

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna.

Curso 2015/2016

Convocatoria: Junio

APROXIMACIÓN AL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA: BREVE ANÁLISIS DEL IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Outline of the spanish surrogacy agreements: brief analysis about the effects of the European Court of Human Rights statements.

Realizado por la alumna Dña. María Rosa Dorta.

Tutorizado por la Profesora Dra. Dña. María Elena Sánchez Jordán.

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas.

Área de conocimiento: Derecho Civil.

ABSTRACT

The gestational surrogacy agreement is a globally growing activity. Each state regulates in a different way this practice by its own sovereignty. Although in Spain this agreement is null and void, it has not prevented an increasing number of people, that wish to have a family, to make the agreement outside the country where it is permitted. In Spain, the recognition of filiation of a child conceived under this agreement has generated conflicts and lengthy processes between the parties involved. This study will approach to these conflicts and will describe the main regulations that have to do, to a greater or lesser extent, with its resolution, which according to what is analyzed should be aimed to not to create helplessness for minors as a result of the mentioned agreement. An assessment of the decisions of the European Court of Human rights about these issues provides a reflection on the path the Spanish courts will likely follow when balancing the conflicting rights when the birth of a child occurs under this practice.

RESUMEN

El contrato de gestación por sustitución es una actividad creciente a nivel global. Los Estados, en virtud de su soberanía, regulan de forma diferente esta práctica. En España, este contrato es nulo de pleno derecho, pero ello no ha impedido que cada vez más personas, con deseos de formar una familia, lo lleven a cabo fuera del país, en lugares donde sí está permitido. El reconocimiento en España de la filiación de un menor concebido en virtud de este contrato, ha generado conflictos y largos procesos entre las partes implicadas en el mismo. En este trabajo se realizará una aproximación a estos conflictos y se describirán las principales regulaciones que tienen que ver, en mayor o menor medida, con su resolución, la cual, a tenor de lo analizado, debe estar orientada a no crear indefensión a los menores que son fruto de este contrato. Una valoración de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, aportará una reflexión sobre el probable recorrido de los tribunales españoles a la hora de ponderar los derechos que entran en conflicto cuando se produce el nacimiento de un niño al amparo de esta práctica.

Índice

I. Introducción.....	2
II. La situación actual del contrato de gestación por sustitución.....	4
1. El contrato de gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español.....	6
1.1 El artículo 10 de la LTRHA. La nulidad del contrato de gestación por sustitución.....	8
1.2 El contrato de gestación por sustitución y el Registro Civil español.....	10
III. El problema sobre la determinación de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución en España.....	13
1. La Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.....	16
2. La sentencia de 6 de febrero de 2014 del Tribunal Supremo.....	19
2.1 La cuestión objeto del proceso, la técnica jurídica aplicable y la forma en la que se debe realizar el reconocimiento del título extranjero.....	19
2.1.1 La cuestión objeto del proceso.....	19
2.1.2 La técnica jurídica aplicable.....	19
2.1.3 La forma en la que se debe realizar el reconocimiento del título extranjero.....	20
2.2 El orden público internacional español como límite.....	20
2.3 El interés superior del menor.....	24
2.4 Derecho al respeto de la vida privada y familiar.....	26
IV. Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su impacto en el Derecho español.....	28
1. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	29
1.1 Manifestaciones del TEDH sobre el artículo 8 de la CEDH y la filiación determinada en el extranjero derivada de un contrato de gestación por sustitución.....	31
1.1.1 La admisión de la filiación de los menores determinada legalmente.....	31
1.1.2 Circunstancias en las que se puede rechazar el reconocimiento de una filiación fruto de un contrato de gestación por sustitución.....	33
1.2 Manifestaciones del TEDH sobre el contrato de gestación por sustitución en las regulaciones internas de cada Estado.....	34
2. El impacto en España de las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.....	35
2.1 El efecto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	35
2.2 Aproximación a la vinculación de las interpretaciones de las sentencias del TEDH en España.....	37
2.2.1 La Circular de 11 de julio de 2014 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.....	39
2.2.2 El Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015.....	40
V. Conclusiones.....	43
VI. Bibliografía.....	46

I. Introducción.

La gestación por sustitución es una de las técnicas de reproducción humana asistida cuya demanda ha aumentado en los últimos años. Una rápida consulta por los medios de comunicación, en particular las redes sociales, pone en evidencia lo actual de esta materia. Las opiniones vertidas sobre esta práctica, prohibida en nuestro país, abarcan diferentes puntos de vista, que van desde posicionamientos de tipo político y jurídico, hasta los de tipo éticos y moral.

Queda patente que la sociedad no permanece estática ante esta práctica y, sin lugar a dudas, resulta complicado alcanzar un equilibrio entre la decisión personal de involucrarse en un contrato de estas características, y tener la expectativa de que el marco normativo actual vaya a respaldar esta decisión; y que, además, en este proceso, se garanticen todos los derechos fundamentales que se consagran en un Estado como el nuestro.

Este tema abarca muchos aspectos de las diferentes ramas del derecho. Por ello, bajo nuestro punto de vista, resulta muy atractivo el estudio del contrato de gestación por sustitución por la transversalidad que conlleva, como por ejemplo, el derecho civil, el derecho penal, el derecho internacional o el derecho constitucional, entre otros. Por tanto, la elección de este tema no ha sido desinteresada, pues se presentaba como una oportunidad para poner en práctica muchas de las competencias adquiridas a lo largo del estudio de esta titulación.

Así, nuestro primer objetivo general ha sido el de realizar una aproximación al contrato de gestación por sustitución en España, sin desligarnos de su tratamiento en el contexto europeo. Son precisamente las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las que nos han llevado a establecer el segundo de nuestros objetivos generales, que es el de valorar el impacto de las sentencias de este órgano en nuestro país.

Para la consecución de estos dos objetivos ha sido necesario trazar otros propósitos, de carácter más específico, que han sido el estudio de la situación actual del contrato de gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español, el problema sobre la determinación de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución en España, y la valoración de las sentencias del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos sobre esta materia y su impacto en el Derecho español.

Las principales fuentes consultadas para la realización de este trabajo proceden de bases de datos jurídicas como Westlaw, de Thomson Reuters Aranzadi (consultada a través del servicio Punto Q de la Universidad de La Laguna), la Ley Digital, de Wolters Kluwer, y Vlex España, accesibles a través de sus respectivos portales web. El Boletín Oficial del Estado Español (BOE) y la web oficial de la *European Court of Human Rights*, también han sido objeto de consulta en este trabajo. Por último, también se han considerado los repositorios institucionales de otras universidades, las noticias de prensa publicadas a través de diferentes medios y, en particular, los registros bibliográficos consultados en la biblioteca de Derecho y de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de La Laguna.

El trabajo se ha estructurado de la siguiente manera: en primer lugar, además de la introducción en la que hemos planteado las ideas generales en torno al tema de estudio, los objetivos de este trabajo, así como las fuentes utilizadas, en el capítulo dos se ha expuesto la situación actual del contrato de gestación por sustitución, centrándonos específicamente en el ordenamiento jurídico español, analizando el artículo 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y la situación del contrato de gestación por sustitución en el ámbito del Registro Civil español.

A continuación, en el capítulo tres, se ha planteado el problema sobre la determinación de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución en España; en particular se ha trabajado la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, y la Sentencia de 6 de febrero de 2014 del Tribunal Supremo.

Por último, se han abordado las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, con el fin de valorar y reflexionar sobre su impacto en el Derecho español.

II. La situación actual del contrato de gestación por sustitución.

En los últimos años, Europa se ha convertido en uno de los principales destinos para la reproducción asistida. En el año 2012 España ocupaba el tercer lugar, después de Francia y Alemania, donde más tratamientos de reproducción asistida se realizaban al año¹. Dado que España es uno de los países más permisivos en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, cada vez son más los individuos que llegan a nuestro país para recibir este tipo de tratamiento². Este desplazamiento, denominado por algunos sectores turismo reproductivo o turismo de fertilidad, es un tipología dentro del turismo médico que consiste en la planificación de un viaje motivado por la búsqueda de una técnica de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA).

La razón principal que motiva la demanda de estas técnicas de reproducción asistida en el extranjero es el interés social por aprovechar unas regulaciones menos restrictivas de las que existen en los países de origen de estos “turistas”, y conseguir así un tratamiento, tal y como hemos dicho, negado en su lugar de origen, ya sea por regulaciones más estrictas o prohibitivas³, ya por otras razones como: las dificultades de acceso a los tratamientos de estas TRHA, como por ejemplo por largas listas de espera; las esperanzas sobre la mejor calidad del tratamiento en el extranjero; o por tratamientos que han resultado fallidos en el Estado de origen del “turista”⁴.

