia se pretende precisamente proteger el interés del menor y otros bienes jurídicos de transcendencia constitucional, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Por lo tanto, el Alto Tribunal considera que esta injerencia en la vida privada y familiar está legitimada al cumplirse con los dos requisitos exigidos.

4º. Protección de los menores. A tenor de la Doctrina consagrada por el TEDH en la interpretación del art. 8 CEDH, *“allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia”* (FJ 5º.11). Este artículo supone obligaciones positivas para los Estados, las cuales han de interpretarse a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Así, el TS establece que si los menores tienen relaciones

⁸³ Art. 8 del Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979): *“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.” El subrayado es añadido.

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 1ª, de 28 de junio de 2007, Rec. 76240/2001 [LA LEY 132275/2007].

familiares “de facto” con los recurrentes, se debe partir de este dato para buscar una solución que permita el desarrollo y la protección de tales vínculos, por ejemplo mediante las vías de la adopción o el acogimiento familiar.

Además, aclara que “*la denegación del reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido*” (FJ 5º.11), a fin de cumplir con el art. 7.1 Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, de modo que no queda vulnerado el derecho a una identidad única.

Si bien los recurrentes alegan que los mellizos quedarán desprotegidos al no reconocerse en España la filiación determinada en la certificación registral extranjera, y que serán enviados a un orfanato o a los Estados Unidos, el TS no contempla la posibilidad de tal peligro, y señala nuevamente la acción de reclamación de paternidad del art. 10 LTRHA (y posterior adopción del otro comitente por la vía de la *adopción express* del art. 176 CC), así como las figuras jurídicas de la adopción y el acogimiento familiar.

De todo ello se desprende que en el apartado tercero del fallo de la Sentencia, el TS inste al Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones que le son propias con el fin de determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, así como para su protección, tomando en consideración la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”.

Mediante la presente STS, se confirma la nulidad de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, la cual ordenaba la inscripción en el RC español de la filiación de los mellizos nacidos en Los Ángeles mediante convenio gestacional. No obstante, existen discrepancias entre los Ilmos. Magistrados del TS que dan lugar a la formulación de un Voto Particular, al que se adhieren otros 3 Magistrados.

A raíz de este pronunciamiento del Tribunal Supremo, se paralizan en los Registros Civiles Consulares los procedimientos de inscripción de los nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada, las cuales se estaban practicando siguiendo las directrices de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

3.2. *Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo*

En medio de este caos interno, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha consagrado su propia doctrina respecto de la filiación de los menores nacidos mediante gestación subrogada, y lo hace a través de las Sentencias de 26 de junio de 2014, que resolvían los casos *Menesson v. Francia*⁸⁵ y *Labassee v. Francia*⁸⁶, y la Sentencia del caso *Paradiso & Campanelli v. Italia*, de 27 de enero de 2015⁸⁷. En ellas, el TEDH establece que el no reconocimiento en el país de origen de la relación de filiación entre los nacidos mediante gestación por sustitución y los progenitores que han acudido a esa técnica de reproducción -parte comitente-, supone una violación del artículo 8 CEDH, relativo al derecho al respeto de la vida privada y familiar.

3.2.1. *Sentencias Menesson v. Francia y Labassee v. Francia, ambas de 26 de junio de 2014*

Ambos casos encuentran su origen en la interposición de sendos recursos ante el TEDH contra la República francesa por parte de dos matrimonios franceses, el matrimonio Menesson y el matrimonio Labassee, quienes estaban en una situación similar⁸⁸: ambos habían recurrido a la técnica de la gestación por sustitución en Estados Unidos (Estados de California y Minnesota, respectivamente), en ambos casos el padre de intención había aportado su material reproductor (y el óvulo procedía de una donante), y a los dos matrimonios se les había denegado la inscripción de la filiación en el Registro Civil francés.

A priori, es necesario recordar que la legislación francesa prohíbe la gestación subrogada en su Código Civil⁸⁹, aun cuando sea lícito en el país en el que se haya practicado, al resultar contrario al principio de indisponibilidad del estado de las personas y contrario al orden público internacional francés y, en consecuencia, nulo de pleno derecho.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 5ª, de 26 de junio de 2014, Rec. 65192/2011, Caso Menesson v. Francia [LA LEY 131857/2014].

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 5ª, de 26 de junio de 2014, Rec. 65941/2011, Caso Labassee v. Francia [LA LEY 212088/2014].

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 2ª, de 27 de enero de 2015, Rec. 25358/2012, Caso Paradiso & Campanelli v. Italia [LA LEY 62165/2015].

⁸⁸ Los pronunciamientos del TEDH que se exponen en estas líneas son idénticos en ambas Sentencias.

⁸⁹ Vid. *supra* apartado III.3.

La Corte de casación francesa denegó el 6 de abril de 2011 la inscripción de la filiación de los menores en el RC francés, al considerar que se había actuado en fraude de ley porque los matrimonios habían “huido” del sistema legislativo de su país. Además, alega la Corte que el no reconocimiento del vínculo de filiación no impide a los recurrentes el disfrute en Francia de su derecho al respeto de la vida familiar, en tanto son capaces de vivir junto a sus hijos en una situación globalmente comparable a aquella en la que viven otras familias, no habiendo motivo para pensar que existe un riesgo de que las autoridades decidan separarlos por razón de su situación a la vista del Derecho francés.

Los recurrentes invocaron la vulneración del art. 8 CEDH relativo al derecho a la vida privada y familiar, y alegaron que la falta de reconocimiento en Francia de una filiación legalmente reconocida en el extranjero supone un perjuicio para el interés superior del menor.

El TEDH, una vez constatados los hechos a los que se refería la Corte francesa - relativos al efectivo vínculo de convivencia entre los comitentes y los menores en Francia⁹⁰, en términos comparables a otras familias, así como la inexistencia de riesgo efectivo de una separación por parte de las autoridades francesas como consecuencia de su situación en Derecho francés-, confirma en sendas Sentencias el pronunciamiento de la Corte, el cual establecía que *“las dificultades prácticas que los demandantes pudieran encontrar en su vida familiar en ausencia del reconocimiento en el Derecho francés del vínculo establecido entre ellos en el extranjero no traspasan los límites que impone el respeto del art. 8 de la Convención”*⁹¹, de modo que la injerencia producida en sus vidas familiares está prevista por la ley y por ende no se produce una violación del citado art. 8 CEDH respecto del derecho al respeto de la vida familiar de los demandantes.

