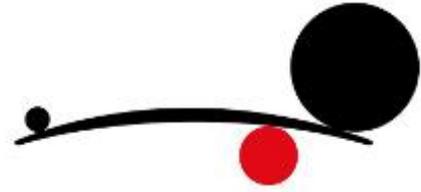


eman ta zabal zazu



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea



Zuzenbide Fakultatea  
Facultad de Derecho

# LA PROBLEMÁTICA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA Y EN EL DERECHO EUROPEO

Trabajo de Fin de Grado

Grado en Derecho

Curso académico 2019/2020

Mayo 2020

Trabajo realizado por: Paula Martín Berrondo

Dirigido por: Juan Manuel Velázquez Gardeta

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>3</b>
1.1. Concepto .....	4
1.2. Situación actual como método reproductivo .....	5
<b>2. RÉGIMEN JURÍDICO ESPAÑOL RELATIVO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN</b> .....	<b>5</b>
1.3. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida .....	5
1.4. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	7
1.5. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil .....	7
1.6. Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación.....	9
<b>3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS OTROS PAÍSES DE EUROPA RESPECTO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....</b>	<b>11</b>
3.1. Países que lo permiten de manera altruista.....	11
3.2. Países que lo permiten de una manera más amplia y de manera comercial.....	13
3.3. Países que lo prohíben.....	14
<b>4. POSICIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL RESPECTO AL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....</b>	<b>17</b>
4.1. Dirección General de los Registros y del Notariado.....	17
4.2. Posición de los tribunales españoles respecto a los nacidos mediante gestación por sustitución.....	21
4.3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.....	23
<b>5. POSICIÓN DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....</b>	<b>25</b>
<b>6. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO A LA INSCRIPCIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....</b>	<b>26</b>

6.1. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	28
6.1.1. Caso Labassee y Mennesson contra Francia (2014).....	28
6.1.2. Caso Foulon y Bouvet contra Francia (2016).....	30
6.1.3. Caso Laborie contra Francia (2017).....	31
6.1.4. Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (2015-2017).....	32
6.2. Opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	34
6.3. Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	37
<b>7. CONCLUSIONES.....</b>	<b>38</b>
<b>8. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>39</b>
<b>9. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>41</b>

## 1. INTRODUCCIÓN

Antiguamente, la única manera de concebir un hijo era de forma natural, pero en los últimos años, gracias a los nuevos avances clínicos y científicos muchas personas con problemas de esterilidad han podido mediante métodos o técnicas de reproducción asistida como la fecundación in vitro, solucionar los problemas que tenían para concebir hijos.

Hoy en día, muchas parejas ante diversos problemas para concebir niños, han visto en la gestación por sustitución una solución para poder ampliar la familia. Lo que a simple vista parece una práctica novedosa y actual, la gestación por sustitución lleva practicándose desde los años 70 en Estados Unidos y desde finales de los años 80 en Europa. Debido a su práctica frecuente, diferentes ordenamientos han tenido que regular la práctica de estos métodos reproductivos para evitar cualquier problema jurídico al respecto.

En este trabajo vamos a analizar en qué consiste la gestación por sustitución, y cómo en los últimos años ha ganado protagonismo gracias a diferentes voces que reclaman su regulación para todas aquellas personas que desean tener hijos y por circunstancias no han podido serlo de forma natural.

En segundo lugar, analizaremos el ordenamiento jurídico español sobre la práctica de la gestación por sustitución, y haremos una comparativa de los ordenamientos jurídicos de otros países de Europa. Asumiendo que existen diferentes regulaciones sobre la materia, hemos considerado oportuno clasificarlos en: aquellos países que prohíben esta práctica, los que permiten la práctica solo de manera altruista, y los permiten de manera más amplia habiendo contraprestación de por medio.

Por otro lado, otro de los problemas que surge con la gestación por sustitución es el reconocimiento de la filiación de los niños nacidos mediante esa práctica y su posterior inscripción en los países que no se permite la gestación por sustitución. Respecto a esa cuestión, analizaremos cómo se resuelve esa cuestión en España y cuál ha sido la posición de los tribunales españoles y de la Dirección General de Registro y del Notariado.

Por último, examinaremos qué postura ha tomado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de Sentencias, dictámenes o decisiones a lo largo de estos años sobre las inscripciones de los niños nacidos mediante gestación por sustitución.

### **1.1. Concepto**

La gestación por sustitución es un contrato que contempla el compromiso de una mujer, mediante contraprestación o sin ella, a gestar un bebé para que otra persona u otras personas puedan ser padres.<sup>1</sup>

Esta práctica suscita todo tipo de opiniones y controversias en el ámbito de la ética, la legalidad y la sociedad actual. Por un lado, hay personas o posiciones que la consideran un derecho reproductivo, motivo por el cual defienden su regulación en España. Y otras lo califican como una explotación hacia la mujer, clase social y raza, ya que las gestantes que se prestan son mayormente mujeres en situaciones desfavorecidas y lo hacen por motivos económicos.

Las razones por las que llevan a las personas a recurrir a este tipo de prácticas son debido a que la mujer no puede gestar en su útero a un niño o tiene problemas de fertilidad. Por lo tanto, tiene que recurrir a la gestación por sustitución para tener un hijo. No solo se tratan de personas estériles, sino también hay parejas del mismo sexo que recurren a gestar un hijo mediante la gestación por sustitución, siendo uno de los comitentes quien aporta material genético.

La gestación por sustitución se distingue en dos tipos, que son la tradicional o la gestacional. A su vez, hay que diferenciar cuándo es una gestación por sustitución comercial o altruista, ya que en algunos países solo se permite de forma altruista, es decir, sin recibir una contraprestación a cambio de gestar a un hijo a los comitentes.

Por un lado, la gestación por sustitución tradicional es aquella en la que la práctica se lleva a cabo con los gametos de la gestante, y en su caso, los gametos de uno de los comitentes. De esta forma, la gestante tiene un vínculo genético con el hijo nacido mediante esta práctica.

---

<sup>1</sup> LAMM, ELEONORA. “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres.” Universidad de Barcelona. 2013. p.24

Por otro lado, tenemos la gestación por sustitución gestacional, que significa que los comitentes aportan sus gametos, y la gestante gestará un hijo con el que no tendrá ningún vínculo genético, ya que no aporta sus óvulos para gestar al hijo.

## **1.2. Situación actual como método reproductivo**

Es una realidad que en estos últimos años existe una demanda social en cuanto a las formas de concebir un niño con ayuda de la medicina reproductiva. Lo que hace muchos siglos podría parecer imposible, hoy en día, en el mundo muchos niños nacen mediante técnicas de reproducción.

El principal motivo para recurrir a las prácticas de reproducción asistida es debido a la imposibilidad que tienen de concebir por medios naturales. Para algunas parejas la gestación por sustitución se ha convertido en una vía para aumentar la familia, descartando la adopción de niños, debido a la complejidad para llevarla a cabo. En España, las parejas que recurren a la gestación por sustitución tienen que hacerlo fuera de nuestras fronteras, dado que en nuestro país realizar un contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho. Las parejas que realizan dicho contrato no solo son parejas de distinto sexo, sino cada vez más parejas del mismo sexo debido a la imposibilidad de concebirlo naturalmente.

El hecho de tener que ir a otros países a realizar su sueño de ser padres deriva problemas posteriores al nacimiento. Se crea un problema jurídico internacional mayormente debido a la cuestión del reconocimiento de la filiación y su inscripción en el Registro Civil del país de destino, es decir, cuando las parejas quieren inscribir a sus hijos en España. Eso en el caso de España, pero hay otros países que durante los últimos años han regulado la práctica, siendo legal tener hijos mediante la gestación por sustitución, con sus limitaciones.

## **2. REGIMEN JURÍDICO ESPAÑOL RELATIVO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCION.**

### **2.1. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.**

Debido a los avances y descubrimientos científicos en materia de técnicas de reproducción humana asistida en los años 70, muchas personas con problemas para concebir naturalmente vieron estas prácticas como la solución a sus problemas para tener hijos. Por lo que, en cierta manera, los diferentes países del mundo tuvieron que abordar el tema y regular en sus ordenamientos estas nuevas técnicas para que tuvieran una cobertura legal y así, resolver todos los problemas jurídicos que se pudiesen ocasionar por la utilización de estas alternativas para tener hijos.

En España, la primera ley que reguló el uso de las técnicas de reproducción humana fue la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En esta ley se prohibió la práctica de la gestación por sustitución en virtud del artículo 10 de dicha ley que regulaba que “ *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 en favor del contratante o de un tercero.*”

Posteriormente, se realizaron dos modificaciones a la Ley inicial. La primera modificación fue en 2003, siendo modificada la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre en dos artículos con el fin de evitar la generación y acumulación de preembriones supernumerarios. La segunda modificación fue en 2006, siendo derogada la Ley 45/2003, de 21 de noviembre por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, que está vigente a día de hoy.

En torno a la cuestión que estamos analizando en este trabajo, la única modificación realizada desde la promulgación de la primera Ley 35/1988 hasta la Ley de 14/2006 ha sido la denominación de la práctica como “gestación por sustitución”.