Dentro de estas técnicas, la demanda de la gestación por sustitución, también denominada maternidad subrogada, maternidad de alquiler o de encargo, entre otros términos, ha sido la de mayor aumento en los últimos años.

-
- 1 Iriberry, A. «España encabeza el grupo de países con más tratamientos de reproducción asistida». El Mundo, 17 de diciembre de 2012. Recuperado en: <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2012/12/17/noticias/1355735340.html> [fecha de último acceso: 30 de abril de 2016].
 - 2 García Alguacil, M.J. «¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?» *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2016.
 - 3 Álvarez Díaz, J.A. «Una mirada crítica al turismo reproductivo», *Salud Problema*, Vol. 11; nº 11, Segunda Época, Año 6, enero-junio, 2012, páginas 43 y siguientes. http://148.206.107.15/biblioteca_digital/articulos/4-598-8578lna.pdf [fecha de último acceso: 30 de abril de 2016].
 - 4 Präg, P. y Mills, M.C. «Assited reproductive techonology in Europe. Usage and regulation in the context of cross-border reproductive care», *Families and Societies*, Working Paper Series, 43, 2015, páginas 15 y 16.

En 1984 se difundió por primera vez, de forma pública y a nivel mundial, un caso de maternidad subrogada⁵; aunque fue en 1986, en Estados Unidos, cuando con el denominado caso “Baby M”⁶ surgieron múltiples debates públicos sobre la gestación por sustitución, tanto a favor como en contra, lo que causó una gran popularidad en los medios de comunicación⁷. A día de hoy, tres décadas después del caso “Baby M”, el contrato de gestación por sustitución se presenta como un método al que se recurre de forma habitual. Prueba de ello son informes recientes que recogen una serie de factores que indican que se ha producido un aumento en esta práctica: la presencia en internet de agencias y clínicas que de forma explícita facilitan los acuerdos de maternidad subrogada⁸; muchos más casos en los medios de comunicación sobre estos acuerdos; y un aumento de la jurisprudencia relativa a la subrogación⁹.

Pero a pesar de ello, su aceptación sigue generando controversia, no solo entre diversos sectores de la población, sino también entre los que tienen la responsabilidad de regular esta práctica, tanto a nivel nacional como internacional. Esto se evidencia en la diversidad con la que se regula esta figura en los diferentes ordenamientos jurídicos, en virtud de la soberanía que ostenta cada Estado, llegándose a detectar que hay ordenamientos que ni siquiera lo contemplan¹⁰. Esta diversidad no solo se presenta a

5 Lamm, E. («Gestación por sustitución» *Indret*, Barcelona, Julio, 2012, página 5») recopila que «el primer caso de gestación por sustitución reportado en el mundo ocurrió en 1984 cuando los óvulos de una mujer sin útero, fueron transferidos al útero de una amiga que dio a luz al niño con el que no tenía ninguna relación genética».

6 El caso *Baby M* fue la primera controversia judicial en la que se ponía en entredicho la maternidad subrogada. El 2 de febrero de 1985, M.B Whitehead, suscribió un acuerdo por el cual aceptaba ser inseminada artificialmente con el esperma del Sr. B. Stern, acordando además, que el producto de dicha inseminación sería destinado al matrimonio del Sr. Stern y su esposa E. Stern, que no podía procrear, por una contraprestación diez mil dólares. Cuando la Sra. Whitehead dio a luz a una niña, sin embargo, decidió no cumplir con el acuerdo firmado, negándose a recibir el dinero acordado. Se promovió demanda por parte del matrimonio argumentando el incumplimiento del contrato. En primera instancia el matrimonio se hizo con el triunfo judicial pero, tras apelar la decisión, la Suprema Corte de New Jersey revocó el fallo original y declaró sin validez cualquier forma de contrato de maternidad restituyendo los derechos de Mary Beth; sin embargo, decidió que los Stern continuarían con la custodia de la niña, estableciendo un régimen de visitas para Mary Beth, similar a los que se estilaban en los casos de padres separados. (Mendoza Cárdenas, H.A. «¿Mater semper certa est?: estatus normativo de la maternidad subrogada en México», *Revista Jurídica Poder Judicial del Estado de Nayarit*, n° 77, Año 13, Julio-septiembre, 2013, página 6).

7 Véase cómo el caso *Baby M* llegó a la prensa española en Basterra, F.G. «El dilema de Baby M» *El País*, 19 de enero de 1987.

Recuperado de: http://elpais.com/diario/1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html

8 Recuperado en: <http://www.subrogalia.com/es/> [fecha de último acceso: 8 de mayo de 2016].

9 Brunet, L.; Carruthers, J.; Davaki, K.; Kin, D.; Marzo, C.; McCandless, J. «El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE» Departamento Temático C: Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, Parlamento Europeo, mayo, 2013, PE 474.403, páginas 3 y 4.

10 Las diversas regulaciones que pueden surgir en relación a este contrato se pueden clasificar en: 1. Estados que prohíben cualquier contrato de gestación por sustitución como, por ejemplo, Suiza,

nivel mundial. En contextos aparentemente homogéneos, como pudiera ser la propia Unión Europea, también se pueden encontrar diferencias¹¹.

Los principales destinos para celebrar este contrato de gestación por sustitución son, según los últimos datos, Ucrania, Rusia, Georgia, Camboya y Estados Unidos, entre otros¹².

En el caso particular de España, debemos remontarnos al año 1988 para encontrar la primera referencia en la legislación sobre este tipo de contratos. A continuación se describirá esta referencia, y las posteriores, hasta centrarnos en el momento actual, donde se analizará cuál es la conducta de la sociedad española en este sentido y sus repercusiones en el ámbito jurídico.

1. El contrato de gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español.

La gestación por sustitución se considera un supuesto de reproducción humana asistida. En España, es la Ley 35/1988, de 22 de noviembre¹³, sobre técnicas de reproducción asistida la que por primera vez hace referencia a la gestación por sustitución:

Artículo 10.

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.

Argentina o Puerto Rico, entre otros. 2. Estados que la consideran legal siempre que sea altruista y que se cumplan diferentes condiciones: Brasil, Canadá, Sudáfrica, Nueva Zelanda, entre otros. 3. Estados donde se otorga validez legal al contrato tanto si se pacta remuneración como si no: Rusia, Ucrania, Georgia, entre otros, y dentro de EE.UU los Estados de Arkansas, Tennessee, Virginia o California. (Vela Sánchez, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012, página 37 y siguientes; Lamm, E. «Gestación por sustitución» *Indret*, Barcelona, Julio, 2012, página 18 y siguientes). En último lugar, un Estado que no presenta regulación sobre los contratos de gestación por sustitución es Alaska, entre otros. Recuperado en <http://www.babygest.es/estados-unidos/> [fecha de último acceso: 8 de mayo de 2016].

11 También existen diferencias dentro de la Unión Europea, véase como en Francia, Alemania, Suecia, Italia, Austria o España está prohibido y, por ejemplo, en Reino Unido y Grecia está admitido si es altruista y está sometido a ciertas condiciones. (Vela Sánchez, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012, página 37 y siguientes; Lamm, E., «Gestación por sustitución» *Indret*, Barcelona, Julio, 2012, página 18 y siguientes).

12 Subrogalia. Recuperado en <http://www.subrogalia.com/es/paises-programas-paises.php> [fecha de último acceso 14 de mayo de 2016].

13 BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988, páginas 33373 a 33378.

2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*

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

Esta nulidad de pleno derecho se volverá a recoger, exactamente igual, en la siguiente Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida. En efecto, es la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA) la que, en la actualidad, hace alusión y regula esta práctica. Al igual que sucedía en la ley anterior, es el artículo 10 de la LTRHA el que la regula. Se trata de una transposición del artículo 10 de la ya derogada.

Entre el año 1988 y el año 2006 se han sucedido dieciocho años en los que, podemos aventurarnos a apuntar que, aparentemente, en nuestro país no se han producido cambios sociales y culturales suficientes que hayan motivado que se permita esta práctica. En este sentido, en 1988, tal y como apuntó Vidal Martínez, en nuestro país en ese momento la necesidad de regular acerca de esta materia era considerada incluso como inconveniente, a pesar de que en otros países, por esas fechas, ya habían salido a la luz asuntos como el de *Baby M*, anteriormente citado. Pero lo cierto es que en España no se habían dado casos conocidos. Vidal Martínez, añade que la simple idea de su existencia en la normativa podría haber potenciado que la población se posicionara a favor de esta figura, pero fue algo que no sucedió¹⁴.