No es así, sin embargo, respecto de la vida privada de los menores nacidos mediante convenio gestacional. El Tribunal entiende que la falta de reconocimiento del vínculo de filiación entre los menores y los comitentes en el Derecho francés sitúa a los menores en una posición de incertidumbre jurídica, incertidumbre que afecta necesariamente tanto su vida familiar, como a su vida privada, en tanto *“el respeto de la*

⁹⁰ A los pocos días del nacimiento de los menores ambos matrimonios ya convivían con ellos en Francia formando un núcleo familiar estable.

⁹¹ Ap. 93 Caso Mennesson y ap. 72 Caso Labassee.

*vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, incluida la filiación*⁹².

En cuanto al derecho a la vida privada en relación con el derecho a una identidad única, continúa el Tribunal, la indeterminación de la identidad filial de los menores comporta una incertidumbre en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa -pese a que el padre biológico es francés-, quedando afectados los derechos del menor derivados de la misma, así como otros directamente ligados al vínculo de filiación, como son los derechos sucesorios; los menores no pueden heredar de los padres comitentes sino en concepto de legatarios de los mismos.

El Tribunal pone de manifiesto la especial relevancia que adquiere el hecho de que el padre comitente sea el padre biológico, y establece que la Corte de casación francesa ha excedido del margen de discrecionalidad relativo a la injerencia en la vida privada y familiar que se desprende del art. 8.2 CEDH -a falta de consenso⁹³-, al negar los vínculos de filiación biológica del menor y la parte comitente⁹⁴, cuyo rechazo se ha producido no sólo a través de la denegación de transcripción de las actas de nacimiento, sino también mediante la vía de la demanda de paternidad o de adopción o por efecto de la posesión de estado⁹⁵.

⁹² Ap. 96 Caso *Mennesson* y ap. 75 Caso *Labassee*.

⁹³ De acuerdo con las presentes Sentencias del Tribunal de Estrasburgo, los Estados firmantes del CEDH disponen de un amplio margen de apreciación para decidir si permiten o no este método reproductivo, y si reconocen o no el vínculo de filiación entre los comitentes y los nacidos por gestación subrogada en el extranjero. Sin embargo, es menester reducir este margen de apreciación cuando un aspecto esencial de la identidad de las personas, como es la filiación, está en juego.

⁹⁴ DURÁN AYAGO plantea, en este sentido, unas reflexiones muy interesantes: *“Estas consideraciones introducen un matiz muy relevante, porque ¿qué hubiera sucedido si las autoridades francesas sí hubieran aceptado desde el principio la paternidad biológica alegada y, por tanto, respecto del padre francés hubiera quedado acreditada la filiación? ¿Qué sucedería respecto de la madre intencional que no aportó su óvulo ni gestó? ¿Podría en ese caso ella también quedar reconocida como madre legal, accediendo como tal al Registro Civil francés sin necesidad de realizar ningún trámite intermedio (adopción o posesión de estado)? O, ¿qué sucedería si ninguno de los padres intencionales hubiera aportado su material genético? Las preguntas no son baladíes, pues, dependiendo de una u otra respuesta, variará el alcance de estas sentencias. Dicho con otras palabras, la STS de 6 de febrero de 2014, ¿estaría o no en la línea de estas sentencias? Porque en este caso nunca se negó que pudiera acceder al Registro Civil como padre biológico el miembro de la pareja que aportó su esperma, algo que sí se hizo en los casos analizados de Francia, lo que a la postre inclinó la balanza hacia esta decisión”*. DURÁN AYAGO, A., “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución”, *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2, n.º 2, de 28 de abril de 2015, págs. 281-282.

⁹⁵ Redacción, “El TEDH declara contrario al Convenio Europeo de los derechos humanos la negativa a reconocer la filiación a los hijos nacidos de vientre de alquiler”, *Revista Noticias Jurídicas*, Editorial Wolters Kluwer, 2 de julio de 2014 (Actualizada el 10 de julio de 2014). Disponible en:

Por todo lo expuesto, el Tribunal considera que, aunque posiblemente la República de Francia pretendía disuadir a sus nacionales de recurrir a la maternidad subrogada en países extranjeros que lo permitan, la falta de reconocimiento por la Ley francesa del vínculo de filiación entre los menores así concebidos y los padres de intención no afecta sólo a estos últimos, sino también a los menores, en tanto el derecho al respeto de la vida privada de los mismos, que comporta el derecho a establecer los detalles de la propia identidad y entre los cuales se incluye la filiación, se encuentra significativamente afectado. De este modo, se plantea una grave cuestión de compatibilidad entre esta situación y el principio del interés superior del menor, cuyo respeto debe regir cualquier decisión que le afecte.

Por otro lado, el TEDH reconoce el derecho de todos los Estados a regular como consideren conveniente la maternidad subrogada, de donde parte de la doctrina⁹⁶ aprecia la existencia de tres posibles vías a seguir: **i)** permitirla e instaurar un régimen jurídico que regule su práctica y las consecuencias de la misma; **ii)** prohibirla y negar el reconocimiento de los efectos sobre la filiación; **iii)** prohibirla, pero reconocer los efectos derivados de la misma en cuanto a la filiación se refiere. Así, los Estados podrán optar por una de estas tres vías siempre y cuando respeten el interés superior del menor. A este respecto, voces autorizadas como FLORES RODRÍGUEZ manifiestan que “*Llegado este momento (tras los pronunciamientos de los casos Mennesson v. Francia y Labassee v. Francia del TEDH), el establecimiento de un estatuto jurídico que regule y preste seguridad, previsibilidad y certidumbre a esta situación debe terminar imponiéndose como una solución necesaria de forma irrenunciable para cada Estado firmante de la Convención*”⁹⁷.

En definitiva, el referido Tribunal resuelve que tanto en el caso del matrimonio Mennesson como en el caso del matrimonio Labassee se ha producido una violación del art. 8 CEDH, y condena a Francia a reconocer el vínculo de filiación de los menores

<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3900-el-tedh-declara-contraria-al-convenio-europeo-de-los-derechos-humanos-la-negativa-a-reconocer-la-filiacion-a-los-hijos-nacidos-de-vientre-de-alquiler/> [Última consulta: 28 enero 2019].