Por lo que, en virtud de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, es nulo todo contrato que se celebre cuando la mujer de una pareja sea estéril o fértil acuerde implantar en el útero de otra mujer para que esta conciba a su hijo. Por lo tanto, a efectos legales, de acuerdo al artículo 10.2 de la Ley 14/2006 se establece que “*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”<sup>2</sup> la gestante será la madre de hijo concebido mediante esta práctica, haya aportado o no su material genético, y en el artículo 10.3 se reconoce la posibilidad de que el padre biológico reclame la paternidad.

---

<sup>2</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

## **2.2. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.**

Desde la perspectiva penal, no se castiga como delito la práctica de la gestación por sustitución.

En el Título XII que regula los delitos contra las relaciones familiares, y más concretamente en el capítulo II respecto “ *de la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor*” en el artículo 220.2 se castiga con las penas de prisión de seis a dos años a quien “*ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación*”<sup>3</sup> Y en el artículo 221 del mismo precepto legal se establece que “*Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años*”. Además, en el segundo apartado del mismo artículo se establece que “*Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese afectado en país extranjera*”<sup>4</sup>. Así que, ambas partes, en el caso de realizar dicha conductas, serían castigados penalmente.

## **2.3. Ley 11/2011 del Registro Civil**

El artículo 44.4 de la Ley de Registro Civil- LRC en adelante- establece que la filiación “*se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad a lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.*”<sup>5</sup> Que establece que la filiación será determinada por el parto, en virtud del artículo 10.2 de la LTRHA.

---

<sup>3</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>4</sup> Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>5</sup> Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

Respecto a las inscripciones de las resoluciones judiciales el artículo 96. 2 de la LRC<sup>6</sup> establece que la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar “*Previa superación del trámite del exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley*” o “*Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique:*

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

*El Encargado del Registro Civil deberá notificar su resolución a todos los interesados y afectados por la misma. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y los afectados podrán solicitar exequátur de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en la presente Ley. En ambos casos se procederá a la anotación de la resolución en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40, si así se solicita expresamente.”<sup>7</sup>*

En el 98.2 del mismo precepto se establece que “*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.*”<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA. La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la Jurisprudencia española y europea. Revista de Derecho Civil. Vol.VI, núm.1 (enero-marzo, 2019) Estudios. P.101

<sup>7</sup> Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

<sup>8</sup> Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

#### 2.4. **Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación.**

En el 2017, El partido político Ciudadanos presentó una proposición de ley <sup>9</sup> de 8 de septiembre, sobre la gestación por sustitución ante el Congreso de los Diputados. Tenía por finalidad regular el derecho a la gestación por sustitución para aquellas parejas que no pueden concebir hijos por métodos naturales o que tengan imposibilidad de gestar mediante técnicas de reproducción asistida. La gestación se llevaría a cabo de manera altruista, es decir, la gestante no recibiría contraprestación por gestar a un niño o niña. Aunque en virtud del artículo 5.2 de la Proposición de ley se contempla que haya una compensación resarcitoria para la mujer gestante por parte de los “padres subrogantes” que consistiría en lo siguiente: *“La compensación económica resarcitoria solo podrá: a) cubrir los gastos estrictamente derivados de las molestias físicas, los de desplazamiento y los laborales, y el lucro cesante inherentes a la gestación, y b) proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pre-gestacional, la gestación y el post-parto.”*

Respecto a la gestante, el texto regula que la gestación a favor de la pareja comitente sería siempre en un contexto en el que la gestante gozase de sus derechos a la libertad, la dignidad humana, la igualdad y la protección. Los requisitos para poder ser gestante serían los siguientes: la gestante debe ser mayor de 25 años, haber concebido algún hijo con anterioridad y no tener ningún problema psicológico o adicción a las drogas. Además, no debe de haber ningún peligro para la vida de la gestante y la pareja.

En cuanto al contrato de la gestación por sustitución, en el artículo 9.1 de la Proposición de Ley se establece que *“La mujer que se acoja al derecho del artículo 6.1 y la persona o personas que pretendan ser progenitor o progenitores subrogantes deberán otorgar ante Notario, con carácter previo a cualquier aplicación de una técnica de reproducción humana asistida, el contrato de gestación por subrogación, redactado con sujeción a la presente Ley y de forma accesible y comprensible tanto para la mujer gestante como para los progenitores subrogantes.”* Y en el artículo 9.3 establece que *“Al contrato se le deberá anexar de manera obligatoria y como requisito*

---

<sup>9</sup> Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Boletín Oficial de las Cortes Generales. 2017.

*de validez el certificado expedido por el Registro Nacional de Gestación por Subrogación, con una antigüedad máxima de un mes, en el que se hace constar que la mujer interviniente se haya inscrita tras haber superado los exámenes correspondientes.*“<sup>10</sup>El Registro Nacional de Gestación por Subrogación se crearía mediante esta Ley, debido a que no existe actualmente tal Registro.

La filiación de los niños nacidos mediante gestación por sustitución se regularía por las leyes civiles, como se regula en el artículo 7 de la LTRHA. Respecto a esa filiación, en virtud del artículo 11.2 de la Proposición de Ley la gestante no establecería ningún vínculo con el niño o niña que naciese mediante esa práctica. Y en el caso de parejas *“el progenitor subrogante que no hubiese aportado material genético a la gestación por subrogación podrá manifestar, conforme a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto del hijo o hijos del progenitor subrogante que sí lo hubiese aportado.”*<sup>11</sup>

La Proposición de Ley recoge los requisitos que deben cumplirse para que se permita dicha práctica, que son los siguientes: La práctica de la gestación por sustitución se llevaría a cabo en los casos en los que no hubiese ningún peligro en la vida de la mujer gestante, condiciones que se mencionan antes de iniciar el procedimiento. Asimismo, la pareja comitente deberá haber agotado todas las vías posibles que ofrecen las técnicas de reproducción asistida, y la mujer gestante no podrá tener ningún vínculo de consanguineidad con la pareja comitente.

En julio de 2019, el grupo político Ciudadanos presentó una proposición de ley sobre la gestación por sustitución ante el Congreso de los Diputados, en la que se modificaron algunos aspectos de la anterior proposición de ley presentada en el año 2017.

En esta última proposición de ley se hicieron varias modificaciones a la presentada en el 2017, uno de los cambios es que el término utilizado anteriormente “gestación por

---

<sup>10</sup> Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Boletín Oficial de las Cortes Generales. 2017

<sup>11</sup> Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Boletín Oficial de las Cortes Generales. 2017

subrogación” por gestación por sustitución, llamandole así durante todo el texto. En referencia a la mujer gestante se modificó el apartado en el que se establecía que la mujer gestante no podía tener un vínculo de consanguineidad con los progenitores subrogantes a que en el artículo 4. 3 se estableciera que *“Salvo que del resultado de los exámenes previsto en los apartados 3 y 4 de la presente Ley se determine lo contrario, no existirá ex ante impedimento para la existencia de vínculo de consanguineidad entre la mujer gestante y los progenitores subrogantes.”*<sup>12</sup> De manera que se aceptaría que hubiese un vínculo de consanguineidad.

Además, se añadió un apartado nuevo en el que se establecía que la gestante deberá recibir asesoría legal para que se le explique en que consiste el proceso y que implicaciones tiene.

### **3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS OTROS PAÍSES DE EUROPA RESPECTO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

Después de haber analizado la situación legal de la práctica de la gestación por sustitución en España, nos vamos a adentrar a analizar cuál es el régimen jurídico en otros países de Europa.

A la hora de analizar, vamos a dividirlo en 3 bloques, que son los siguientes: en primer lugar, vamos a analizar y clasificar aquellos países que permiten la gestación por sustitución. Dentro de esa clasificación, lo dividiremos en dos tipos. Por un lado, analizaremos aquellos países que lo permiten de manera altruista, y por otro lado, aquellos países que lo permiten de manera comercial. Finalizando con el análisis de aquellos países que prohíben esta práctica incluso como delito y los que realizar un contrato de gestación por sustitución se considera nulo de pleno derecho.

#### **3.1. Países que lo permiten de manera altruista**

En Europa hay algunos ordenamientos que permiten la práctica de la gestación por sustitución, aunque no todos los países lo regulan de la misma manera.

---

<sup>12</sup> Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Boletín Oficial de las Cortes Generales. 2019

Por un lado, tenemos aquellos países que permiten la práctica de la gestación por sustitución de manera altruista, es decir, en el contrato que se establece entre la gestante y los comitentes no hay una contraprestación de por medio.

Este es el caso de Reino Unido, en el que la práctica comercial está prohibida pero está permitida de una manera altruista según la Ley “Surrogacy Arrangements Act” de 1985<sup>13</sup>. Esta Ley establece que está prohibido y tipificado como una ofensa criminal el hacer publicidad de esta práctica y anunciar que vas gestar un hijo o hija como madre gestante. Esta práctica es altruista pero sí que permite que los comitentes paguen por sus gastos llamados “*reasonable expenses*”.

En cuanto a la determinación de la filiación del hijo que nace mediante la práctica de la gestación por sustitución en el país anglosajón, la pareja comitente debe solicitar al juzgado lo que se denomina “*parental order*”. El Reino Unido denomina padres legales a la mujer que gesta el embrión, y en el caso de que esté casada, a su marido como padre del niño. De modo que, la pareja comitente tiene que solicitar al juzgado que les transfiera la paternidad legal del hijo, siempre con el consentimiento de la madre gestante. Y dicho proceso requiere de la implicación del juzgado de familia y de una trabajadora social para llevarlo a cabo.<sup>14</sup>

Al igual que en el Reino Unido, en Grecia y en Portugal está permitida la gestación altruista y está prohibida hacerlo de manera que la mujer gestante reciba una compensación económica.