A pesar de que en el año 2006, con la aprobación de la LTRHA, hubo una oportunidad para entrar a regular en profundidad esta práctica, lo que no se produjo, tal y como ya se apuntó en párrafos anteriores, lo cierto es que hay un sector de la población española que demanda este tipo de servicio. Prueba de ello son las diversas asociaciones y plataformas sociales que se han creado en los últimos años, como, por ejemplo, la Asociación por la Gestación Subrogada en España¹⁵ o la asociación Son Nuestros Hijos¹⁶.

14 Vidal Martínez, J, *Las nuevas formas de reproducción humana*, Civitas S.A, Madrid, 1988, páginas 194 y siguientes.

15 Asociación para la Gestación de la Maternidad Subrogada en España.

En: <http://gestacionsubrogadaenespaña.es> [Fecha de último acceso: 14 de mayo de 2016].

16 Son Nuestros Hijos. En: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es> [Fecha de último acceso: 14 de mayo de 2016].

1.1 El artículo 10 de la LTRHA. La nulidad del contrato de gestación por sustitución.

La vigente LTRHA no entra a definir el concepto de gestación por sustitución. Debido a este vacío en la definición creemos necesario, brevemente, realizar algunas observaciones que nos den un contexto sobre esta práctica. La gestación por sustitución consiste en que una mujer, mediante contraprestación o sin ella, conviene gestar un bebé y, tras el nacimiento de este, lo entrega a otra u otras personas para que puedan ser padres¹⁷. Se trata de una técnica que tiene varias modalidades¹⁸, distinguidas en virtud de quiénes sean los sujetos que aporten el material genético y se lleva a cabo tras la formalización de un contrato, el contrato de gestación por sustitución, donde una parte es la madre gestante y la otra parte será quienes contraten los servicios del alquiler de un vientre.

Esta práctica se ha declarado como nula de pleno derecho por el artículo 10.1 LTRHA¹⁹, que establece 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*. Además, para disipar cualquier duda que pueda surgir al respecto acerca de la filiación del niño, el artículo 10.2 LTRHA dispone que *la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*²⁰. No obstante, conforme al artículo 10.3 LTRHA, el padre biológico puede llevar a cabo la acción de reclamación de paternidad correspondiente.

La explicación a que este artículo 10 establezca que el contrato de gestación por sustitución es nulo²¹ de pleno derecho podemos encontrarla en el ordenamiento jurídico

17 Vela Sánchez, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012, página 13.

18 Vela Sánchez, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012, página 16 a 19.

19 De Verda y Beamonte forma parte del sector de la doctrina científica que actualmente siguen defendiendo la nulidad del contrato de gestación por sustitución. (De Verda y Beamonte, J.R., «Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español» *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm.4, febrero, 2016, páginas 352 y 353).

20 En nuestro ordenamiento jurídico este precepto confirma y mantiene la máxima latina *mater semper certa est*. (Fernández-Sancho Tahoces, A.S., «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada» *Revista Aranzadi Doctrinal*, num. 6/2011, página 2).

21 La Sentencia 429/1994, de 14 de mayo de 1994 del Tribunal Supremo establece que «[...] la inexistencia o nulidad radical de un contrato opera *ipso iure*, de forma automática y puede ser declarada de oficio por los Tribunales, sin petición expresa de parte [...]» en su fundamento de derecho número dos.

español en su conjunto y hacer una interpretación sistemática del mismo.

Existen diferentes pilares sobre los que se apoya nuestro ordenamiento jurídico que justifican la nulidad del contrato. Uno de ellos es nuestra Constitución de 1978. En su artículo 10.1, dispuesto en la antesala de los Derechos Fundamentales, se promulga la dignidad de la persona y, de forma intrínseca, el principio de indisponibilidad del cuerpo humano. Pero, además, *las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*, tal y como se cita en su artículo 10.2.

Por tanto, comerciar con el cuerpo humano, o con partes de él, atenta contra la dignidad de todas las personas ya que se trata de un bien *extracomercium*, y así lo declara el artículo 21 del *Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina*, de 1997 que España ratifica en 1999, el cual dispone que *el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro*²². Por ello, se interpreta que se produce una violación del derecho a la dignidad de la madre gestante en este contrato porque, por un lado, esta alquila su útero y, por otro lado, porque se está especulando con su capacidad reproductiva.

Tal y como dispone la teoría general de los contratos²³, otro de los pilares a los que estamos aludiendo, es necesario que concurran tres requisitos esenciales para que los acuerdos contractuales sean válidos: el consentimiento de los contratantes, el objeto del contrato y la causa de la obligación que se establezca. Así lo dispone el artículo 1261 del Código Civil (en adelante, Cc). Teniendo en cuenta que es necesario cumplir todos estos requisitos, se observa que en el contrato de gestación por sustitución no se dan dos de ellos.

En relación con el requisito de objeto del contrato, se debe hacer alusión al primer y tercer párrafo del artículo 1271 Cc que establecen, respectivamente, que podrán ser objeto del contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los

22 Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina. BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999, páginas 36825 a 36830

Vela Sánchez, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012, página 22 y siguientes.

23 Martínez de Aguirre Aldaz, C.; de Pablo Contreras, P.; Parra Lucán, M.A.; Pérez Álvarez, M.A., *Curso de Derecho Civil II. Obligaciones*. Colex, 2014.

hombres y todos los servicios que no sean contrarios a las leyes y a las buenas costumbres. Por tanto, en este punto se observa la ilicitud del objeto, ya que, reiterando lo expuesto anteriormente, el cuerpo humano, o sus partes, están fuera del comercio de los hombres y alquilar alguna de sus partes supone un servicio contrario a la ley, ex artículo 10.1 LTRHA.

En relación con el requisito de causa del contrato, que es la finalidad que se persigue con la celebración de un contrato, el artículo 1275 Cc establece que *los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral*. En este contrato, el de gestación por sustitución, la causa de los contratantes del servicio es la contraprestación a la que se obliga la madre gestante, la entrega del bebé tras el parto, cuya ilicitud está fuera de duda, ya que se está traficando con un ser humano.

Por otro lado, si se dieran los hechos que se corresponden con el contrato de gestación por sustitución, se estarían vulnerando bienes jurídicos que protege nuestro ordenamiento a través de normas penales. Concretamente, los artículos 220 y 221 del Código Penal tipifican estas conductas como delito²⁴.

Por todo lo descrito hasta ahora, podemos afirmar que está justificada la declaración del legislador sobre la nulidad del contrato de gestación por sustitución en el artículo 10 de la LTRHA.

1.2 El contrato de gestación por sustitución y el Registro Civil español.

Aunque en España está prohibida la práctica del contrato de gestación por sustitución, existen otros países en los que sus ordenamientos jurídicos contemplan la

²⁴ Véase en el Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995:

Art. 220 CP: **1.**[...] penas de prisión de seis meses a dos años **2.** La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación. **3.**[...]. **4.** Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años. **5.**[...].

Art. 221 CP: **1.** 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 de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. **2.** Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero. [...].

validez de este contrato, tal y como ya se ha dicho. Por ello, debemos plantearnos qué ocurre cuando un contrato de este tipo se celebra fuera del territorio español pero quiere tener efectos en nuestro país.

En efecto, cada vez más son los españoles que se trasladan a esos países con el objetivo de convertirse en padres. Los niños resultantes de este contrato son, para el país de origen, hijos de los comitentes a todos los efectos. La voluntad de los padres es que esta filiación se reconozca de igual modo en el derecho español.

En este sentido, la Ley del Registro Civil y el Reglamento que la desarrolla, describen los mecanismos generales para que las certificaciones de registros extranjeros puedan ser reconocidas en los Registros Civiles españoles.