⁹⁶ DURÁN AYAGO, A., “Sentencias del Tribunal...”, ob. cit., pág. 281; AZNAR DOMINGO, A., DELGADO SÁNCHEZ, A., “Regulación y...”, ob. cit., pág. 6; FLORES RODRÍGUEZ, J., “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso n.º 65192/11”, *Diario La Ley*, n.º 8363, Sección Tribuna, Editorial LA LEY, 28 de julio de 2014, pág. 2.

⁹⁷ FLORES RODRÍGUEZ, J., “Vientres de...”, ob. cit., pág. 5.

nacidos mediante gestación por sustitución y los padres intencionales, así como a abonar una indemnización a cada uno de los hijos por el *pretium doloris*.

Como señala VELA SÁNCHEZ, de estas Sentencias se desprende que el CEDH “*limita determinantemente la eventualidad de entender contrario al orden público interno el reconocimiento, en los Estados miembros del Convenio, de la filiación legalmente establecida en país extranjero por sentencia judicial, incluso si deriva de un convenio de gestación por sustitución o encargo, pues deben salvaguardarse los derechos a la vida privada y familiar y a la identidad del niño así nacido, en base al principio cardinal del interés superior del menor*”⁹⁸.

3.2.2. Sentencias *Paradiso & Campanelli v. Italia* (2015-2017)

El TEDH se pronunció nuevamente en materia de reconocimiento de la filiación de menores nacidos mediante gestación por sustitución, esta vez a través de su Sentencia de 27 de enero de 2015, que resolvía el caso *Paradiso & Campanelli contra Italia* en los mismos términos que lo hacía en las Sentencias anteriormente tratadas.

En este supuesto, un matrimonio italiano había recurrido a la maternidad subrogada en Rusia, donde se expidió un certificado de nacimiento en el cual no constaba referencia alguna al contrato de gestación por sustitución. Una vez regresaron a Italia, el padre de intención se realizó pruebas de paternidad, quedando acreditado que no era él quien había aportado su material reproductor. Como consecuencia de estos dos sucesos, las autoridades italianas denegaron la inscripción de la certificación de nacimiento extranjera en el Registro Civil por ir en contra del orden público italiano⁹⁹, considerando además que el matrimonio había aportado documentos falsos¹⁰⁰. Así, la falta de vínculo biológico y la actuación en contra del orden público italiano condujeron a que las autoridades italianas dieran al recién nacido en adopción a los 5 meses de vida.

⁹⁸ VELA SÁNCHEZ, A. J., “Los hijos...”, ob. cit., pág. 3.

⁹⁹ La maternidad subrogada está prohibida y penada en Italia a tenor de la Ley n.º 40, de 19 de febrero de 2004, sobre normas en materia de procreación médicamente asistida, cuyo art. 12.6 dispone que “*cualquiera que, en cualquier forma, realice, organice o publicite la comercialización de gametos o de embriones o la maternidad subrogada, será penado con una sanción administrativa pecuniaria de 5.000 a 50.000 euros*”. La traducción es propia.

¹⁰⁰ Esta falsedad documental presenta una conexión con el art. 263 Código Civil italiano, relativo a la impugnación del reconocimiento de los hijos naturales por falta de veracidad, de acuerdo con el cual “*el reconocimiento puede ser impugnado por falta de veracidad por el autor del reconocimiento, por el que ha sido reconocido, y por cualquier que tenga un interés*”, siendo esta acción de reclamación imprescriptible. La traducción es propia.

Agotadas las vías de la jurisdicción italiana, el matrimonio recurrió ante Estrasburgo, cuyo Tribunal apreció una violación del art. 8 CEDH relativo a la vida privada y familiar, y condenó a Italia a resarcir una cantidad por daños morales. No obstante, no dispuso que el menor abandonara su familia adoptiva.

La diferencia con las Sentencias anteriores del TEDH radica en que la vulneración del art. 8 CEDH se funda, en el presente caso, en la decisión de las autoridades italianas de separar al menor de los padres de intención, pues a criterio del TEDH existía entre ellos una convivencia “de facto” que había dado lugar a la creación de lazos familiares susceptibles de protección jurídica, cuya ruptura no queda justificada por el orden público italiano en tanto debe primar siempre el interés superior del menor.

Italia decide recurrir esta Sentencia ante la Gran Sala del TEDH, la cual se pronuncia por primera vez sobre esta materia y revoca parcialmente la Sentencia recurrida a través de su Sentencia de 24 de enero de 2017¹⁰¹.

Los argumentos esgrimidos por la Gran Sala se basan en que la ausencia de vínculo biológico de los comitentes con el menor, así como la brevedad del período de convivencia y la incertidumbre de la creación de lazos familiares desde una perspectiva jurídica, llevan a concluir que no ha existido una vida familiar “de facto” y, por ende, no queda vulnerando el artículo 8 CEDH.

Además, la Gran Sala estima que la injerencia por parte de Italia en la vida privada de los comitentes (al quitarles la custodia del menor) está totalmente justificada, pues el objeto que perseguían las autoridades italianas no era otro sino el de velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la adopción internacional y a la gestación por sustitución que integra el Ordenamiento Jurídico italiano, de manera que tal injerencia era “necesaria” en una “sociedad democrática”.

Finalmente, respecto al balance de los intereses en juego, la Gran Sala considera que éste ha sido adecuado y coincide con Italia en que la separación del menor de los comitentes no supondrá un daño grave e irreparable para el menor debido a la falta de vínculo biológico y al escaso periodo de convivencia (así como a la corta edad del niño).

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala Grand Chamber, de 24 de enero de 2017, Rec. 25358/12, Caso Paradiso & Campanelli v. Italia.

Mediante la presente Sentencia, la Gran Sala pone de manifiesto, al igual que lo hacía el TEDH en las Sentencias *Menesson y Labassee contra Francia*, la relevancia de la legislación nacional en cuanto a la maternidad subrogada se refiere, y como bien apunta el Comité de Bioética de España, esta Sentencia acentúa que “*en la maternidad subrogada no existen los “hechos consumados”, como si los jueces no tuvieran otra opción que admitir las filiaciones de los hijos obtenidos en el extranjero en violación a las normas internas de los países*”¹⁰².