En el caso de Grecia, se permite la gestación por sustitución de manera altruista, sin que la mujer gestante perciba beneficios económicos por gestar al niño o niña de la pareja comitente, aunque sí que se podría permitir como en el Reino Unido que la pareja comitente sufraga los gastos que requiera el embarazo de la gestante.<sup>15</sup>

Esta práctica se puede llevar a cabo cumpliendo varios requisitos, que son los siguientes: se puede realizar solo con previo acuerdo entre las partes y con autorización judicial antes de iniciar la práctica. A su vez, la pareja comitente debe presentar un

---

<sup>13</sup> Surrogacy Arrangements Act, de fecha de 16 de julio de 1985.

<sup>14</sup> Department of health & Social care. The surrogacy pathway: Surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales. Guidance. October 2019.

<sup>15</sup> LAMM, ELEONORA. Op.cit. Página 150-153.

certificado en el que conste que son incapaces de concebir un hijo y que la mujer que vaya a gestar a su futuro hijo goce de buena salud para poder llevar a cabo la práctica.

Por último, en el caso de Portugal, con la aprobación de la Ley 25/2016, de 22 de agosto, se modificó el artículo 8 de LPMA<sup>16</sup>, permitiendo así que una mujer pueda gestar un hijo a favor de unos terceros, renunciando la gestante a cualquier derecho de la maternidad, y que entregue tras el parto al hijo concebido. Siendo esta una excepción en cuanto a lo regulado en el Código Civil portugués, que en su artículo 1796 regula que la filiación viene determinada en el parto, por lo que lo regulado en la LPMA es una excepción, ya que determina que la filiación corresponde a los beneficiarios.

La práctica de la gestación por sustitución en el país luso se permite solo cuando existen problemas para llevar a cabo un embarazo debido a una enfermedad o por la ausencia de útero. Y solo se puede hacer de manera altruista, aunque se permite que los beneficiarios paguen a la gestante por los gastos que supone el embarazo.

### **3.2. Países que lo permiten de una manera más amplia y de manera comercial**

Por otro lado, tenemos aquellos países en los que se permite la gestación por sustitución de una manera comercial, es decir, la mujer gestante recibe una contraprestación por el hecho de gestar en su vientre un niño o niña.

Es el caso de Ucrania, en el que en su legislación no prohíbe la gestación por sustitución de forma comercial, por lo cual se entiende que esta práctica está permitida, ya que en su Código Civil se establece que hay libertad contractual y que las partes determinarán las estipulaciones en cada contrato. Por lo tanto, no hay constancia de que se prohíba expresamente.

La filiación del niño o niña que se gesta corresponde a los comitentes que conciben el embrión que se transfiere al cuerpo de otra mujer según se establece en el artículo 123.2 del Código de Familia de Ucrania<sup>17</sup>. Se necesita el consentimiento de la gestante para que la filiación sea a favor de las parejas comitentes que recurren a esta práctica, y la gestante no puede reclamar la filiación de ese niño o niña que haya gestado.

---

<sup>16</sup> LAZCOZ MORATINOS, GUILLERMO. Acerca de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués. Revista de estudios jurídicos - Dialnet. Página 139

<sup>17</sup> LAMM, ELEONORA. Op.cit. Páginas 174-177.

Para poder recurrir a Ucrania para tener un hijo o hija mediante gestación por sustitución, los comitentes deben de estar casados, y no solo que estén casados sino que tienen que ser mujer y hombre. En Ucrania está prohibido que las personas del mismo sexo se casen entre ellos, por lo que tampoco está permitido que ninguna pareja del mismo sexo, aún siendo extranjero y que en su país de origen esté permitido el matrimonio entre dos personas del mismo sexo pueda gestar un hijo en este país. A su vez, los cónyuges comitentes deben de aportar sus gametos y gestarlos en el cuerpo de otra mujer y ser incapaces de concebir o llevar a cabo un embarazo de forma natural.

En el caso de Rusia, la gestación por sustitución se regula en la “*Ley Federal sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia de 2012*”.<sup>18</sup> Se permite tanto la gestación por sustitución de manera altruista como comercial, y solo se puede acceder a esta práctica por razones médicas.<sup>19</sup>

Respecto a la filiación del niño o niña que nace mediante la gestación por sustitución, al igual que en Ucrania, la gestante tiene que dar su consentimiento para que la pareja comitente pueda inscribir en el Registro Civil su paternidad y maternidad legal. Para su inscripción los comitentes deberán aportar un certificado en el que figura que la gestante ha dado su consentimiento para que los comitentes inscriban al hijo nacido mediante gestación por sustitución como suyo.

### **3.3. Países que lo prohíben**

Al igual que en España, en otros países de Europa no se permite la práctica de la gestación por sustitución. Por eso realizar un contrato de gestación por sustitución se considera nulo y no tiene validez. Incluso, en algunos países puede haber sanciones penales para las partes.

A continuación, analizaremos cuál es la situación legal en algunos países de Europa como Francia, Austria, Italia y Alemania.

---

<sup>18</sup> EMAKUNDE. ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe final. Abril 2018. Página 24

<sup>19</sup> VIDAL MARTINEZ, JAIME. Acerca de la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida. Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, p. 496

En el caso de Francia, al igual que en España, está prohibida la gestación por sustitución por la Ley de Respeto al Cuerpo Humano, de fecha de 29 de julio de 1994, que introdujo en el Código Civil francés el artículo 16-7 que establece que “*es nulo cualquier acuerdo sobre procreación o gestación por cuenta de otro*”.<sup>20</sup>

Desde una perspectiva penal, en el Código Penal francés en virtud del artículo 227-13 establece que “*la sustitución, simulación o el ocultamiento habiendo resultado un atentado al estado civil del niño está penado con prisión de 3 años y 45.000 euros de multa*”.<sup>21</sup> Y en el artículo 511-24 del mismo precepto legal se establece que “*el hecho de proceder a actividades de reproducción médicamente asistida con fines distintos a los definidos por el artículo 2141-2 del Código de la Salud Pública se castigará con penas de prisión de 5 años y multa de 75.000 euros*”<sup>22</sup>

Aunque en Francia esté prohibido llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución para tener niños, los ciudadanos franceses recurren a otros países en los que sus ordenamientos jurídicos si que permiten llevar a cabo esta práctica. El problema surge cuando esas parejas han tenido un niño o una niña mediante gestación por sustitución. En el certificado de nacimiento constan como padres la pareja comitente o persona comitente. Esto supone que al inscribir a los niños como suyos en el Registro Civil francés, se deniega su inscripción por haber nacido mediante una práctica que es nula en virtud del artículo 16-7 del Código Civil Francés. Sobre esta cuestión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció en 2014 mediante las Sentencias relativas a los casos Labassé y Menesson<sup>23</sup> contra Francia, en las que Francia denegaba la inscripción de los hijos nacidos por gestación por sustitución, estimando que se había violado lo regulado en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que dice que “*Toda*

---

<sup>20</sup> Code Civil des Français. Version consolidée au 14 février 2020. Traducción realizada por PAULA MARTIN BERRONDO

<sup>21</sup> Code pénal. Version consolidée au 25 mars 2020. Traducción realizada por PAULA MARTIN BERRONDO. LAMM, ELEONORA. Op.cit. Página 119.

<sup>22</sup> Code pénal. Version consolidée au 25 mars 2020. Traducción realizada por PAULA MARTIN BERRONDO.

<sup>23</sup> VIDAL MARTINEZ, JAIME. Op.cit. página 494.

*persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*<sup>24</sup>

En el caso de Austria, está prohibida de acuerdo al artículo 2 y 3 de la Ley de Medicina Reproductiva, ya que no permiten que haya donación de ovocitos o embriones, y solo se permite la donación de semen para utilizarlo para inseminación artificial. Por lo tanto, en Austria no está permitida la práctica de la gestación por sustitución. Como sucede en los otros países en los que los acuerdos son nulos, los ciudadanos austriacos recurren a realizar esta práctica en aquellos países donde esta práctica está permitida.

En el caso de Alemania, el artículo 1 de la Ley de Protección del Embrión n° 745/90, de fecha de 13 de diciembre de 1990, sanciona a todo aquel que “*procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra*”; y que “*fecunde artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo, con pena de prisión de tres años o de multa*”<sup>25</sup>.

Por último, en el caso de Italia, la Ley 40/2004, de 19 de febrero de 2004, de procreación médica asistida en virtud del artículo 12.6 castiga “*con pena de prisión de 3 a dos años y multa de 600.000 euros a un millón de euros a todo aquel que de cualquier forma realice, anuncie u organice la comercialización de gametos o embriones o la gestación por sustitución*”<sup>26</sup>. Por lo tanto, no está permitido realizar la práctica de la gestación por sustitución. A diferencia de España, en Italia no se permite la “*reproducción artificial de tipo heterologa*”<sup>27</sup> según está establecido en el artículo 4.3 de la Ley 40/2004. Es decir, las mujeres solo pueden ser fecundadas por los gametos de su marido, y no por donantes.

---

<sup>24</sup> Convención Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades, de 03 de septiembre de 1953.