Así, la legislación registral española dispone de ciertas reglas que determinan las condiciones en las que ciertas decisiones y/o documentos extranjeros pueden acceder al Registro, porque una vez inscritos desplegarán los efectos correspondientes. Dos son los mecanismos para ello:

- Mecanismo para el acceso de sentencias extranjeras al Registro Civil, previsto en los arts. 83 y 84 RRC. Para el acceso de estas sentencias a los Registros Oficiales españoles se exige la previa obtención del reconocimiento de la sentencia extranjera, el llamado exequátur. En este caso, de lo que se trata es de que la sentencia, a través del reconocimiento, se convierta en un título para practicar la inscripción en el registro, también cuando se pretenda modificar la realidad registral, por lo que la filiación determinada en virtud de sentencia extranjera accederá al registro civil español previo reconocimiento de tal sentencia en España, para lo que es necesario cumplir con los requisitos que se exigen en este supuesto. Actualmente el exequátur está previsto en los artículos 52 y siguientes de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, la cual derogó los artículos 951 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento Civil de 1881 a través de su disposición derogatoria única.
- Mecanismo para el acceso del resto de documentos públicos extranjeros que no son sentencias al Registro Civil. En este caso hay que proceder conforme a lo previsto en el artículo 85 del RRC en relación al último inciso del artículo 81

RRC. En este caso, la filiación consta en un registro civil extranjero y se pretende que conste del mismo modo en el Registro Civil español. En este supuesto se accederá al Registro Civil español después de pasar un control de legalidad para el que hay que tener en cuenta el artículo 23 párrafo segundo de la Ley, de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, que establece lo siguiente: *también podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.*

Aún con estos mecanismos descritos, ha existido una irregularidad en la aplicación de estas normas. Lo cierto es que se han dado casos de intento de registro de una filiación procedente de contratos de gestación por sustitución, que han dado lugar a interpretaciones diversas sobre si se deben admitir o no en los registros españoles las filiaciones determinadas por este contrato.

En particular, destacamos el interés de un matrimonio que acudió a California (EEUU) para celebrar un contrato de gestación por sustitución y, tras el nacimiento en 2008 del niño fruto de este contrato, quiso inscribirlo en el Registro Consular español de Los Ángeles. Este intento de inscripción, que resultó infructuoso, inició un procedimiento administrativo y, posteriormente, un procedimiento judicial, a los cuales se les dieron diferentes respuestas, tanto a favor como en contra sobre la inscripción de la filiación.

Este caso dio pie al debate y desarrollo de diferentes tesis elaboradas en nuestro país²⁵, que trataremos a continuación, sobre cómo determinar una filiación producto de un contrato de gestación por sustitución.

25 Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. *Derecho internacional Privado Volumen II*, Editorial Comares, Granada, 2014, páginas 318 y siguientes.

III. El problema sobre la determinación de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución en España.

Con el fin de contextualizar nuestro análisis expondremos cuál es el concepto de filiación para el derecho español. Según indica Sanz-Díez de Ulzurrun Escoriaza²⁶, *la filiación es la relación o vínculo que se establece entre una persona y sus progenitores. Inicialmente es un puro hecho biológico que se basa, pues, en el vínculo natural de sangre que se crea cuando una persona ha sido procreada o engendrada por otra. El derecho recoge esta relación y la regula, creando una relación jurídica entre padres e hijos.* Además existe, en nuestro ordenamiento jurídico, la institución jurídica de la adopción, que permite crear un vínculo de filiación voluntario entre personas que no lo tienen por naturaleza, siguiendo los mecanismos correspondientes.

Establece Barber Cárcamo²⁷ que es el Derecho el que elige los hechos y actos a los que debe atribuirse la función de determinar la relación jurídica de filiación. A través de los denominados títulos de determinación de la filiación, se atribuyen los efectos que la filiación conlleva: patria potestad, obligaciones de vela y custodia, alimentos, apellidos, derechos sucesorios, etc.

Por tanto, dado que es el Derecho el que elige qué hechos o actos determinan la filiación, existirán distintas posibilidades en los ordenamientos jurídicos de los diferentes países sobre qué hechos o actos determinan la filiación. Consecuencia de ello es el problema que surge sobre la determinación de la filiación derivada del contrato de gestación por sustitución.

Frente a todo esto, y a raíz de lo acontecido con el caso del matrimonio que quiso inscribir a su hijo, producto del contrato de gestación por sustitución, en el Registro Consular de Los Ángeles, diferentes argumentos se fueron sucediendo para dar respuesta a la situación generada por este caso.

Estos argumentos, que se tratarán a continuación por orden cronológico,

²⁶ Sanz-Díez de Ulzurrun Escoriaza, J., «La filiación: contenido y determinación», Madrid, 2006.

²⁷ Barber Cárcamo, R., «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *REDUR* 8, diciembre, 2010, página 26.

proviene de la Dirección General de los Registros y el Notariado, del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de la Audiencia Provincial de Valencia y del Tribunal Supremo.

Un año después del intento de inscribir al menor en el Registro Consular de Los Ángeles, tras el correspondiente recurso a la Dirección General de los Registros y el Notario por la negativa del consulado a la inscripción, se dictó una resolución en la que se permitía trasladar al Registro Civil español la filiación tal y como establecía la certificación extranjera. Esta resolución se dictó el 18 de febrero de 2009²⁸ y en ella se subraya que existen normas legales en el Derecho Internacional Privado español que permiten trasladar al Registro Civil español la filiación de los nacidos por gestación por sustitución tal y como consta en la certificación registral extranjera, concretamente los artículos 81 y 85 del RRC. La resolución también entró a valorar el interés superior de los menores.

Un año después de la RDGRN de 18 de febrero de 2009 el Juez de Primera Instancia número 15 de Valencia en la sentencia número 193/2010, de 15 de septiembre²⁹, resolvió la impugnación que el Ministerio Fiscal había interpuesto a esta resolución. El argumento del juez en su sentencia exponía que la filiación de los menores deben determinarse, en todo caso, con arreglo al Derecho sustantivo español. Que debe aplicarse siempre el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de modo que la madre del nacido mediante gestación por sustitución es la mujer que da a luz. Además, considera que el documento registral extranjero no es más que un mero soporte documental en el que constan hechos, por lo que el encargado del Registro Civil español debe comprobar la realidad del hecho y la legalidad del mismo.

Los defensores de esta tesis parten de que el artículo 10 de la Ley 14/2006 es una norma material imperativa que se debe aplicar en todos los casos, nacionales e internacionales. También sostienen que en estos casos se está ante un fraude de ley

28 Fernández-Sancho Tahoces, A.S., «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada» *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2011, página 7.

Esta resolución de la DGRN tiene lugar por un recurso planteado por dos ciudadanos españoles que buscaban la inscripción de los nacimientos de sus hijos acaecido en California mediante «gestación de sustitución». Dicha inscripción se les deniega en el Registro Civil Consular de Los Ángeles y por ello interponen un recurso ante la DGRN. El recurso es estimado y ordena la inscripción de la filiación en el Registro Consular.

29 Fernández-Sancho Tahoces, A.S., «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada» *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2011, página 9.

general, artículo 6.4 Cc, pues los españoles se trasladan al extranjero con el único objetivo de sortear el artículo 10 de la Ley 14/2006.

Estos argumentos descritos fueron corroborados por la Audiencia Provincial de Valencia en la sentencia número 826/2011 dictada por la sección 10ª el 23 de noviembre de 2011, a la cual llegó el recurso de apelación del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia que anula la RDGRN de 18 de febrero de 2009, a la que ya se ha hecho referencia.

Mientras esto sucedía en los Juzgados y Tribunales de Valencia, la Dirección General de los Registros y el Notariado dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010 en la que se indica que es posible trasladar al Registro Civil español la filiación de los nacidos en el extranjero. Para ello es preciso que se presente ante las autoridades españolas una sentencia o resolución judicial extranjera que acredite dicha filiación y que se compruebe que la mujer gestante dio su libre consentimiento para perder su patria potestad, así como que el menor no ha sido objeto de comercio.

Por último, en el año 2014 el Tribunal Supremo dictó una sentencia en la que resolvía el recurso de casación interpuesto a la Sentencia número 826/2011, de 23 de noviembre, dictada en apelación, por la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia. Con esta sentencia del Tribunal Supremo se advertía que el caso podía generar jurisprudencia y por ello se acordó someter su conocimiento al Pleno del Tribunal Supremo.

La sentencia se publicó el 6 de febrero de 2014 y constó de un voto particular apoyado por cuatro magistrados. En ella se declaró no haber lugar al recurso de casación.

En la actualidad, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y el Notariado, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, son el marco de referencia ante un caso de inscripción de una filiación determinada en el extranjero producto de la gestación por sustitución.