En conclusión, pese a la Jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humano y de la Gran Sala, no existe un denominador común a la hora de tratar la problemática derivada de la falta de reconocimiento del vínculo filiativo de los menores nacidos mediante gestación subrogada. El TEDH está pendiente de resolver otros recursos sobre esta materia que, atendiendo a los nuevos elementos que presenten los casos particulares con respecto de los anteriores, darán lugar a nuevos pronunciamientos¹⁰³. Es palpable, en este contexto, la inseguridad jurídica residente a nivel internacional en relación con las consecuencias de los contratos gestacionales.

3.3. *Influencia en la Jurisprudencia española de la Doctrina del TEDH de 26 de junio de 2014: la Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014 y el Auto del TS de 2 de febrero 2015. Tratamiento jurídico actual.*

Las Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, lejos de sentar unas bases y aclarar la incertidumbre relativa al régimen registral de la filiación de los nacidos por convenio gestacional, sí tuvo una cierta influencia en los Estados miembros del Convenio y en las pretensiones de los políticos de abordar este fenómeno en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

En España, quince días después de las citadas Sentencias del TEDH, se planteó una Consulta ante la DGRN¹⁰⁴, que dio lugar a la Circular o Consulta de 11 de julio de 2014¹⁰⁵, mediante la cual se reconoce la plena vigencia de la Instrucción de la DGRN de

¹⁰² Comité de Bioética de España, en *Informe del Comité...*, ob. cit., págs. 60-61.

¹⁰³ Comité de Bioética de España, en *Informe del Comité...*, ob. cit., pág. 63.

¹⁰⁴ La Consulta se realiza a raíz de las paralizaciones de las inscripciones en los Registros Civiles españoles de los nacidos por convenio gestacional, las cuales tuvieron lugar tras la STS de 6 de febrero de 2014.

¹⁰⁵ Consulta de 11 de julio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Inscripciones gestación por sustitución.

5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución¹⁰⁶.

Así, a través de esta Circular, el Centro Directivo ordena a los Encargados del RC aplicar las directrices establecidas en la citada Instrucción de 10 de octubre de 2010 a la hora de practicar la inscripción del nacimiento y la filiación de los nacidos por gestación subrogada en un país extranjero cuyo ordenamiento jurídico lo permita, sin que la STS de 6 de febrero de 2014 suponga un obstáculo legal para ello, y todo ello “*con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en la materia a fin de dotarla de mayor seguridad jurídica*”.

El Centro Directivo descansa sobre el fundamento de que la STS de 6 de febrero de 2014, por la que adquiere firmeza la nulidad de la RDGRN de 18 de febrero de 2009, no puede afectar a la validez y eficacia de la Instrucción, ya que la diversidad de los supuestos de hecho existentes conlleva a su vez una diversidad *questio iuris*. Esto es así porque la Resolución anulada ordenaba la inscripción del nacimiento y la filiación de unos mellizos nacidos mediante gestación subrogada, con base en una certificación registral extranjera, cuyo limitado alcance no permite realizar el exhaustivo control que requiere la Directriz I de la Instrucción. Sin embargo, la resolución judicial previa extranjera exigida por la Instrucción sí permite realizar tal control, por lo que la Doctrina del TS, referida exclusivamente a un caso en el que se presentaba una certificación registral extranjera para practicar la inscripción, no se puede extrapolar a un supuesto distinto¹⁰⁷.

Por lo tanto, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, cuyo objeto es dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, constituye en la actualidad el régimen jurídico aplicable a la inscripción de tales menores. Además, la DGRN considera que el mantenimiento de su vigencia se ve reforzado por las Sentencias del TEDH (casos *Mennesson y Labassee contra Francia*) de 26 de junio de 2014.

¹⁰⁶ Más amplio sobre el particular en el apartado IV.2.2.

¹⁰⁷ Además, el Centro Directivo pone de manifiesto el siguiente pronunciamiento en la STS de 6 de febrero de 2014: “*Ciertamente podría cuestionarse si la decisión de autoridad extranjera a reconocer es la de la práctica del asiento registral en el que aparece recogida la filiación de los menores o la de la sentencia previa dictada por la autoridad judicial que determinó tal filiación con base en el contrato de gestación por sustitución y por aplicación de las leyes de California. Pero este problema no ha sido planteado [...] por lo que entrar en consideraciones sobre el mismo cambiaría completamente los términos en que se ha producido el debate procesal*”.

Con posterioridad a la Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014, el Tribunal Supremo resuelve el incidente de nulidad de actuaciones que se planteó -a raíz de las citadas Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014- contra su Sentencia de 6 de febrero de 2015.

Mediante Auto de 2 de febrero de 2015¹⁰⁸, el TS declara que no se ha producido una vulneración del derecho a la vida privada de los menores y que los casos contra Francia enjuiciados en Estrasburgo presentan severas diferencias a los tratados por este Tribunal, lo cual hace que haya ausencia de identidad *de factum*.

En primer lugar, el Tribunal de Casación francés invocó para su decisión el principio *fraus omnia corrumpit*, de modo que no existía posibilidad de que se reconociera en el Derecho francés la relación de filiación entre el niño y los padres comitentes, ni por la vía del reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras, ni por la vía de la demanda de paternidad del padre biológico. Con base en el mismo principio, el Alto Tribunal francés ignoraba conscientemente el interés superior del menor y el derecho a la vida privada del mismo.

Sin embargo, el TS declaró en su Sentencia cuya nulidad se pretende que el Ordenamiento Jurídico español permite la determinación de la filiación paterna respecto del padre biológico y, en todo caso, de existir un núcleo familiar “de facto” entre los comitentes y los menores, tales lazos se deben proteger legalmente, bien mediante de la figura de la adopción¹⁰⁹, o bien mediante el acogimiento familiar, en caso de que los menores se encontraran en una situación de desamparo por el rechazo de la madre gestante. Encuentra, el Alto Tribunal, diversos cauces legales que son válidos para practicar la inscripción de la filiación de estos menores en el RC español.

Así, atendiendo al interés superior del menor y para evitar una situación de desprotección, el TS instó al Ministerio Fiscal para que determinara, en la medida de lo

¹⁰⁸ Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, de 2 de febrero de 2015, Rec. 245/2012 [LA LEY 2301/2015].

¹⁰⁹ Además, si uno de los comitentes es el padre biológico, para que se produzca la adopción respecto del otro comitente (si lo hubiere) no se requiere una propuesta previa ni declaración administrativa de idoneidad, sino sólo el asentimiento del padre biológico y la comprobación judicial de la adecuación de la medida al interés del menor del art. 176 CC. Ésta es la vía conocida como *adopción express*.

posible, la correcta filiación de los menores teniendo en cuenta, en su caso, la integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”¹¹⁰.