<sup>25</sup> VILLALOBOS, MARÍA JOSÉ. Revista Chilena de Derecho. Vol. 21 N° 2. 1994. pp. 417-422. Consultado en <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14633/000123185.pdf?sequence=1>

<sup>26</sup> Legge, 19 febbraio 2004 n°40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Traducción realizada por PAULA MARTIN BERRONDO. VIDAL MARTÍNEZ, JAIME. Op.cit. Página 497.

<sup>27</sup> LAMM, ELEONORA. Op.cit. p.127. Legge, 19 febbraio 2004 n°40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

#### **4. POSICIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL RESPECTO AL RECONOCIMIENTO SOBRE LA FILIACION DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

Las cifras de nacimientos mediante gestación por sustitución están aumentando cada año, siendo una práctica que se realiza frecuentemente por familias españolas y que al estar prohibida en España, optan por recurrir a otros países en el que su ordenamiento permite esta práctica para concebir hijos.

Los comitentes deben inscribir a los niños en el Registro Consular de España presentando diversos documentos como el certificado de nacimiento de los niños. En ese certificado figura que los padres de los niños son los que han realizado el acuerdo de gestación por sustitución. Esto supone un problema a la hora de inscribirlos en el Registro, siendo motivo de rechazo para inscribirlos, debido a que en España el contrato de gestación es nulo de pleno derecho, y se determina que la filiación es a favor de la gestante, ya que la filiación se determina en el parto en virtud del artículo 10.2 de la LTRHA.

##### **4.1. Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)**

La primera vez que la Dirección General de los Registros y del Notariado -DGRN en adelante- tuvo que manifestarse en cuanto a la determinación de la filiación de los hijos nacidos mediante la práctica de la gestación por sustitución fue a raíz del caso de dos niños que nacieron mediante esta práctica en California en el año 2008. En el que un matrimonio de dos personas del mismo sexo, nacionales españoles y con residencia en España recurrieron a tener hijos mediante gestación por sustitución en otros país en el que se permitía la práctica, aportando ellos su material genético. Además, al nacer los niños, las autoridades judiciales emitieron un certificado en el que decía que los niños eran hijos de los cónyuges.

El problema surgió cuando ambos fueron a entregar una solicitud para inscribir a los hijos en el Registro Civil Consular de la ciudad de Los Ángeles en California, y este Registro se negó a inscribir a los hijos manifestando que de acuerdo los artículos 10.1 y 10.2 de la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que dicen que *“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.” Y que en virtud del 10.2 que dice que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.”* La madre legal de esos niños era la gestante. Los cónyuges españoles recurrieron a dicha decisión ante la DGRN. En respuesta a aquella cuestión la DGRN emitió la Resolución de 18 de febrero de 2009<sup>28</sup> por la cual da la razón al matrimonio y los niños pudieron ser inscritos en el Registro Civil español como hijos del matrimonio español.

Visto que la Resolución de 18 de febrero fue recurrida, y al percibir una necesidad de dotar de protección jurídica en lo relativo al interés superior del menor, y otros aspectos respecto a la gestación por sustitución, La DGRN publicó una Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>29</sup>. Al igual que se intenta dotar de protección jurídica el interés superior del menor, se quiere proteger a las mujeres que acceden a llevar a cabo esta práctica, defendiendo sus derechos y que el consentimiento de realizar la práctica haya sido de forma libre y voluntaria.

En la Instrucción de 05 de octubre de 2010 la DGRN quiere constatar 3 aspectos importantes sobre la cuestión, que son *“en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción*

---

<sup>28</sup> CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER .Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2015), Vol. 7, No 2, pp. 52-53

<sup>29</sup> BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010, para su consulta vid. <<https://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>

*Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.*”<sup>30</sup>.

La DGRN mediante esta Resolución da unas pautas que tienen que controlar los Encargados del Registro Civil para proceder a las inscripciones de los menores nacidos mediante un acuerdo de gestación por sustitución en el extranjero, que son las siguientes:

En primer lugar, para poder inscribir a los menores se necesita una resolución judicial dictada por un Tribunal competente, así se controla que el acuerdo se ha llevado a cabo de una manera en la que se han cumplido “*los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante*”<sup>31</sup>. Conviene subrayar, que se quiere constatar que la gestante es consciente de lo que supone llevar a cabo esta práctica, y que lo hace sin haber sido coaccionada, engañada o sometida a violencia. Por el contrario, estaríamos ante una práctica que podría encubrir el tráfico de menores.

A su vez, se especifica que el hecho de que para inscribir a los menores se requiera una resolución judicial se basa en el artículo 10.3 de la LTRHA que establece que “*Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*”<sup>32</sup>

En el caso de que se quiera inscribir a menores nacidos mediante gestación por sustitución sin haber presentado la resolución judicial mencionada anteriormente, el encargado del registro Civil podrá denegar la inscripción<sup>33</sup>. Se podría decir que ese es el caso de aquellos españoles que van a países como Ucrania a tener un hijo mediante

---

<sup>30</sup> BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010, para su consulta vid. <<https://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>

<sup>31</sup> BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010, para su consulta vid. <<https://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>

<sup>32</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Boletín Oficial del Estado, 27 de mayo de 2006, núm. 126, pp. 19947-19956.

<sup>33</sup> BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010, para su consulta vid. <<https://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>>

gestación por sustitución, ya que no dispone de un procedimiento judicial en cuya virtud se pueda instar a los padres para que declare su filiación y así poder conseguir una resolución judicial. Por el contrario, en países como Estados Unidos o Reino Unido se puede obtener una resolución judicial para determinar la filiación de los menores.

Por último, se recalca en el apartado segundo de las directrices que “ *En ningún caso se admitira a título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.*”<sup>34</sup>

El 14 de febrero de 2019 la DGRN publicó una Instrucción, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>35</sup> que derogaba la anterior Instrucción de 05 de octubre de 2010. El propósito de esta nueva Instrucción era la de regular aquellas situaciones en las que el país en el que se accede a la gestación por sustitución, y una vez que nace el niño se les da a los comitentes la filiación del menor que nace mediante la práctica, digamos que se le da una cobertura, ya que estos países no emiten ninguna resolución judicial, requisito que se necesita en virtud de la Instrucción de la DGRN de 05 de octubre de 2010 para poder inscribir a los menores nacidos mediante gestación por sustitución en el Registro Civil Consular por el Encargado Consular.<sup>36</sup>

Todo cambia cuando cuatro días más tarde de la publicación de la Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019. El Ministerio de Justicia dejó sin efecto dicha Instrucción que posibilitaba la inscripción de los niños nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero mediante la presentación de una prueba de ADN, incluso “*a todos los efectos, incluso derogatorios, en relación con los niños que hayan nacido*

---

<sup>34</sup> BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010, para su consulta vid. <<https://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>>

<sup>35</sup> Vid. [https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion\\_gestacion.pdf](https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf)

<sup>36</sup> MUÑOZ RODRIGO, GONZALO. La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019. Actualidad Jurídica Iberoamericana N°10 bis, junio 2019, ISSN:2386-4567,pp.729-730.

*mediante este procedimiento con posterioridad a la fecha de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la presente Instrucción.»*<sup>37</sup>

Siguiendo con el análisis de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, en esta se matizaba que solo serían válidas aquellas inscripciones que acompañasen una resolución judicial que emitiese una autoridad competente, siendo esta *“firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010.”*<sup>38</sup> Por lo tanto, provocaría la denegación de todas aquellas inscripciones que no reuniesen esos requisitos.

Así que en la actualidad, la Instrucción que se debe tener en cuenta es la Instrucción de la DGRN de 05 de octubre de 2010.

#### **4.2. Posición de los Tribunales españoles respecto a los nacidos mediante la gestación por sustitución**

Respecto a la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN, después de haber registrado a los niños nacidos en California en el Registro Civil, el Ministerio Fiscal interpuso una demanda al Juzgado de Primera instrucción nº15 de Valencia contra dicha Resolución, que fue estimada íntegramente por el Juez. El Magistrado consideró que tenía que dejar sin efecto las inscripciones realizadas de acuerdo a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.<sup>39</sup>

Los comitentes de los niños interpusieron un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia

---

<sup>37</sup> Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

<sup>38</sup> Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

<sup>39</sup> SJPI nº 193/2010, de 15 de septiembre. CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER Op.cit. p. 53

nº15 de Valencia nº 193/2010, de 15 de septiembre, que dejaba sin efecto la inscripción de los menores nacidos mediante gestación por sustitución en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (California).

La Audiencia Provincial de Valencia en su fundamento de derecho quinto declara que *“Es cierto que toda resolución que afecte a los menores de edad debe tener como guía el principio del interés del menor tanto por aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1.959, que proclama este principio en su artículo 3, como por aplicación del artículo 39 de la Constitución española o de las disposiciones de la Ley Orgánica 1/1.996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, así como de las normas concordantes del Código Civil, pero la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la propia ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados (artículo 10 de la Ley 14/2.006 y artículos 175 y siguientes del Código Civil).”* Y que *“se prodría defender la prohibición de la gestación por sustitución persigue, al menos en abstracto, la defensa del interés de los menores, pues como se ha dicho, pretende impedir que la vida humana sea objeto del comercio. La misma consideración puede hacerse respecto del respeto a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1.950.”*

Finalmente, se desestimó el recurso de apelación interpuesto por los comitentes contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº15 de fecha de 23 de noviembre de 2010, por lo que se confirma la sentencia dejando sin efecto la inscripción de los menores.