1. La Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución³⁰.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en el ejercicio de sus competencias, acordó establecer y hacer públicas una serie de directrices para la calificación, por parte de los Encargados del Registro Civil, de las solicitudes de inscripción de nacimiento formuladas por ciudadanos españoles de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, tras haber sido recurrida en sede judicial la resolución de 18 de febrero de 2009 en la que se acordaba la inscripción de dos menores nacidos de un contrato de gestación por sustitución, consideró necesario establecer criterios que determinasen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante la técnica de la gestación por sustitución.

La Dirección General determinó que, con el establecimiento de estos criterios o directrices, se podía dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, además de proteger otros intereses presentes en este tipo de contratos como es la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción y que renuncian a sus derechos como madres, entre otros.

Estas directrices son las siguientes, tal y como se recogen en la instrucción:

Primera.—1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el

³⁰ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE 243 de 7 de octubre de 2010.

Fernández-Sancho Tahoces, A.S., «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada» *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2011, página 11.

procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881³¹. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.

3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:

a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

³¹ Actualmente el procedimiento que se debe seguir para el exequátur de una sentencia está recogido en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, la cual derogó los artículos 951 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento Civil de 1881 a través de su disposición derogatoria única.

Segunda.—En ningún caso se admitirá como 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.

Calvo Caravaca y Carrascosa González³² realizaron un análisis de esta instrucción y concluyeron que presenta diferentes puntos débiles e incorrecciones jurídicas. Entre ellas destacamos la afirmación de estos autores sobre *la exigencia de una resolución judicial extranjera sobre filiación de los nacidos tras gestación por sustitución es una exigencia contraria a la Ley*, porque va en contra de los artículos 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil, pues estos ya permiten la inscripción en el Registro Civil español de un nacimiento acaecido en país extranjero mediante la presentación de un acta registral extranjera, que opera como «título válido» para la inscripción en España. De forma que la Instrucción de la DGRN no puede vulnerar el Reglamento para la aplicación de la Ley Registro Civil. Consideran los autores que con esta Instrucción de 5 octubre 2010, la DGRN ha judicializado el Registro Civil en estos casos de gestación por sustitución.

Además, los autores entienden que dicha exigencia de una resolución judicial podría incluso resultar discriminatoria por razón de filiación, ya que pueden ser inscritas directamente las actas registrales extranjeras de nacimiento si se refieren a sujetos nacidos en el extranjero, sin haber recurrido a estas técnicas de gestación por sustitución, pero no en estos casos. Siguiendo esta línea argumental, esta idea se alejaría del art. 14 de la Constitución Española y de los demás instrumentos que protegen el interés superior del menor.

Por otro lado, De Verda y Beamonte³³ considera que la solución propuesta por la Instrucción no es correcta, porque está dotando de cobertura al turismo reproductivo que trata de eludir un precepto legal como es el artículo 10 de la Ley 14/2006. Este autor establece que esta norma debe ser de orden público.

32 Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa González, J. «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2011, Vol. 3, Nº 1, página 251.

33 De Verda y Beamonte, J.R., «Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español» *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm.4, febrero, 2016, páginas 357.

2. La sentencia de 6 de febrero de 2014 del Tribunal Supremo³⁴.

La sentencia de 6 de febrero de 2014 del Tribunal Supremo ha generado mucho interés en el ámbito jurídico³⁵. Ya sean posturas a favor o en contra, lo cierto es que esta sentencia no ha pasado desapercibida para todos aquellos interesados en la regulación de la gestación por sustitución y la eficacia en España de la filiación determinada en el extranjero, a partir de este contrato. De especial interés para nuestro trabajo, a continuación se analizarán aquellos aspectos que hemos considerado los más relevantes para este estudio.

2.1 La cuestión objeto del proceso, la técnica jurídica aplicable y la forma en la que se debe realizar el reconocimiento del título extranjero.

2.1.1 La cuestión objeto del proceso.

El Tribunal Supremo enfoca el litigio como una cuestión relativa a la validez en España de un acto reflejado en una certificación extranjera. Lo que se plantea en esta sentencia es si procede el reconocimiento de la inscripción del nacimiento de los menores realizada por las autoridades de California, en la que se fija la filiación a favor del matrimonio español por parte de las autoridades del Registro Civil español. En el supuesto de que sea reconocida, desplegará sus efectos en el sistema jurídico español.

2.1.2 La técnica jurídica aplicable.

Por tanto, dado que el objeto del proceso es determinar si procede o no el reconocimiento de la certificación extranjera, la técnica jurídica aplicada en esta sentencia es la del reconocimiento, debido a que ya existe una decisión de autoridad: la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas.

Calvo Caravaca y Carrascosa González³⁶ alaban el acierto de nuestro Tribunal Supremo al enfocar el litigio planteado como una cuestión relativa a la validez en

34 Sentencia de 6 de febrero de 2014 del Tribunal Supremo.

35 Por ejemplo: Vela Sánchez, 2014; De Torres Perea, 2014; Fulchinon y Guilarte Martín-Calero, 2015.

36 Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa Gonzalez J.«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, página 67 y siguientes.

España, de un acto reflejado en una certificación registral extranjera. Porque, según ellos, no se trata de *fixar la filiación de un menor sino de decidir, simplemente, si una filiación ya acreditada legalmente por autoridades de otro país y reflejada en una certificación registral extranjera puede producir efectos jurídicos en España mediante su inscripción en el Registro Civil español.*

2.1.3 La forma en la que se debe realizar el reconocimiento del título extranjero.

El Tribunal Supremo establece que para llevar a cabo el reconocimiento de la certificación del registro extranjero, hay que proceder conforme a lo previsto en el artículo 85 del RRC en relación al último inciso del artículo 81 RRC. Es decir, un control formal que consiste en que la certificación sea regular y auténtica. Pero además, el Tribunal Supremo añade que el control no solo debe ser formal, el control también debe extenderse a cuestiones de fondo: no puede haber duda ni de la realidad del hecho inscrito ni de su legalidad conforme a la ley española, tal y como lo exige el artículo 23 LRC.

El Tribunal Supremo considera que la "legalidad conforme a la ley española" de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el artículo 23 de la LRC, hay que entenderla no como la absoluta conformidad con nuestra legislación, sino como el respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español.

Calvo Caravaca y Carrascosa González también consideran acertada tanto la forma en la que se debe realizar el reconocimiento, puesto que respetan los mecanismos legales vigentes, como la interpretación del artículo 23 LRC, debido a que nuestro tribunal descarta *la lectura absurda y legeforista del artículo 23 LRC*; puesto que no se trata de que *el mundo entero se ajuste al derecho español. Se trata, simplemente, de que la certificación registral extranjera respete el orden público internacional.*

2.2 El orden público internacional español como límite.

La sentencia de 6 de febrero de 2014 del Tribunal Supremo refleja la posibilidad de que los ciudadanos elijan entre respuestas jurídicas diferentes, cuando en una relación jurídica existen contactos con diversos ordenamientos jurídicos. Pero también

confirma que dicha posibilidad de elección tiene unos límites. Estos límites están basados en el respeto al orden público, es decir, en el respeto al *sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan*³⁷.

El Tribunal Supremo considera que, en este supuesto, se vulnera el orden público internacional español por los siguientes motivos:

- Porque se trata a la mujer y al niño como objetos de comercio. En nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en principios y valores similares, los avances en las técnicas de reproducción humana asistida no pueden vulnerar la dignidad de la mujer gestante y la del niño, ni pueden provocar la mercantilización de la gestación y de la filiación, lo que permitiría la existencia de intermediarios con intereses especulativos. Si esta situación se permitiera, se estaría posibilitando, por ejemplo la explotación del estado de necesidad en el que se pudieran encontrar muchas mujeres con escasos recursos económicos.
- Porque se produce una discriminación económica, ya que esta técnica de reproducción asistida es de alto coste. Para el Tribunal Supremo, solo quienes disponen de elevados recursos económicos podrían recurrir a ella.
- Porque se ha cometido un fraude de ley. Aunque el orden público internacional español se caracteriza por ser atenuado, la intensidad de dicha atenuación es menor cuanto mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España, tal y como declara el Tribunal Supremo. En esta sentencia, el Supremo consideró que los vínculos de los recurrentes con nuestro país eran intensos, porque son nacionales y residentes en España, y porque además solo se desplazaron al extranjero para llevar a cabo el contrato de gestación por sustitución. Por tanto, el Supremo interpreta que los recurrentes han actuado en fraude de ley porque *la vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita que sea reconocida es completamente artificial, fruto de la "huida" de los solicitantes del*

³⁷ Sentencia de 6 de febrero de 2014 del Tribunal Supremo. Fundamento jurídico tercero.

*ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución*³⁸.

Calvo Caravaca y Carrascosa González³⁹ consideran, en relación a lo que acabamos de exponer, que los puntos criticables de la sentencia de 6 de febrero del Tribunal Supremo giran en torno a la consideración de que la certificación registral extranjera vulnera el orden público internacional. Estos autores entienden que la admisión en España de los efectos legales de dicha resolución extranjera no vulnera el orden público internacional español. Y por ello, conviene destacar los puntos en los que esta doctrina discrepa con respecto a la argumentación de la sentencia.

El error más grave, según estos autores, es que no se lleva a cabo un razonamiento particular sobre este caso, sobre si se produce o no una vulneración del orden público internacional español. Esta reflexión ya fue puesta de manifiesto por el voto particular de la propia sentencia, cuando afirmaba que *la vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse caso por caso*⁴⁰.

Continúan argumentando Calvo Caravaca y Carrascosa González que *el rechazo sistemático en España de la filiación determinada en el extranjero por entender que vulnera el orden público internacional español no es correcto, ya que supone presumir juris et de jure que tras el caso en cuestión ha habido compraventa de menores, pago monetario por el consentimiento de la gestante, engaños, violencia y/o explotación de la madre biológica y otras prácticas ilegales, lo que no siempre es así, y lo que no ha sido objeto de prueba alguna en el caso que falló el Tribunal Supremo*⁴¹.

Ambos traen a colación las observaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la cláusula de orden público internacional cuando afecta a menores, y dicen que la cláusula del orden público internacional hay que aplicarla siempre de modo restrictivo y proporcionado, como excepción al reconocimiento de una resolución

38 Sentencia de 6 de febrero de 2014 del Tribunal Supremo. Fundamento jurídico tercero.

39 Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa Gonzalez J.«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, páginas 71 y siguientes.

40 Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa Gonzalez J.«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, páginas 71 y siguientes.

41 Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa Gonzalez J.«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, páginas 71 y siguientes.

válidamente adoptada por una autoridad extranjera⁴².

La aplicación del criterio de orden público requiere una interpretación estricta y fundamentada de los valores constitucionales vulnerados, y esta Sentencia se plantea la excepción de orden público de una forma preventiva, sin hacer un estudio del caso concreto⁴³.

Álvarez González también tiene objeciones a cómo plantea el TS la vulneración del orden público, el cual considera como el obstáculo más evidente al reconocimiento de la filiación derivada de una gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero. El autor considera que se trata de una visión absolutista del orden público que se abstrae del caso concreto. De forma específica se manifiesta sobre la dignidad, y considera que no se vería afectada *la dignidad de quien libre y voluntariamente pide a una mujer que lleve en su vientre a quien en el futuro habrá de ser su hijo, ni de la mujer que libre y voluntariamente acepta esa petición*⁴⁴.

Ello no significa que cualquier tipo de filiación derivada de maternidad subrogada sea inmune al orden público español, sino *que este título de determinación de la filiación no es en todos los casos contrario a nuestro orden público: porque no en todos los casos cosifica al nacido; no en todos los casos denigra a la madre gestante; no en todos los casos hay beneficios materiales indebidos*⁴⁵.

Por otro lado, Álvarez de Toledo Quintana⁴⁶ aporta que las consideraciones de la sentencia sobre el mercantilismo *no pueden descartar la procedencia de inscribir en el Registro Civil español una filiación derivada de la maternidad por sustitución, cuando no haya mediado retribución, recompensa, promesa, ni siquiera reembolso de gastos*. También entiende este magistrado que los argumentos del Tribunal Supremo no impiden que, en un futuro, el legislador pueda optar por un sistema en el que el contrato

42 En la STEDH 28 junio 2007, *Wagner et J.M.W.L. vs. Luxembourg*, se indicó que no se puede invocar el orden público internacional sin haber considerado las circunstancias del caso concreto; sentencia a la que aluden Calvo Caravaca y Carrascosa González.

43 Presno Linera, M.A. y Jiménez Blanco, P. «Libertad, igualdad, ¿maternidad? la gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea» *Revista española de Derecho Europeo*, nº 51, Junio-Septiembre, 2014, página 27.

44 Álvarez González, S., “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, páginas 83 y siguientes.

45 Álvarez González, S., “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución” páginas 83 y siguientes.

46 Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana «El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correlativo de orden público internacional» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2014, Vol. 6, Nº 2, página 37 y siguientes.

de maternidad subrogada sea gratuito, por lo que al no haber una transacción económica no se perdería la dignidad humana, aludiendo al primero de los motivos que describimos como parte de aquellos que vulneran el orden público internacional español.

A pesar de todo lo expuesto, como destaca Álvarez de Toledo Quintana, el Tribunal Supremo no se pronunció en su sentencia sobre la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, la cual permite el registro de la filiación determinada en el extranjero derivada del contrato de gestación por sustitución.

2.3 El interés superior del menor.

El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que, tal y como se reconoce en la sentencia objeto de estudio en este epígrafe, está presente tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁷ como en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁸. En el primer documento, en el artículo 3 de dicha convención, se establece que *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*. En el segundo documento, tal y como se recoge en el artículo 24.2 de dicha carta, se dispone que *en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial*.

El interés superior del menor es un principio que también recoge nuestra legislación interna, pues está presente en el artículo 39 de la Constitución Española, en la regulación de las relaciones paterno-filiales a las que hace referencia el Código Civil y en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor⁴⁹.

Por tanto, estamos ante un concepto que, además de estar presente en el ordenamiento jurídico, ha regido tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que

47 Convención de los Derechos del Niño. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904.

48 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010, páginas 389 a 403.

49 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

pone de manifiesto la importancia de este principio.

Sobre este principio, a continuación se expondrán las consideraciones del Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de febrero de 2014.

Los recurrentes consideran que el único modo de satisfacer el interés superior del menor es reconociendo la filiación que ha sido recogida en la certificación registral extranjera. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que la opinión de los recurrente no considera los *valores asumidos por la sociedad, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales*⁵⁰. Así, el Supremo afirma que la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y no para contrariar lo expresamente previsto en la misma.

El principio del interés superior del menor no es el único que se ha de tomar en consideración, pues pueden concurrir otros bienes jurídicos que hay que tener en cuenta. Estos son: el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante y evitar la explotación del estado de necesidad. Y aunque es cierto que el no reconocimiento de la filiación puede ser un perjuicio para la posición jurídica de los menores, no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor, ya que se atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil.

Se hace necesario, por tanto, realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico.

Aludiendo de nuevo a los autores Calvo Caravaca y Carrascosa González⁵¹ también se observan errores en relación al interés superior del menor en la sentencia del Tribunal Supremo. Por un lado, consideran que, para el Tribunal, el interés superior del menor no es “superior”. Junto al principio del “interés superior del menor” concurren otros intereses que, en ocasiones, deben prevalecer sobre el interés superior del menor. Por tanto, el principio del “interés superior del menor” no es “superior”, sino “inferior”.

50 Sentencia de 6 de febrero de 2014 del Tribunal Supremo., fundamento jurídico quinto.

51 Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa Gonzalez J.«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, página 77 y siguientes.

Consideran los autores que en el escenario del sistema jurídico español el “interés superior del menor” constituye un “principio superior”, lo que significa que, en el caso de que se produzca un enfrentamiento entre estos dos principios antitéticos, siempre debe prevalecer el principio del interés del menor.

De Verda y Beamonte opina que, si en virtud del principio del interés superior del menor, se reconociera siempre la filiación respecto de los padres intencionales, sin examinar las circunstancias del caso concreto, estaríamos ante un supuesto en el que los jueces construyen una regla general de atribución de la filiación contraria a la establecida por el legislador. Además, destaca este autor, que se trata de la aplicación de *un concepto jurídico indeterminado [...] respecto del cual no existe unanimidad*⁵².