En segundo lugar, respecto del problema derivado de la adquisición de la nacionalidad francesa y la cualidad de heredero en los casos enjuiciados en Estrasburgo, el TS recuerda que lo único que se debe anular en la inscripción de los menores es la mención a su filiación, que durará el término que se tarde en determinarla por alguna de las tres vías antes citadas. Una vez determinada la filiación, tendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos.

Por otro lado, aclara el TS que la anulación de la inscripción de la filiación de los menores nacidos por maternidad subrogada no tiene como objetivo obligar a los comitentes a dar un rodeo, cumplimentar unas formalidades y volver al mismo punto. La finalidad perseguida es cumplir con la legislación española y seguir la vía legal para la determinación de la filiación, “según las normas de orden público del ordenamiento español actualmente vigentes porque el legislador ha entendido que es lo más adecuado para proteger el interés del menor” (FJ 6º. 10. (iv)), y estas vías son: la filiación biológica y la filiación derivada del establecimiento de lazos familiares derivados de un núcleo familiar “de facto”. Sin embargo, esta cuestión no ha sido planteada en el proceso seguido por el TS.

En lo concerniente al derecho al respeto a la vida privada de los menores consagrado en el art. 8 CEDH y que afecta a la determinación de su identidad, determina el TS que su Sentencia de 6 de febrero de 2014 no vulnera tal derecho en tanto permite el reconocimiento de la filiación de los menores a través de alguna de las tres vías expuestas, por lo que su estatus jurídico queda totalmente definido. Además, destaca la importancia del contexto en el que se pronuncia el TEDH y considera que “*Los párrafos 75 y 78 de la sentencia del caso Labassee y 96 y 99 de la del caso Mennesson no afirman que cualquier afectación a la filiación del menor suponga una vulneración de su derecho a la vida privada, sino que tal afectación existe <<en estas condiciones del Derecho positivo*

¹¹⁰ El TS señala en su Auto que “*Se instó al Ministerio Fiscal a proteger a los menores y a procurar su integración en ese núcleo familiar, en el caso de que efectivamente existiera, puesto que los menores no pueden cargar con las consecuencias negativas derivadas de que los recurrentes hayan acudido al contrato de gestación por subrogación, considerado radicalmente nulo por el ordenamiento jurídico español*”.

[francés]>>” (FJ 6º. 11), Derecho que determina la imposibilidad del reconocimiento de vínculos de filiación entre los comitentes y los menores.

Finaliza el Alto Tribunal declarando no haber lugar a la nulidad de su Sentencia de 6 de febrero de 2014 -pronunciamiento que queda confirmado tras la inadmisión a trámite del recurso de amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional contra el presente ATS-. Se muestra, además, conocedor del debate social existente en la sociedad española¹¹¹ y de la posibilidad de un temprano anuncio de reforma legislativa¹¹² en cuanto a gestación subrogada se refiere¹¹³.

En la actualidad, como se ha adelantado, es la Instrucción de la DGRN la que se aplica por los Encargados de los RC desde la emanación de la Circular de la DGRN que estipula su plena vigencia, pese al pronunciamiento del TS en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 y al posterior Auto. De modo que, para inscribir la filiación de los menores nacidos por convenio gestacional, se requiere una resolución judicial extranjera firme que determine tal filiación, no siendo suficiente la presentación ante en Encargado del RC de una certificación registral extranjera.

No obstante, esto puede cambiar con la entrada en vigor de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil¹¹⁴, la cual, a través de su artículo 98¹¹⁵, confirma los

¹¹¹ Se han creado diversas asociaciones y organizaciones con el objeto de reivindicar la legalización de la gestación subrogada en España (“Son Nuestros Hijos”, “Asociación por la Gestación Subrogada en España”) o, por el contrario, su paralización y prohibición (“Red Estatal Contra el Alquiler de Vientres”, “No somos vasijas”).

¹¹² El 8 de septiembre de 2017, el Grupo Parlamentario Ciudadanos presentaba ante el Congreso de los Diputados una “Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación”, en sentido favorable a su legalización en España. En el lado opuesto, se encuentran los partidos políticos PP, Unidos-Podemos y, al frente del actual Gobierno, PSOE. Este último está estudiando penalizar a quienes acudan a la gestación subrogada y a las agencias intermediarias que lo favorezcan.

¹¹³ En este sentido, VELA SÁNCHEZ reivindica no sólo la necesidad de regular positivamente el contrato de gestación por sustitución en España, sino también la de abordar la cuestión relativa a la práctica del convenio gestacional por españoles en el propio país, considerando que la denegación de la inscripción de la filiación de los nacidos mediante tal convenio en España sería discriminatorio ex art. 14 CE (VELA SÁNCHEZ, A. J., “Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *Diario La Ley*, n.º 8600, Sección Tribuna, Editorial LA LEY, 8 de septiembre de 2015, pág. 7).

¹¹⁴ La *vacatio legis* de la nueva Ley del Registro Civil se ha ampliado, quedando prorrogada su entrada en vigor hasta el 30 de junio de 2020.

¹¹⁵ Art. 98 nueva LRC: “1. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos:

- a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.
- b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española.

criterios de la DGRN otorgados tanto en la Resolución de 18 de febrero de 2009 -al reconocer las certificaciones extranjeras como títulos válidos para practicar la inscripción en el RC español-, como en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 -al exigir que cuando la certificación extranjera constituya mero reflejo de una resolución judicial previa, sea ésta la que deba acceder al RC español-¹¹⁶.