Ante dicha negativa, los comitentes interpusieron un recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

### 4.3. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014

El Tribunal Supremo mediante la STS N° 835/2013, de 6 de febrero de 2014, deniega la inscripción de los dos niños que nacieron en California mediante gestación por sustitución.

Lo primero que deja claro el Tribunal Supremo es que estamos ante “*la técnica aplicada no es la de un conflicto de leyes, sino la del reconocimiento.*”<sup>40</sup> En opinión de A.L. CALVO CARAVACA y J.CARRASCOSA GONZÁLEZ “*El TS acierta de lleno al enfocar el litigio planteado como una cuestión relativa a la validez, relativa a la validez en España de un acto reflejado en una certificación registral extranjera. No se trata de fijar la filiación de los nacidos tras una gestación por sustitución. No es un proceso de cognición. La cuestión de la inscripción en el Registro Civil español de una filiación ya determinada por autoridades registrales de California constituye, por tanto, una cuestión de validez extraterritorial de decisiones y no una cuestión de “conflicto de Leyes”.*”<sup>41</sup> Añadir también a la cuestión anterior que la verdadera cuestión que hay que solucionar es si lo reconocido por la autoridad del Registro Civil de San Diego (California) se puede aceptar, lo que en caso de ser afirmativo, se reconocería la filiación a favor de los “padres comitentes.”

Nuestro Ordenamiento reconoce más allá de la filiación mediante un “hecho biológico”, y así constata el TS cuando le da la razón a los recurrentes en que “*la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español.*”<sup>42</sup> En otras palabras, hay niños que han sido adoptados o que son fruto de una fecundación en el que ha contribuido un donante ajeno. Además, en el Fundamento Jurídico 3. 6 el TS señaló que “*De estos otros posibles vínculos determinantes de la filiación resulta también que la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de*

---

<sup>40</sup> STS N° 835/2013, de 6 de febrero de 2014

<sup>41</sup> CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. Op. cit., p.67-68

<sup>42</sup> STS N° 835/2013, de 6 de febrero de 2014. FJ 3.6

*naturaleza social y cultural.*”<sup>43</sup> Esto es así, según se establece en el artículo 44.5 de la Ley del Registro Civil “*También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.*”<sup>44</sup> Por lo tanto, puede haber filiación a favor de dos personas del mismo sexo.

El Tribunal Supremo defiende que es incompatible la decisión emanada por la autoridad judicial californiana que reconoce a los comitentes como padres con las “*normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.*”<sup>45</sup> Y asimismo, recuerda “*cuál debe ser el régimen de la filiación del niño*” regulado en el artículo 10.2 de la LTRHA “*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*”<sup>46</sup> Y en el artículo 10.3 de la LTRHA “*Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*”<sup>47</sup>

Sobre el interés superior del menor el TS determina que no solo hay que tener en cuenta ese principio, sino que cabe mencionar que pueden confluír otros bienes jurídicos como “*el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.*” Aunque menciona que el hecho de no reconocer la filiación puede suponer “*un perjuicio para la posición jurídica de los menores.*”<sup>48</sup> No obstante, recuerda que contradecir a lo establecido en la ley para la determinación de la filiación supone dañar el interés del niño.

Por último, el TS establece que de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de existir un núcleo familiar entre los niños y

---

<sup>43</sup> STS N° 835/2013, de 6 de febrero de 2014.

<sup>44</sup> Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

<sup>45</sup> STS N° 835/2013, de 6 de febrero de 2014 FJ.3.10

<sup>46</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

<sup>47</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

<sup>48</sup> STS N° 835/2013, de 6 de febrero de 2014 FJ. 5.7

los recurrentes, tendrían que intervenir las autoridades públicas o los recurrentes a que se protejan y desarrollen esos vínculos. De modo que, en la LTRHA en el artículo 10.3. existe la posibilidad de iniciar acciones para determinar la filiación de esos niños, incluso “*el acogimiento familiar o la adopción*”<sup>49</sup>

El Tribunal Supremo falla desestimando el recurso de casación, de manera que se reafirma lo estimado en instancias anteriores.

El Magistrado Don José Antonio Seijas Quintana formuló un voto particular que fue suscrito por 4 Magistrados. El Magistrado razonó que la cuestión de la legalidad de la resolución extranjera debía analizarse desde una perspectiva del reconocimiento de una resolución válida respecto a la normativa de California.

Respecto a lo relativo con la gestante y la vulneración de su dignidad, el Magistrado afirma que “*tratandose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía*”.<sup>50</sup>

Acerca de la vulneración del orden público internacional dice que solo podría comprobarse si se analiza “*caso por caso*”.<sup>51</sup>

Finaliza diciendo que “*este interés superior no impide que se produzcan situaciones como la descrita en la sentencia en un supuesto de acciones de impugnación de filiación, ni impide que los padres puedan desaparecer de la vida de los menores, física o jurídicamente. Ocurre que el interés en abstracto no basta y que, como se ha dicho, en feliz expresión, "no hay orden público si en el caso se contrararía el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada"*”.<sup>52</sup>

## **5. POSICIÓN DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

En los últimos años, la práctica de la gestación por sustitución está dando que hablar a nivel europeo, reiteradamente el TEDH se ha manifestado en cuanto a los problemas que surgen a raíz del reconocimiento de aquellos niños que nacen mediante la gestación por sustitución y su posterior inscripción en los Registros Civiles. En este punto

---

<sup>49</sup> STS N° 835/2013, de 6 de febrero de 2014 FJ 5.11

<sup>50</sup> STS N° 835/2013, de 6 de febrero de 2014. Voto particular

<sup>51</sup> STS N° 835/2013, de 6 de febrero de 2014. Voto particular

<sup>52</sup> STS N° 835/2013, de 6 de febrero de 2014. Voto particular

analizaremos cuáles son las diferentes posturas de las instituciones de la Unión Europea a lo largo de estos años.

El Parlamento Europeo en el informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y política de la UE al respecto, puso de manifiesto que *“Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”*<sup>53</sup>

En el seno del **Consejo de Europa** aunque haya habido movimientos o intentos creando Comités de asuntos sociales, salud y familia, no se ha podido llegar a nada, debido a la incapacidad de presentar propuestas. Aunque en 2012 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa presentó una declaración en torno a la gestación por sustitución, manifestando que es *“incompatible con la dignidad de mujeres y niños”*<sup>54</sup>

## **6. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO A LA INSCRIPCIÓN DE LOS MENORES NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

En estos últimos años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre los problemas que se suscitaban en torno a las inscripciones de los niños nacidos, ya que aquellos países en los que la gestación por sustitución está prohibida rechazan la inscripción de los nacidos mediante dicha práctica.

Los Estados que son parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos -CEDH en adelante- de 1950, no tienen ninguna restricción a la hora de regular sobre la filiación de

---

<sup>53</sup> [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_ES.html)

<sup>54</sup> HERMIDA BELLOT, BEATRIZ. Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, y el Comité de Derechos del Niño. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 767, mayo-junio de 2018. Página 1197

los nacidos mediante gestación por sustitución en sus legislaciones, ya que no se especifica en dicho Convenio ningún impedimento para ello. Ante esta situación, se ha intentado repetidamente, por ejemplo, mediante la Convención de la Haya, llegar a un criterio uniforme para los Estados, pero ha sido en vano, debido a que las posturas sobre el tema son tan diferentes en cada Estado que ha sido imposible.<sup>55</sup>

En lo respectivo al reconocimiento de la filiación de los concebidos mediante la práctica de la gestación por sustitución, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos- TEDH en adelante- sostiene una tesis inclinándose en que *“el orden público internacional del Estado de destino no debe impedir, sistemáticamente, los efectos legales en dicho Estado de destino de la filiación acreditada en el extranjero en relación con los nacidos tras una gestación por sustitución”*<sup>56</sup>.

Por lo que a la hora de resolver cualquier controversia que se suscita en torno a la filiación el TEDH se apoya en varios preceptos que se regulan en el Convenio Europeo de Derechos Humanos para proteger al menor.

En primer lugar, pone en relieve la importancia del respeto sobre el interés superior del menor, ya que si el Estado de destino no reconociese la filiación de ese menor la filiación, carecería de nacionalidad, teniendo muchas consecuencias, siendo una de ellas la falta de identidad del menor.<sup>57</sup>

En segundo lugar, el artículo 8.1 CEDH establece, entre otras cosas, el derecho que tiene toda persona al respeto de su vida privada, y referido a nuestra cuestión, el Estado de destino al tener atribuido el menor una identidad y filiación, y el Estado al privarle de estos derechos que tiene, viola el apartado mencionado, aunque la práctica de la gestación por sustitución esté prohibida o el contrato que se acuerde sea nulo de pleno derecho.

---

<sup>55</sup> CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. Derecho Internacional Privado. Volumen II. Decimoseptima edición. Ed. Editorial Comares, 2017. Página 347.

<sup>56</sup> CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. Op.cit. Página 347.

<sup>57</sup> CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. Op.cit. Página 347

En tercer lugar, respecto al mismo artículo mencionado en el anterior párrafo, veremos que en las diferentes sentencias que ha dictado el TEDH se separa el concepto de vida privada con la vida familiar, básicamente debido a que solo existiría una violación sobre el ámbito de la vida familiar cuando los menores y sus “*intended parents*” en su respectivo país de origen no sean tratados de aquella manera.