2.4 Derecho al respeto de la vida privada y familiar.

En esta sentencia, el Supremo establece que no se vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar, cuando los recurrentes aluden al art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, pues cuando se deniega el reconocimiento de la filiación, aún siendo una injerencia en ese ámbito de la vida familiar, se cumplen los dos requisitos que justifican la intromisión en es derecho que declara el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵³. Estos dos requisitos son:

- La intromisión debe estar prevista en la Ley. Y es en el artículo 23 de la Ley del Registro Civil donde se declara que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras debe respetarse el orden público internacional.
- La intromisión debe ser necesaria en una sociedad democrática. Esto significa que el objetivo de la intromisión siempre debe realizarse para proteger el propio interés del menor y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

Por otro lado, el rechazo en España de la filiación acreditada en el extranjero tras una gestación por sustitución es una solución que no encaja con el interés del menor. La

52 De Verda y Beamonte, J.R., «Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español» *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm.4, febrero, 2016, página 354.

53 STEDH 28 junio 2007, *Wagner et J.M.W.L. vs. Luxembourg*.

solución que propone el tribunal conlleva a dejar al menor sin padres y proponer una adopción o acogimiento familiar del niño. Esto es una solución frontalmente contraria al interés del menor y a los derechos del mismo recogidos en el art. 8.1 CEDH⁵⁴.

54 Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa Gonzalez J.«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, página 77 y siguientes.

IV. Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su impacto en el Derecho español.

Desde el caso *Baby M.*, en 1986, no solo en España se han estado sucediendo conflictos sobre el contrato de gestación por sustitución. Estados como Francia e Italia, por ejemplo, se han visto inmersos en procesos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los que han salido condenados.

En efecto, son conocidas las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del año 2014, *Labassee v. Francia* y *Menesson v. Francia*, y la del año 2015 *Paradiso y Campanelli v. Italia*. Aunque en relación con España el TEDH no ha dictado sentencias condenatorias, lo cierto es que las sentencias citadas han tenido una gran incidencia en el Estado español. En particular, tras las dos sentencias francesas el Gobierno español declaró⁵⁵, a través del Ministerio de Justicia, que se regularía el reconocimiento de la filiación del contrato de gestación por sustitución. Sin embargo, a día de hoy, esto no se ha producido.

Si hasta el momento hemos analizado cómo se ha tratado este tema en el contexto español, a continuación nos centraremos en exponer las sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Estas sentencias, directa o indirectamente, han influido en la toma de decisiones de las administraciones -como la Dirección General de los Registros y el Notariado-, de particulares y, además, han promovido una conciencia sobre esta práctica, no solo a nivel del propio Gobierno español, declarando su intención de regular este reconocimiento, sino también del resto de la sociedad española⁵⁶.

Para introducirnos en esta materia es importante hacer alusión, en primer lugar, al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, concretamente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

55 Nota de prensa del Gobierno de 9 de Julio de 2014. Recuperada en:
http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427063191?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D140709_Reunión_gestación_de_sustitución.pdf&blobheadervalue2=1288788930429

56 La Asociación por la Gestación Subrogada en España ha elaborado una de proposición de ley para llevar a cabo una iniciativa legislativa popular. Véase en: <http://www.gestacionsubrogadaenespaña.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/texto-ilp> [fecha de último acceso 25 de mayo de 2016].

1. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Consejo de Europa firmó en Roma, en el año 1950, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), el cual entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Este convenio tiene como objetivo la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en Europa⁵⁷. En España entró en vigor el 4 de octubre de 1979, fecha en la que se depositó el instrumento de ratificación y fue publicado en el Boletín Oficial del Estado español el día 10 de octubre de 1979⁵⁸.

El CEDH⁵⁹ estableció la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (en adelante TEDH) en su artículo 19. Este órgano, también conocido como «Tribunal de Estrasburgo», es el encargado de enjuiciar las posibles violaciones de los derechos y libertades reconocidos en el título uno del CEDH y en sus Protocolos.

En virtud del artículo 34 del CEDH, cualquier persona puede presentar una demanda ante el TEDH si se considera víctima de una violación por parte de un Estado, de los derechos reconocidos en el Convenio. En el caso de que se interponga una demanda ante el TEDH, esta debe cumplir unas condiciones de admisibilidad que se enumeran en el artículo 35 del mismo convenio como, por ejemplo y a efectos del objeto de este trabajo, que al Tribunal Europeo de Derechos Humanos sólo podrá recurrirse una vez que se agoten las vías de recursos internas. Así se recoge en el artículo 35.1 CEDH.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado tres sentencias, citadas al inicio de este capítulo, en las que considera que se ha vulnerado el artículo 8.1 de la Convención, cuando un Estado ha denegado el reconocimiento de un filiación determinada legalmente en el extranjero derivada de un contrato de gestación por sustitución. El artículo 8 de la CEDH, *derecho al respeto a la vida privada y familiar*, establece lo siguiente:

57 http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/eu_human_rights_convention.html?locale=es

58 Recuperado en: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19170/FCI-2004-7-saiz.pdf?sequence=1>

59 <http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/index.htm#a34>

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

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

Las sentencias que han recogido la vulneración del artículo 8 de la CEDH son el resultado de la interposición de diferentes recursos ante el TEDH. Dichos recursos, y sus consecuentes sentencias del TEDH, tienen su origen en los siguientes asuntos:

En el caso *Menesson v. Francia* y en el caso *Labassee v. Francia*. Ambos supuestos se refieren a la denegación del reconocimiento de una filiación legalmente establecida en Estados Unidos entre los niños nacidos de la gestación por sustitución y la pareja comitente. Los tribunales de California, en el caso *Menesson*, y los tribunales de Minnesota, en el caso *Labassee*, determinaron la filiación de los nacidos a favor de los matrimonios, y estos no pudieron inscribirlos en el Registro Civil francés. Ambos matrimonios emprendieron acciones legales que llegaron hasta la Corte de Casación francesa. Así, estos ciudadanos acudieron al TEDH tras ser desestimada su pretensión en la Corte de Casación y, por tanto, acabarse las vías de recurso en el Estado francés⁶⁰.

En el caso *Paradiso y Campanelli v. Italia*. Este supuesto también deriva de un contrato de gestación por sustitución. Concretamente, el matrimonio formado por la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli, ciudadanos italianos optaron por realizar un contrato de gestación por sustitución en Rusia. En febrero de 2011 nació un bebé que, de acuerdo con la legislación rusa, fue inscrito como hijo de este matrimonio y sin indicación de que había nacido a través de un acuerdo de maternidad subrogada.

Ya en Italia, ante la ausencia de vinculación biológica entre el menor y sus padres intencionales, la pareja fue acusada de diversos delitos y se les privó de la

⁶⁰ Presno Linera, M.A. y Jiménez Blanco, P., «Libertad, igualdad, ¿maternidad? la gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea» *Revista española de Derecho Europeo*, nº 51, Junio-Septiembre, 2014, página 38 y siguientes.

custodia del bebé, que fue entregado en acogida. Del mismo modo, se denegó todo efecto legal en Italia al certificado de nacimiento expedido por las autoridades rusas, pues se consideró que el reconocimiento de dicho certificado vulneraba el orden público internacional italiano. Además, las autoridades italianas activaron el procedimiento de adopción del menor en favor de terceros y estimaron que los comitentes no eran aptos para adoptar al menor porque habían intentado burlar la aplicación del Derecho italiano, aunque habían sido declarados aptos para la adopción en 2006. El matrimonio recurrió ante el TEDH y reclamaron su derecho a relacionarse con el menor, junto al cual ellos se consideraban una familia.

Los argumentos del TEDH que dieron lugar a las sentencias condenatorias para Francia e Italia en estos asuntos giraron en torno a la vulneración del artículo 8.1 de la Convención y al interés superior del menor.

1.1 Manifestaciones del TEDH sobre el artículo 8 de la CEDH y la filiación determinada en el extranjero derivada de un contrato de gestación por sustitución.

En relación con estas tres sentencias, el TEDH se ha manifestado en torno a una serie de especificidades con respecto al artículo 8 de la CEDH, teniendo en cuenta que la persona titular de los derechos recogidos en el CEDH es un menor, ya que el TEDH interpreta que el interés superior del menor es un valor que hay que defender por encima de cualquier otro interés.

1.1.1 La admisión de la filiación de los menores determinada legalmente.

El TEDH indica que en los supuestos de filiaciones establecidas en un Estado extranjero de forma legal, aun cuando deriven de un contrato de gestación por sustitución, deben reconocerse en el Estado de destino al ser estado parte del CEDH. La admisión del reconocimiento se basa en el respeto del derecho a la “vida privada” de los menores implicados y del derecho de los mismos a su “vida familiar”. Estos dos derechos están recogidos en el artículo 8 de la CEDH, tal y como se expuso anteriormente. Por tanto, si se rechaza el reconocimiento, se estarían vulnerando los derechos de los menores proclamados en dicho artículo.