En consecuencia, a partir de la entrada en vigor de la nueva LRC podrán ser asimismo accesibles al RC español las certificaciones registrales extranjeras que cumplan los requisitos estipulados en su art. 98, teniendo presente en todo caso el control de legalidad exigido por el nuevo art. 13 (en la actual LRC, art. 23). Como señala VELA SÁNCHEZ y como lo hacía la propia Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, el Encargado del RC debe atender, para realizar la inscripción de los menores nacidos por convenio gestacional, a las normas del Ordenamiento Jurídico español que regulan el acceso de certificaciones registrales extranjeras, limitándose por ende a registrar una filiación ya determinada legalmente en un país extranjero. A criterio de este autor, la nueva Ley del Registro Civil de 2011 “*va a suponer la práctica legalización en nuestro ordenamiento jurídico del convenio gestacional hecho por españoles en los países donde está legalmente aceptado -quedando fuera los celebrados en España-, y ello aunque dicha cuestión no aparece expresamente en el texto de la ley*”¹¹⁷.

c) *Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.*

d) *Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.*

2. *En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley.*

3. *Se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan”.*

¹¹⁶ Como bien señala ÁVILA HERNÁNDEZ, la maternidad subrogada no se menciona expresamente en la nueva Ley del Registro Civil, tal vez con la intención de regularla evitando el debate público. De modo que, a partir de la entrada en vigor de la nueva LRC, se excluiría, en teoría, la aplicación de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, pues al contener disposiciones contradictorias primaría la norma de mayor rango (ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J. “La maternidad subrogada en el Derecho Comparado”, *Cadernos de Dereito Actual*, n.º 6, 2017, pág. 325).

¹¹⁷ VELA SÁNCHEZ, A. J., “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional”, *Diario La Ley*, n.º 8927, Sección Doctrina, Editorial Wolters Kluwer, 22 de febrero de 2017, pág. 7.

3.4. *Otras resoluciones jurisprudenciales que reconocen efectos derivados de la gestación subrogada*

Ante este escenario de incertidumbre jurídica, los últimos pronunciamientos del TS desde el año 2016 en materia de gestación subrogada han sido los referentes a la concesión de la prestación por maternidad y/o paternidad de los comitentes del contrato gestacional¹¹⁸.

Entiende el Alto Tribunal que, una vez practicada la inscripción en el Registro Civil de la filiación del menor nacido mediante convenio gestacional, ésta queda legalmente acreditada¹¹⁹, desplegando los efectos jurídicos propios de la maternidad o la paternidad¹²⁰. No reconocer el derecho a la prestación por maternidad o paternidad de quienes han sido reconocidos como padres por el Registro Civil, vulneraría el principio de igualdad ante la Ley del art. 14 CE.

Además, el TS asimila la posición que ocupan los comitentes del contrato con respecto del menor a la de aquellos padres en supuestos de adopción o acogimiento familiar¹²¹, y reseña que la omisión de la maternidad subrogada en la actual regulación legal y reglamentaria del sistema de la Seguridad Social no impide una interpretación en sentido más favorable¹²² a los objetivos constitucionales de protección del menor, con independencia de su filiación y de la conciliación de la vida familiar y laboral. Más aún,

¹¹⁸ Vid., entre otras: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, n.º 897/2016, de 19 de octubre de 2016, Rec. 1650/2015 [LA LEY 159555/2016]; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, n.º 881/2016, de 25 de octubre de 2016, Rec. 3818/2015 [LA LEY 181346/2016]; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, n.º 953/2016, de 16 de noviembre de 2016, Rec. 3146/2014 [LA LEY 177659/2016].

¹¹⁹ Así lo dispone el art. 113 CC: “*La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil [...]*.”

¹²⁰ De acuerdo con el art. 177 TRLGSS (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015)), a efectos de la prestación por maternidad se consideran situaciones protegidas “*la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar*”, siempre que este último no sea inferior a un año.

¹²¹ Como señala el TS en su Sentencia 897/2016, de 19 de octubre de 2016, la legislación española de la Seguridad Social otorga los mismos efectos jurídicos a la adopción y al acogimiento familiar, lo cual sostiene una aplicación analógica de la prestación en supuestos de maternidad subrogada.

¹²² Esta flexibilidad interpretativa deriva de las disposiciones del art. 2.2 RD 295/2009, de 6 de marzo, conforme al cual: “*Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación [...]*.”

cuando concurre la paternidad biológica de quien demanda las prestaciones, existiendo “*poterosas razones adicionales*” para concederlas¹²³.

El Tribunal se basa, como hacía en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, en la existencia de una convivencia “de facto”, de suerte que el menor haya quedado integrado en el núcleo familiar de la parte comitente, quien debe cumplir con los requisitos previos para acceder a la prestación.

En definitiva, la concesión de la prestación por maternidad o paternidad persigue cumplir con los principios del art. 39 CE relativos a “*la protección social de la familia, la protección integral de los hijos -iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación- y velar por los derechos de los niños*”¹²⁴, de modo que tal prestación sirva para desarrollar los lazos familiares creados y para procurar los cuidados y atenciones que el recién nacido precisa¹²⁵.

Este reconocimiento por el Tribunal Supremo del derecho a la prestación por maternidad o paternidad de los comitentes de un convenio gestacional es, como bien señala ORTEGA GIMÉNEZ, “*curioso cuanto menos*”, ya que el propio Tribunal considera los contratos de gestación subrogada contrarios al orden público internacional español¹²⁶.

¹²³ FJ 9.º y 10.º STS n.º 881/2016, de 25 de octubre.

¹²⁴ FJ 9.º. 2. A). STS n.º 881/2016, de 25 de octubre.

¹²⁵ “*En este sentido, hay que reconocer el valor que tienen [los Magistrados del TS], al construir verdaderos artificios jurídicos para ofrecer una prestación objetiva y una protección. [...] Todo para ofrecer derechos a los padres, que en definitiva redundan en el cuidado de los menores*” (ORTEGA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, M. E., HEREDIA SÁNCHEZ, L. S., “Los contratos de gestación subrogada en España. A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev”, *Diario La Ley*, n.º 9281, Sección Tribuna, Editorial Wolters Kluwer, 18 de octubre de 2018, pág. 9).

¹²⁶ ORTEGA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, M. E., HEREDIA SÁNCHEZ, L. S., “Los contratos...”, ob. cit., pág. 9.

V. CONCLUSIONES

1. La gestación subrogada es una técnica reproductiva en auge a nivel internacional. Cada vez son más las personas de distintas condiciones que tienen la necesidad de acudir a la maternidad subrogada para formar una familia, bien por razones de estricta naturaleza, bien por cuestiones de infertilidad. A su vez, el avance de la ciencia ha incrementado notablemente la demanda de este método reproductivo.

2. La única norma con rango de ley que hace mención a la gestación subrogada en España es la LTRHA, de acuerdo con la cual se prohíbe la gestación subrogada en el Ordenamiento Jurídico español y el contrato celebrado es nulo de pleno derecho, por lo que no se reconocen los efectos derivados del susodicho contrato. No obstante, el resultado fáctico difiere de la intención con que el legislador emitió esta norma.