En definitiva, el TEDH establece que será de aplicación el orden público internacional del país de destino en el cual se quiera inscribir al menor cuando se haya llegado a un acuerdo para la práctica de la gestación por sustitución en el que la gestante lo haya hecho sin consentimiento, con violencia o intimidación, o no haya querido dar la patria potestad a los “*intended parents*”.

## **6.1. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Adentrandonos en el análisis de las distintas sentencias que ha dictado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el TEDH adopta la postura de que hay que inscribir a los nacidos mediante la gestación por sustitución, reconociendo así la filiación hacia los “*intended parents*”.

Las sentencias que han marcado un antes y después fueron las sentencias sobre los *asuntos Labassee y Mennesson contra Francia*, ya que en muchas de las sentencias que va a dictar sobre la misma cuestión van a ser un claro reflejo de la decisión adoptada en dichas sentencias, las cuales fueron resueltas el mismo día dada su similitud de la cuestión que se planteaba aunque fueron dictadas en dos sentencias. Sin embargo, en los asuntos *Paradiso y Campanelli* el Tribunal toma otra actitud, siendo también un caso diferente a los anteriores.

### **6.1.1. Caso Mennesson y Labassee vs Francia**

El 26 de junio de 2014, el TEDH dictó dos sentencias sobre dos asuntos independientes entre ellos, aunque las situaciones eran similares. Se trataba de dos casos en los que dos matrimonios de nacionalidad francesa accedieron al extranjero para llevar a cabo un acuerdo de gestación por sustitución, ya que en su país de origen está prohibida de acuerdo al artículo 16-7 del “*Code Civil*” francés.

En el caso *Mennesson*, el matrimonio después de recurrir a técnicas de reproducción para concebir hijos, y no pudiendo llevarse a cabo, recurrieron a la gestación por sustitución utilizando los gametos del marido y los óvulos de una donante anónima, llevando a término el embarazo y el nacimiento de unos gemelos. En el *caso Labassee*, el matrimonio ante la infertilidad de la mujer, decidió recurrir a la gestación por sustitución en Minnesota, llevando a cabo un contrato por el cual, el Sr. Labassee aportó sus gametos y una mujer anónima aportó sus ovocitos, naciendo de esa práctica una niña. En ambos asuntos, los tribunales de Minnesota y de California, reconocieron por sentencia judicial que los padres legales de aquellos hijos eran de los matrimonios franceses de acuerdo al Derecho estadounidense.

Pero los problemas vinieron después, cuando el Registro Civil francés denegó la inscripción de los niños, debido a que habían sido concebidos mediante gestación por sustitución, práctica que está prohibida en Francia, por lo que iba en contra del orden público internacional francés, así lo constató la Court de Cassation francesa.

Después de agotar todas las vías posibles, ambos matrimonios interpusieron demandas ante el TEDH<sup>58</sup>, alegando que se había vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH en adelante) respecto a la vida privada y familiar, y asimismo, la combinación de los artículos 8 y 14 del CEDH. El TEDH mediante las Sentencias de 26 de junio de 2014 determinó que había habido una violación sobre el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto a lo relacionado con que “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada*”<sup>59</sup>, pero se especificó que era respecto al derecho de los niños<sup>60</sup>, y no de los comitentes. Y separó ese apartado relativo a la vida familiar de los comitentes, cuestión sobre la que

---

<sup>58</sup> OTAEGUI AIZPURUA, IDOIA. La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos de los menores. Thomson Reuters Aranzadi.2017. p.227

<sup>59</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950. Consultado en [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)

<sup>60</sup> STEDH 26 de junio de 2014 “*Dit qu’il y a eu violation de l’article 8 de la Convention s’agissant du droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée*”. Traducción realizada por PAULA MARTIN BERRONDO

no consideró que hubiese violación<sup>61</sup>. Y por otro lado, que no vió necesario examinar la queja sobre la combinación de los artículos 8 y 14 CEDH<sup>62</sup>.

### **6.1.2. Caso Foulon y Bouvet contra Francia (2016)**

El 21 de octubre de 2016, el TEDH dictó una sentencia en la cual condenaba a Francia por la denegación de la inscripción de unos niños nacidos mediante gestación por sustitución en la India. El TEDH resolvió en una misma sentencia los asuntos Foulon y Bouvet<sup>63</sup>, y siguió la misma línea que en la resolución de los casos Mennesson y Labassee debido a su similitud.

El caso Foulon trata sobre un hombre de nacionalidad francesa que acudió a la India para tener un hijo mediante gestación por sustitución. El Sr. Foulon aportó su material genético y una mujer india gestó a una niña que nació en 2009. En el certificado de nacimiento figuraba como padre el Sr. Foulon y como madre una mujer india.<sup>64</sup>

El problema llegó cuando el 30 de octubre de 2009, el fiscal de Nantes comunicó al Sr. Foulon de que se oponía a la inscripción de la certificación de nacimiento de la niña debido a que parecía que se había recurrido a un contrato de gestación por sustitución para concebir a la niña.

Los recurrentes recurrieron dicha oposición ante el Juzgado de Nantes y posteriormente, ante la Corte de Apelación de Rennes en la que se desestimaron su petición. De manera que recurrieron ante la “*Court de Cassation*” alegando una

---

<sup>61</sup> STEDH 26 de junio de 2014 “*Dit qu’il n’y a pas eu violation de l’article 8 de la Convention s’agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale*”. Traducción realizada por PAULA MARTIN BERRONDO.

<sup>62</sup> STEDH 26 de junio de 2014 “*Dit qu’il n’est pas nécessaire d’examiner le grief tiré de l’article 14 de la Convention combiné avec l’article 8*”. Traducción realizada por PAULA MARTIN BERRONDO.

<sup>63</sup> STEDH 21 de julio 2016, Foulon y Bouvet vs.Francia. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, CARMEN. La reproducción médica asistida en el marco de la vida privada y familiar.Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo LXIX, Número 275, Septiembre –Diciembre 2019. Página 852

<sup>64</sup> STEDH 21 de julio 2016, Foulon y Bouvet vs.Francia. Requête no 9063/14. Traducción realizada por PAULA MARTIN BERRONDO

violación de los artículos 3.1 de la Convención de los derechos del Niño<sup>65</sup> y del artículo 8 de la CEDH. La “*Court de Cassation*” justificó su negativa a la inscripción argumentando que se derivaba de una práctica que era nula, y que iba en contra del artículo 16-7 del Código Civil francés. Además, argumentó que no era suficiente la invocación de los artículos los artículo 3.1 de la Convención de los derechos del Niño y el artículo 8 de la CEDH para poder inscribir el certificado de nacimiento de la niña.<sup>66</sup>

Al igual que en el caso Foulon, en el caso Bouvet, en 2010 un ciudadano francés recurrió a la gestación por sustitución en la India. De esa práctica nacieron dos niños que en sus certificados de nacimiento figuraban como padres el Sr. Bouvet, quien aportó su material genético. Y como madre de los niños figuraba una mujer de la India. Al denegarse sus inscripciones, y después de agotar instancias judiciales anteriores, el Sr. Bouvet recurre ante el TEDH.

El TEDH llegó a la conclusión después de analizar los casos que la situación de ambos era similar a la de los asuntos Mennesson y Labassee, ya que no existía violación respecto a la vida familiar de los comitentes, pero sí sobre la vida privada de los niños.

### **6.1.3. Caso Laborie contra Francia (2017)**

Con este nuevo caso, Francia fue condenada otra vez por no reconocer la inscripción del nacido por gestación por sustitución mediante la Sentencia que dictó el 19 de enero de 2017 la 5ª sección del TEDH<sup>67</sup>. En 2010, el matrimonio de los Sr. y Sra. Laborie, de nacionalidad francesa, dada la prohibición en su país de origen recurrieron en Ucrania a la gestación por sustitución para tener hijos, naciendo una niña y un niño. En el certificado de nacimiento constaban como padres el Sr. y Sra. Laborie.

Como en los anteriores casos, a la hora de inscribir a los niños en el Registro Civil francés, este lo denegó por haber nacido mediante la práctica de la gestación por sustitución, prohibido en el artículo 16-7 del Código Civil francés. Y ante tal decisión y

---

<sup>65</sup> *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.* Consultado en <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

<sup>66</sup> STEDH 21 de julio 2016, Foulon y Bouvet vs. Francia. Traducción realizada por PAULA MARTIN BERRONDO

<sup>67</sup> STEDH de 19 de enero de 2017, Laborie vs. Francia

habiendo agotado todas las vías judiciales francesas, el matrimonio Laborie recurrió ante el TEDH.

Después de analizar la situación, el TEDH resolvió como en los asuntos *Mennesson y Labassée*, y los asuntos *Foulon y Bouvet*, concluyendo que no existió violación del artículo 8 CEDH respecto a la vida familiar de los comitentes, pero sí que existió violación respecto a la vida privada del menor.<sup>68</sup>

#### **6.1.4. Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (2015-2017)**

En 2015, la 2ª sección de la Sala del TEDH se pronunció sobre el Caso Paradiso y Campanelli, un matrimonio de nacionalidad italiana que debido a no conseguir gestar a un hijo mediante fecundación in vitro, decidieron realizar un contrato de gestación por sustitución en Rusia mediante una agencia especializada, de la que nació un niño. El certificado de nacimiento reconocía al Sr. Campanelli y a la Sra. Paradiso como padres del niño. Posteriormente fue inscrito y no se especificó que se trataba de un nacimiento por gestación por sustitución de acuerdo a las leyes rusas.