3. El Tribunal Supremo, pese a considerar que la gestación subrogada es contraria al orden público internacional español, ha hilado muy fino en la búsqueda de vías legales para el reconocimiento en España del vínculo de filiación de los nacidos por gestación subrogada en un país extranjero cuya normativa la permita: reclamación de paternidad cuando el comitente hubiere aportado su material genético (y *adopción express* del cónyuge o pareja, si la hubiere), adopción cuando se hubieren creado vínculos familiares “de facto”, o acogimiento familiar por la situación de desamparo en que se encontraría el recién nacido por el rechazo de la madre gestante. Además, ha reconocido efectos jurídicos derivados de la gestación subrogada, como es el derecho a la prestación por maternidad y/o paternidad de los padres de intención.

4. Por su parte, los Encargados de los Registros Civiles Consulares, siguiendo las directrices de la Instrucción de la DGRN de 5 de febrero de 2010, con potestad administrativa, inscriben el nacimiento y la filiación de estos menores en virtud de una resolución judicial firme extranjera que determina la filiación del nacido a favor de la parte comitente. De forma que la última ratio de la filiación pende del Encargado del Registro Civil español, que goza de amplia discrecionalidad por la propia ambigüedad de la normativa existente, que le hace diferenciar o “entender” entre los casos en los que la resolución judicial extranjera proviene de un procedimiento contencioso o voluntario.

5. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en tres ocasiones respecto de la filiación de los menores nacidos por gestación subrogada (Caso *Menesson*

v. *Francia, Caso Labassee v. Francia, y Caso Paradiso & Campanelli v. Italia*), apreciando que la denegación de la inscripción en los Registros Civiles de los respectivos países de origen comporta una vulneración del art. 8 CEDH para con los menores. Sin embargo, estos pronunciamientos han atendido a las características particulares de cada caso concreto, por lo que no se ha conseguido asentar una doctrina jurisprudencial estable, hasta tal punto que, recurrida una de estas Sentencias ante la Gran Sala, resultó revocada parcialmente, determinando el Tribunal la inexistencia de tal vulneración.

6. De las resoluciones de la DGRN y de los pronunciamientos jurisprudenciales analizados se desprende que todas las autoridades, en la práctica, han coadyuvado para permitir el reconocimiento de la citada filiación y salvaguardar así el principio del interés superior del menor. Sin embargo, estos pronunciamientos no son sino “parches” que sostienen temporalmente la laguna jurídica de la gestación subrogada, cuya regulación es, a día de hoy, insoslayable.

7. Existe una necesidad imperiosa de regular mediante norma con rango de ley la filiación de los nacidos en el extranjero por convenio gestacional. A tales efectos, se deben tener en cuenta las diversas circunstancias concurrentes, tales como el hecho de que no en todos los países que permiten la gestación subrogada existe una intervención judicial, por lo que dicha norma ha de paliar la discriminación que supone para el menor haber nacido en un tipo de país o en otro.

8. En el debate social, se plantean posturas contrapuestas en cuanto a valores e interrogantes se refiere. Así, el primero de ellos que suscita gran beligerancia es si la finalidad del contrato gestacional obedece a razones humanitarias o, por el contrario, está escondiendo un afán de lucro económico, con alienación de la gestante. Si el fin último es el económico, nos encontraríamos ante una clara discriminación para las mujeres que, apremiadas por una urgente necesidad, prestan su vientre para poder subsistir, lo que además llevaría a un ingente mercado en el que intervendrían diferentes sujetos constituyéndose todo un sector económico independiente e innovador. Si, por el contrario, el fin perseguido es el humanitario, como ocurre en la donación de órganos, entraría en juego la autonomía de la voluntad de las personas siempre que la norma sea absolutamente garantista.

9. Respecto al futuro de una posible regulación para permitir en España el contrato de gestación subrogada, anulando el art. 10 LTRHA, en mi humilde opinión, siguiendo

otros ejemplos de países desarrollados, tal normativa debería girar hacia una regulación garantista que conllevara un seguimiento judicial de la gestación desde la suscripción del contrato hasta el nacimiento del niño y la determinación de su filiación.

En dicho contrato se habrían de regular, entre otras, unas condiciones mínimas tales como:

- Que la gestante no sea una persona en riesgo de exclusión social o que pudiera serlo.
- Que la gestante sea ya madre de al menos un hijo, lo que le dote del conocimiento del estado gestacional y los cambios físicos y psicológico que dicho estado comporta.
- Que tanto los padres de intención como la gestante sean estables psicológicamente, para lo cual deberán acreditarlo de forma fehaciente.
- Que en el caso de haber madre de intención, ésta acredite problemas para gestar.
- Que se trate de una prestación altruista o humanitaria, no remunerada, con una compensación económica para la gestante por los gastos que surgen en el proceso, tal y como se hace en los casos de donación de óvulos u órganos en España.
- Que se garantice, desde la firma del contrato, el interés del nasciturus a tener una filiación cierta y regulada, derecho que se extiende a los padres de intención, que de forma indubitada ostentan la paternidad de forma exclusiva y excluyente respecto de la gestante, sin que puedan existir vínculos obligatorios o derechos a posteriori con ella.
- Que se contemplen las especificidades que puedan surgir en los casos particulares, dependiendo de la modalidad gestacional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Agencia F., “Mil niños por gestación subrogada cada año en España, aunque no esté regulada”, *EcoDiario elEconomista*, 13 de septiembre de 2018. Disponible en: <https://ecodiario.eleconomista.es/salud/noticias/9386062/09/18/Mil-ninos-por-gestacion-subrogada-cada-ano-en-Espana-aunque-no-este-regulada.html> [Última consulta: 5 de febrero de 2019].

ÁLVAREZ, P., “El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EEUU y Ucrania”, *El País*, 18 de diciembre de 2017. Disponible en: https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html [Última consulta: 5 febrero 2019].

ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J., “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, *Cadernos de Derecho Actual*, n.º 6, 2017, págs. 313-344.

AZNAR DOMINGO, A., DELGADO SÁNCHEZ, A., “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, n.º 9099, Sección Tribuna, Editorial Wolters Kluwer, 14 de diciembre de 2017.