La primera vez que se manifestó el Tribunal sobre el asunto fue mediante la Sentencia de 27 de enero de 2015.<sup>69</sup> Posteriormente, el 24 de enero de 2017 la Gran Sala del TEDH emitió lo que se califica como “*Asunto Paradiso y Campanelli c. Italia*”.

Para saber sobre este asunto, debemos explicar el porqué de esta Sentencia. En 2010 el matrimonio italiano formado por la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli acudió a una agencia rusa para tramitar un contrato de gestación por sustitución. Esta agencia se encargó de encontrar a una mujer para gestar un niño, a la que implantaron un embrión mediante fecundación in vitro que aportaba los gametos del Sr. Campanelli. La encargada de viajar a Rusia a llevar el material genético del Sr. Campanelli fue la Sra. Paradiso.

El niño nació el 27 de febrero de 2011 y el mismo día la gestante dió su consentimiento para que el niño fuese registrado como hijo de la Sra. Paradiso y el

---

<sup>68</sup> STEDH de 19 de enero de 2017, *Laborie vs. Francia*. Traducción realizada por PAULA MARTIN BERRONDO.

<sup>69</sup> STEDH 27 de enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*.

Sr. Campanelli. Por lo que, el 10 de marzo de 2011 el matrimonio fue registrado en el Registro Civil en Moscú como los padres del niño.

Unas semanas más tarde, la Sra. Paradiso fue a inscribir al niño en el Consulado italiano con el certificado de nacimiento para así conseguir todos los documentos para poder viajar a Italia. El Consulado emitió los documentos necesarios para que viajaran a Italia.

Los problemas llegaron una vez que la Sra. Paradiso y el niño regresaron a Italia, ya que el Consulado italiano informó a las autoridades italianas que el certificado de nacimiento del niño contenía información falsa, siendo posteriormente acusados de alteración del estado civil y de haber incumplido la legislación italiana e internacional. En mayo de 2011 fue abierto un procedimiento para dar en adopción al niño, siendo considerado por el Estado como abandonado.

El 27 de junio de 2011 los demandantes fueron escuchados por el Tribunal de menores, y el 07 de julio de 2011 el Tribunal ordenó una prueba de ADN al padre para certificar que era el padre biológico del niño. El resultado fue negativo, de modo que el Sr. Campanelli no era el padre biológico del niño como así alegaban los recurrentes. Posteriormente, el Registro rechazó inscribir el certificado de nacimiento ruso.

En abril de 2013, el niño fue considerado hijo de padres desconocidos, dándole una nueva identidad al niño. Finalmente, fue asignado a una familia de acogida y acabó siendo adoptado por la misma.

El matrimonio formado entre el Sr. Campanelli y la Sra. Paradiso recurrió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una vez agotadas todas las vías posibles, alegando que la reiterada negativa por las autoridades italianas para inscribir al hijo como suyo, la prohibición al matrimonio de ver al niño y la pérdida de custodia violaban el artículo 8 de la CEDH respecto al derecho a la vida privada y familiar.

La 2ª sección de la Sala del TEDH se pronunció mediante la Sentencia de 27 de enero de 2015 sobre el Caso Paradiso y Campanelli, en la que acordó condenar a Italia por violación del artículo 8 del CEDH por *“no haber primado el interés superior del menor sobre el orden público internacional y por no haber preservado un justo*

*equilibrio entre los intereses en presencia.*”<sup>70</sup> Sobre esta decisión de la Sala hubo dos votos particulares de los jueces Raimondi y Spano, en los que ambos rechazaron la decisión de que hubiese una violación del artículo 8 CEDH alegando que no existió una violación en lo relativo al apartado de la “vida familiar” ya que no había ningún vínculo biológico entre los comitentes y el niño.<sup>71</sup>

En relación con la Sentencia del TEDH del 27 de enero de 2015, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mediante sentencia de 24 de enero de 2017 se pronunció ante el asunto Paradiso y Campanelli dictando que existió una vulneración del artículo 8 CEDH.

La Gran Sala declaró que “*no ha existido una vida familiar, ya que no hay ningún vínculo entre los demandantes y el niño; y debido a la corta duración de la convivencia entre los demandantes y el niño.*”<sup>72</sup> Esto por lo que respecta a la vida familiar, pero el Tribunal sí que analizó respecto a la vida privada, ya que entendía que el hecho de que alejasen al niño de los demandantes afectaba a la vida privada de los demandantes.

Finalmente, con once votos contra seis votos, la Gran Sala falló que no existía violación del artículo 8 CEDH.<sup>73</sup>

## **6.2. Opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El 10 de abril de 2019, el TEDH emitió una opinión consultiva a petición de la *Court de Cassation* francesa, regulado en el artículo 3 del Protocolo nº16 del Convenio

---

<sup>70</sup> OTAEGUI AIZPURUA, IDOIA. Op.cit.p.231

<sup>71</sup> STEDH 27 de enero de 2015, Paradiso et Campanelli vs. Italia

<sup>72</sup> Having regard to the above factors, namely the absence of any biological tie between the child and the intended parents, the short duration of the relationship with the child and the uncertainty of the ties from a legal perspective, and in spite of the existence of a parental project and the quality of the emotional bonds, the Court considers that the conditions enabling it to conclude that there existed a *de facto* family life have not been met. In these circumstances, the Court concludes that no family life existed in the present case. STEDH 24 de enero 2017, Paradiso and Campanelli vs Italia. Traducción realizada por PAULA MARTIN BERRONDO.

<sup>73</sup> “*Dit, par onze voix contre six, qu’il n’y a pas eu violation de l’article 8 de la Convention.*” STEDH 24 de enero 2017, Paradiso and Campanelli vs Italia.

Europeo de Derechos Humanos<sup>74</sup> en relación con el reconocimiento del Derecho Interno de la relación jurídica entre un niño nacido mediante gestación por sustitución en el extranjero y la madre comitente.

La petición de la Court de Cassation francesa surgió a raíz de unas cuestiones sobre el caso *Mennesson* (2014), por lo que antes de pronunciarse sobre las cuestiones, la Court de Cassation detuvo el litigio hasta que el TEDH se pronunciase respecto a varias preguntas que realizó sobre la interpretación del artículo 8 del CEDH.

Las preguntas que hizo la *Court de Cassation* francesa eran las siguientes:

“ 1. *Al negarse a inscribir en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones los detalles del certificado de nacimiento de un niño nacido en el extranjero como resultado de un acuerdo de gestación subrogada, en la medida en que el certificado designa a la "madre comitente" como "madre legítima", al tiempo que acepta la inscripción en la medida en que el certificado designa al "padre comitente", que es el padre biológico del niño, ¿el Estado Parte se extralimita en su margen de discrecionalidad en virtud del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales? A este respecto, ¿debe hacerse una distinción dependiendo de que el niño haya sido concebido utilizando los óvulos de la "madre comitente"?* <sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> “*El Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y la Alta Parte Contratante de la que dependa el órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud tendrán derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias. El Presidente del Tribunal podrá igualmente, en interés de una buena administración de justicia, invitar a cualquier otra Alta Parte Contratante o persona a presentar observaciones por escrito y a participar en las audiencias*”. Consultado en [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf).

<sup>75</sup> ADVISORY OPINION concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001). Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=003-6380464-8364383>. Traducción realizada por el equipo de traducción de la Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos. Consultado en <https://www.mjusticia.gob.es/cs/satellite/portal/es/area-internacional/tribunal-europeo-derechos/jurisprudencia-tedh/articulo-derecho-respeto-vida1>

2. *En caso de respuesta afirmativa a cualquiera de las dos preguntas anteriores, ¿la posibilidad de que la madre comitente adopte al hijo de su cónyuge, el padre biológico, como medio para establecer la relación jurídica materno-filial, garantizaría el cumplimiento de los requisitos del artículo 8 del Convenio?* <sup>76</sup>

La sala de cinco jueces de la Gran Sala del TEDH por unanimidad decidió que cuando haya nacido un niño mediante la gestación por sustitución, siendo concebido mediante los gametos del padre comitente y los óvulos de una tercera donante, en el que derivado de esa práctica, el niño haya sido reconocido como hijo del padre comitente por la legislación del país de destino:

*“ 1. El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como "madre legítima"; <sup>77</sup>*

*2. El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio no exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos de la partida de nacimiento legalmente establecida en el extranjero; pueden utilizarse otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño”. <sup>78</sup>*

---

<sup>76</sup> Traducción realizada por el equipo de traducción de la Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos. Consultada en <https://www.mjusticia.gob.es/cs/satellite/portal/es/area-internacional/tribunal-europeo-derechos/jurisprudencia-tedh/articulo-derecho-respeto-vida>

<sup>77</sup> Traducción realizada por el equipo de traducción de la Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos. Consultada en <https://www.mjusticia.gob.es/cs/satellite/portal/es/area-internacional/tribunal-europeo-derechos/jurisprudencia-tedh/articulo-derecho-respeto-vida>

<sup>78</sup> Traducción realizada por el equipo de traducción de la Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos. Consultada en <https://www.mjusticia.gob.es/cs/satellite/portal/es/area-internacional/tribunal-europeo-derechos/jurisprudencia-tedh/articulo-derecho-respeto-vida>

Por lo que la Gran Sala adoptó la postura de no registrar en el certificado de nacimiento a la madre no biológica, reconociendo otras vías como es la adopción.

### **6.3. Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El 19 de septiembre de 2019, el TEDH emitió una decisión sobre los casos C. y E. contra Francia, en los que Francia denegó la inscripción de los menores nacidos mediante gestación por sustitución en el Registro Civil francés. Por un lado, en 2010 el matrimonio C que mediante el uso de los gametos del Sr. C y los óvulos de una tercera donante, tienen un niño, constatando en el certificado de nacimiento que es hijo del Sr. y Sra. C. El problema surgió cuando en el 2014 solicitaron inscribir al niño en el Consulado francés en Miami, siendo esta solicitud remitida al fiscal de Nantes, debido a las sospechas que tenía el Consulado francés de que fuese un caso de gestación por sustitución. Posteriormente, fue rechazada la inscripción y ambos solicitantes apelaron ante el “*Tribunal de grande instance*” de Nantes, invocando el artículo 8 y 14 del CEDH.<sup>79</sup>

El caso E, muy similar al caso C, en el que un matrimonio mediante un acuerdo de gestación por sustitución, en el que el Sr. E aportó sus gametos y hubo una donación de óvulos de una tercera persona, nacen 3 niños en Ghana. En las partidas de nacimiento constaban los comitentes, es decir el Sr. y la Sra. E como padre y madre del nacido, y para posteriormente, inscribirlos en el Registro. Una vez requerida la solicitud, la embajada dió constancia al fiscal de Nantes, especificando que se trataba de una filiación de un nacido mediante gestación por sustitución, práctica prohibida en el ordenamiento francés.

Después de agotar todas las vías previas, ambos matrimonios recurrieron ante el TEDH, siendo presentadas las demandas en los meses de enero y abril de 2018, invocando la violación del artículo 8 CEDH respecto a la vida privada y familiar, y la aplicación del 8 en relación al 14 del CEDH.

El tribunal decidió considerar que el rechazo a la inscripción del certificado de nacimiento no es desproporcionado, ya que el derecho interno permite la posibilidad de

---

<sup>79</sup> DÉCISION. Requêtes no° 1462/18 et 17348/18 C contre la France et E contre la France, de 19 novembre. Traducción realizada por PAULA MARTIN BERRONDO.

que se reconozca la filiación entre los niños y la “madre de intención” mediante la adopción.

## 7. CONCLUSIONES

1. Es importante destacar que nos encontramos ante un verdadero problema a nivel internacional porque no existe una regulación conjunta a nivel europeo que regule sobre la gestación por sustitución ni sobre la inscripción de aquellos niños que nacen mediante la gestación por sustitución. La elaboración de una normativa comunitaria sobre la gestación por sustitución parece muy difícil, debido a que hay opiniones muy diferentes al respecto. Aunque el Parlamento Europeo se pronunció pidiendo su prohibición por ser contraria a la dignidad humana de la mujer y por utilizar la capacidad de reproducción de la mujer para fines financieros.
2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es bastante claro a la hora de tomar una decisión acerca de la negativa de los Estados a no inscribir a los niños nacidos mediante la gestación por sustitución. Para el Tribunal prevalece el “interés superior del menor” al orden público. De manera que no inscribir a los niños supondría la vulneración de los derechos de la vida privada del menor regulada en el artículo 8.1 de la CEDH. Por lo que parece que esta vía es una de las soluciones que propone el TEDH para dar solución al problema sobre las inscripciones de los menores.
3. El Tribunal Supremo se mantiene en la Sentencia de 6 de febrero de 2014 que la inscripción de los niños nacidos mediante gestación por sustitución va en contra de los criterios impuestos por la ley. Y antepone la dignidad de la mujer que ha accedido a gestar al niño, antes que el “interés superior del niño” como lo hace el TEDH.
4. La dificultad de muchas familias por tener hijos hace que muchos piensen que la mejor forma para dar solución a este problema sea regular en España la práctica de la gestación por sustitución. Desde mi punto de vista, antes de recurrir a la gestación por sustitución para formar una familia debido a la imposibilidad de gestar de forma natural, deberían de facilitar los procesos de adopción o de

cierta manera agilizar dichos trámites. Hay niños que realmente necesitan una familia por circunstancias personales y esta es una manera de darles una vida mejor, ya que el motivo principal por el que recurren es el deseo de ser padres.

5. Los que están a favor de la gestación por sustitución piensan que las mujeres que se prestan a gestar un niño a otra pareja lo hacen libremente para poder ayudar a otras familias a realizar el deseo de ser padres. La realidad es otra. El consentimiento no es libre. Muchas mujeres que se prestan a gestar lo hacen por necesidad, ya que se encuentran en situaciones desfavorecidas, y ven en esto un medio para cubrir sus necesidades. Además, esta práctica vulnera el derecho a la dignidad de la mujer y supone la mercantilización del cuerpo de la mujer y de la filiación del menor. El menor se convierte en el objeto de este contrato que se establece entre las partes.

Por otro lado, cuando hablan de legalizar la gestación por sustitución de forma altruista, creo que pocas lo hacen por generosidad. El hecho de que sea altruista, no quiere decir que no se reciba ninguna compensación por gestar. Se establece que cabe la posibilidad de que haya una compensación resarcitoria alegando que tiene como fin la cobertura de gastos que deriven de la gestación que llevan a cabo las gestantes.

6. En definitiva, pienso que la solución a este problema internacional es que se elabore una normativa comunitaria para poner fin a esta práctica en la que se vulneran muchos derechos humanos con la única finalidad de cumplir con el deseo de algunas parejas de ser padres.

## **8. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA**

### **LEGISLACION ESPAÑOLA**

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Boletín Oficial del Estado, 27 de mayo de 2006, núm. 126, pp. 19947-19956.

## **LEGISLACIÓN DE PAÍSES EUROPEOS**

Code Civil des Français. Version consolidée au 14 février 2020

Code pénal. Version consolidée au 25 mars 2020.

Legge, 19 febbraio 2004 n°40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita

Surrogacy Arrangements Act, de fecha de 16 de julio de 1985. Consultada en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>.

Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950. Consultado en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_ES.html)

Convención sobre los Derechos del Niño de 2 de septiembre de 1990. Consultada en <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

DÉCISION Requêtes n° 1462/18 et 17348/18. C contre la France et E contre la France, 19 novembre.

AVIS CONSULTATIF (*Demande no P16-2018-001*). De 10 avril 2019. Consultado en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380431-8364345>

## **JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES ESPAÑOLES**

SJPI n° 193/2010, de 15 de septiembre

SAP Valencia de 23 de noviembre de 2011

STS 6 de febrero de 2014

## **JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES INTERNACIONALES**

STEDH 26 junio 2014, Mennesson contra Francia

STEDH 26 de junio 2014, Labassee contra Francia

STEDH 27 de enero 2015, Paradiso y Campanelli contra Italia

STEDH 21 de julio 2016, Foulon y Bouvet contra Francia

STEDH de 19 de enero de 2017, Laborie contra Francia

STEDH de 24 de enero 2017, Paradiso y Campanelli contra Italia.

## **DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO**

Resolución de 18 de febrero de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante 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. Consultado en <https://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>

Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Consultado en [https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion\\_gestacion.pdf](https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf)

Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

## **9. BIBLIOGRAFÍA**

VILLALOBOS, MARÍA JOSÉ. Revista Chilena de Derecho. Vol. 21 N° 2. 1994. pp. 417-422. Consultado en <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14633/000123185.pdf?sequence=1>

LAZCOZ MORATINOS, GUILLERMO. Acerca de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués. Revista de estudios jurídicos - Dialnet. Pp. 137-151

Department of health & Social care. The surrogacy pathway: Surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales. Guidance. October 2019.

VIDAL MARTINEZ, JAIME. Acerca de la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida. Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, pp 480-513

VARA GONZALEZ, JOSE MANUEL. Vientres de alquiler: un vistazo al exterior. Diario La expansión – Hay derecho. 2017

LAMM, ELEONORA. “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres.” Universidad de Barcelona. 2013. Pp.17-332

DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA. La gestacion por sustitucion ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la Jurisprudencia española y europea. Revista de Derecho Civil. Vol.VI, núm.1 (enero-marzo,2019) Estudios. Pp.53-131

ANDREU MARTÍNEZ, MARÍA BELÉN. Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: La instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019. Actualidad Jurídica Iberoamericana N°10 bis, junio 2019.pp 64-85

HERMIDA BELLOT, BEATRIZ. Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, y el Comité de Derechos del Niño. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n° 767, mayo-junio de 2018.

OTAEGUI AIZPURUA, IDOIA. La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la proteccion de los derechos de los menores. Thomson Reuters Aranzadi. 2017.

CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. Derecho Internacional Privado. Volumen II. Decimoséptima edición. Editorial Comares 2017.

CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal

Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2015), Vol. 7, No 2, pp. 45-113

MUÑOZ RODRIGO, GONZALO. La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019. Actualidad Jurídica Iberoamericana N°10 bis, junio 2019, ISSN:2386-4567,pp.722-735

ANDREU MARTINEZ, M<sup>a</sup> BELEN. Una vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019. Actualidad Jurídica Iberoamericana N°10 bis, junio 2019. ISSN: 2386-4567,pp. 64-85

EMAKUNDE. ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe final.Abril 2018. Pp 5-128

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, CARMEN. La reproducción médica asistida en el marco de la vida privada y familiar.Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo LXIX, Número 275, Septiembre –Diciembre 2019. Pp. 838-861.