AZPIROZ VILLAR, J. E., “El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del Tribunal Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias. (La mercantilización y cosificación de la vida humana)”, *Actualidad Civil*, n.º 2, Sección Persona y Derechos / A fondo, Editorial Wolters Kluwer, febrero de 2017.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Hijos *made in California*”, *Aranzadi Civil: revista quincenal*, n.º 1, 2009.

CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, n.º 2, 2009.

CAMARERO GONZÁLEZ, G. J., “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, n.º 7910, Sección Tribuna, Editorial LA LEY, 2012.

CERDÁ SUBIRACHS, J., “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”,

Abogados de Familia, n.º 60, Sección Tribuna Abierta, Editorial LA LEY, Segundo trimestre de 2011.

Comité de Bioética de España, en *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, Madrid, 19 de mayo de 2017. Disponible en: <https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/05/maternidadCB.pdf>.

CORDERO GORDILLO, V., “La prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución”, *Trabajo y Derecho*, n.º 7-8, Editorial Wolters Kluwer, julio de 2015.

CORERA IZU, M., “Abandonados, apátridas y sin padres”, *Diario La Ley*, n.º 8345, Sección Doctrina, Editorial LA LEY, 2 de julio de 2014.

DURÁN AYAGO, A., “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución”, *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2, n.º 2, de 28 de abril de 2015.

FERRER VANRELL, M. P., ARROM LOSCOS, R., AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., CARDONA GUASCH, O. P., MARTÍNEZ NADAL, A. L., MIJANCOS GURRUCHADA, L., PÉREZ GIMÉNEZ, M. T., RIBAS BONET, M. A., SVENSSON, E. M., VERDERA IZQUIERDO, B., *El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013.

FLORES RODRÍGUEZ, J., “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso n.º 65192/11”, *Diario La Ley*, n.º 8363, Sección Tribuna, Editorial LA LEY, 28 de julio de 2014.

HEREDIA CERVANTES, I., “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *ADC: Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVI, 2013, Fasc. II.

LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., “El “interés superior del menor” del art. 1.2 de la LO 8/2015 y cómo incidirá en el reconocimiento de situaciones privadas internacionales. Especial referencia a la gestación subrogada”, *LA LEY Derecho de Familia*, n.º 13, Primer trimestre de 2017.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, *Iguales y Diferentes ante el Derecho Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 465-516.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, M. E., HEREDIA SÁNCHEZ, L. S., “Los contratos de gestación subrogada en España. A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev”, *Diario La Ley*, n.º 9281, Sección Tribuna, Editorial Wolters Kluwer, 18 de octubre de 2018.

PÉREZ MONGE, M., “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación *versus* realidad”, *Revista de Derecho Privado*, Año n.º 94, Mes 4, 2010.

POLO GARCÍA, S., “¿Gestación subrogada o vientre de alquiler?”, *Revista de Jurisprudencia*, Tribuna Penal, LEFEBVRE EL DERECHO, 15 de mayo de 2017.

Redacción, “El TEDH declara contrario al Convenio Europeo de los derechos humanos la negativa a reconocer la filiación a los hijos nacidos de vientre de alquiler”, *Revista Noticias Jurídicas*, Editorial Wolters Kluwer, 2 de julio de 2014 (Actualizada el 10 de julio de 2014). Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3900-el-tedh-declara-contraria-al-convenio-europeo-de-los-derechos-humanos-la-negativa-a-reconocer-la-filiacion-a-los-hijos-nacidos-de-vientre-de-alquiler/> [Última consulta: 28 enero 2019].

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Editorial Dykinson, Ed. 2ª, Vol. 1, Madrid, 2007.

SOUTO GALVÁN, B., “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, n.º 1, 2005, págs. 275-292.

VELA SÁNCHEZ, A. J., “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, n.º 8162, Sección Doctrina, Editorial LA LEY, 3 de octubre de 2013.

VELA SÁNCHEZ, A. J., “Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *Diario La Ley*, n.º 8600, Sección Tribuna, Editorial LA LEY, 8 de septiembre de 2015.

VELA SÁNCHEZ, A. J., “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional”, *Diario La Ley*, n.º 8927, Sección Doctrina, Editorial Wolters Kluwer, 22 de febrero de 2017.

VELA SÁNCHEZ, A. J., “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución << pueden >> ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, n.º 8415, Sección Tribuna, Editorial LA LEY, 6 de noviembre de 2014.

VELA SÁNCHEZ, A. J., “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1): a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, *Diario La Ley*, n.º 7621, Sección Doctrina, Editorial LA LEY, 3 de mayo de 2011.

Wolters Kluwer, *Guía jurídica de Derecho Civil*. Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjcyMTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAB45vNzUAAAA=WKE [Última consulta: 27 enero 2019].

JURISPRUDENCIA

Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, de 2 de febrero de 2015, Rec. 245/2012 [LA LEY 2301/2015].

Consulta de 11 de julio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Inscripciones gestación por sustitución.

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución [BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010].

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009 [LA LEY 15366/2009].

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, n.º 826/2011, de 23 de noviembre, Rec. 949/2011 [LA LEY 231447/2011].

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, n.º 193/2010, de 15 de septiembre, Proc. 188/2010 [LA LEY 152885/2010].

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 14 de octubre de 2008, Asunto C-353/06 [ECLI: EU: C: 2008: 559].

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Pleno, de 2 de octubre de 2003, Asunto C-148/02 [ECLI: EU: C: 2003: 539].

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sala Grand Chamber, de 24 de enero de 2017, Rec. 25358/12.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 1ª, de 28 de junio de 2007, Rec. 76240/2001 [LA LEY 132275/2007].

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 2ª, de 27 de enero de 2015, Rec. 25358/2012 [LA LEY 62165/2015].

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 5ª, de 26 de junio de 2014, Rec. 65192/2011 [LA LEY 131857/2014].

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 5ª, de 26 de junio de 2014, Rec. 65941/2011 [LA LEY 212088/2014].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, n.º 897/216, de 19 de octubre, Rec. 1650/2015 [LA LEY 159555/2016].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, n.º 881/2016, de 25 de octubre, Rec. 3818/2015 [LA LEY 181346/2016].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, n.º 953/2016, de 16 de noviembre, Rec. 3146/2014 [LA LEY 177659/2016].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, n.º 835/2013, de 6 de febrero de 2014, Rec. 245/2012 [LA LEY 2868/2014].