La vulneración del derecho a la vida privada se produce porque al no reconocerse en el Estado de destino la filiación de los menores, tal y como ha sido concretada en el Estado de origen, se lesiona el derecho a la identidad de dichos menores. La lesión del derecho de los menores a su identidad, la cual forma parte del derecho a una vida privada, supondría los siguientes perjuicios:

- La privación de filiación. Los menores son considerados hijos de unas determinadas personas en el Estado de origen pero no son considerados hijos de esas mismas personas en el Estado de destino⁶¹.
- La privación de nacionalidad. Al seguirse el criterio del *jus sanguinis* en numerosos Estados de destino, los niños carecen de la nacionalidad de los comitentes, pues esta depende de su filiación. Si no se reconoce la filiación tal y como se determinó en el Estado de origen, los menores carecerán de la nacionalidad que ostentan los comitentes y, por tanto, carecerán de identidad⁶².
- La privación de derechos sucesorios. Si los menores no son considerados hijos de sus padres intencionales en los Estados de destino, estos niños no podrán heredar a título de “hijos”. Solo podrán recibir bienes *mortis causa* a título de legatarios, es decir, como si fueran terceros y no hijos del causante, lo que perjudicaría sus derechos hereditarios.

De este modo, el no reconocimiento de la filiación de los menores en el Estado de destino supone que estos quedan en una situación de “incertidumbre jurídica” porque al cruzar las fronteras, la identidad de los menores cambia⁶³.

Respecto a la vulneración del derecho a la vida familiar de los menores con sus padres intencionales, el TEDH indica que el rechazo a la filiación de estos menores, tal y como ha sido acreditada en el Estado de origen, puede perjudicar el derecho a su vida familiar. Se debe apuntar que la noción de “familia” que recoge el art 8 CEDH, no se limita a la familia basada en el matrimonio, sino que cubre también otros tipos de familia *de facto*, es decir, familias en las que sus integrantes viven juntos sin ningún vínculo matrimonial y mantienen una relación con suficiente constancia⁶⁴.

61 Así se deduce del Fundamento 100 de la STEDH 26 junio 2014 *Menesson vs. Francia*.

62 STEDH de 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, Fundamento 85; STEDH 26 junio 2014, *Labassee vs. Francia* Fundamento 76.

63 STEDH de 26 junio 2014, *Labassee vs. Francia*, Fundamento 75.

64 STEDH de 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*. El matrimonio y el niño pasaron juntos 6

En este contexto, el Estado de destino no puede rechazar el reconocimiento de la filiación de estos menores en su ordenamiento jurídico, si con ello la familia legalmente formada en los Estados de origen no puede vivir de forma normal como una familia en los Estados de destino.

1.1.2 Circunstancias en las que se puede rechazar el reconocimiento de una filiación fruto de un contrato de gestación por sustitución.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos obliga a admitir el reconocimiento de una filiación determinada en el extranjero para no vulnerar los derechos reconocidos en el artículo 8.1 de la CEDH, tal y como se ha descrito. No obstante, se dan circunstancias en las que el TEDH advierte que podría operar el rechazo de una filiación.

En efecto, el TEDH establece que los Estados partes pueden negar los efectos legales de la filiación establecida en otros Estados, respecto de nacidos en virtud de gestación por sustitución, ya que el art. 8.2 CEDH lo permite pero, a su vez, hace las siguientes precisiones.

Por un lado, la negativa al reconocimiento de la filiación, la cual se efectúa a través de la cláusula de orden público internacional, no puede operar como una regla general que se aplique de forma sistemática. Por ello, para activar esta cláusula, se debe cumplir con lo establecido en el artículo 8.2 del CEDH; en este se recogen dos justificaciones que permiten al Estado de destino rechazar el reconocimiento de la filiación: la protección de la salud o de la moral y la protección de los derechos y libertades de los demás.

Por otro lado, como indica el art. 8.2 CEDH, las medidas legales de rechazo al reconocimiento de una filiación derivada de gestación por sustitución deben ser necesarias en una sociedad democrática. Ello significa que tales restricciones a los derechos individuales, además de estar amparadas por los argumentos legalmente recogidos en el art. 8.2 CEDH, tienen que ser “proporcionadas”. Se trata, por tanto, de alcanzar un equilibrio, de modo que la defensa de los intereses generales no elimine

meses en Italia a partir del tercer mes de vida del menor. Previamente, en Rusia, lugar donde se produjo el contrato de gestación por sustitución, el matrimonio pasó junto al menor dos semanas. Esta situación, en la que el tiempo convivido es corto, fue suficiente para que el TEDH considerase que los comitentes ejercieron como padres y que existió una vida familiar de facto entre estas tres personas.

sistemáticamente los derechos de los concretos particulares afectados.

En la búsqueda de este equilibrio entre intereses y valores enfrentados, el TEDH considera como premisa fundamental que cuando está presente el principio del interés superior del menor este debe prevalecer sobre los intereses generales⁶⁵. En este sentido, la sentencia *Labassee v. Francia* incide en el hecho de que no se puede castigar a los menores por los actos de los adultos⁶⁶.

1.2 Manifestaciones del TEDH sobre el contrato de gestación por sustitución en las regulaciones internas de cada Estado.

En el caso de los Estados parte del CEDH, el TEDH ha establecido que son libres para regular en sus legislaciones, de la forma que estimen conveniente, la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución. Por lo tanto, los Estados pueden negar todo efecto legal a los contratos de gestación por sustitución y pueden considerar que los niños nacidos en virtud de esta técnica de reproducción asistida, son hijos de la madre gestante y no de los padres intencionales⁶⁷.

El fundamento para esta decisión del TEDH se debe a dos cuestiones, principalmente. En primer lugar, el CEDH no se manifiesta de manera expresa y directa sobre el contrato de gestación por sustitución. Y, en segundo lugar, los distintos Estados europeos mantienen posiciones muy diversas sobre la filiación de los nacidos, por ello el TEDH considera que no debe imponer una “solución uniforme europea” sobre estos temas a todos los Estados partes.

Tal y como se expuso en los capítulos anteriores, muchos Estados europeos rechazan esta filiación, prohibiéndola e incluso se imponen penas de privación de libertad a los que intervienen en las mismas, tal y como ocurre en España. Las sentencias dictadas por el TEDH en 2014 y 2015 no cambian esta situación⁶⁸.

Además, la gestación por sustitución suscita cuestiones éticas. El debate social y jurídico se mantiene abierto y por ello, el TEDH considera que es conveniente que cada

65 STEDH de 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, Fundamentos 75 y 80 y la STEDH 26 junio 2014, *Labassee vs. Francia*, Fundamentos 60, 63 y 78.

66 STEDH 26 junio 2014 *Labassee vs. Francia*, Fundamento 78.

67 STEDH 26 junio 2014 *Labassee vs. Francia*, Fundamento 56.

68 Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa Gonzalez J., «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.

Estado pueda mantener su postura legal y que esta no tiene por qué coincidir con la de los demás Estados partes.

Finaliza el TEDH afirmando que los Estados partes son libres para tratar de desincentivar a sus nacionales sobre la intención de acudir a Estados extranjeros para formalizar un contrato de gestación por sustitución.

En este sentido, podríamos valorar que, se debería atender la mejora de otras vías que determinen la filiación como, por ejemplo, la adopción entre otros, de tal manera que, al mejorar los procedimientos de esta institución -p.ej. acortar los tiempos de espera- se evitaría la posible toma de decisión de recurrir al contrato de gestación por sustitución. Como sustento de esta consideración conviene traer a colación el caso *Paradiso y Campanelli v. Italia*. Este matrimonio en 2006 obtuvo el certificado de idoneidad para adoptar, y es en 2011 cuando recurren al contrato de gestación por sustitución para ser padres. Podría entenderse que, en este supuesto concreto, el matrimonio llevó a cabo este contrato para satisfacer su deseo de ser padres, lo que no fue posible a través de la adopción.

El impacto de las sentencias del TEDH ha sido diverso en los diferentes Estados parte del CEDH⁶⁹. A continuación se tratará específicamente, cómo ha sido el efecto en el Estado español en nuestro ámbito de estudio.

2. El impacto en España de las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

2.1 El efecto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Las sentencias dictadas por el TEDH en materia de gestación por sustitución, condenaron a Francia y a Italia, tal y como ya se expuso. La eficacia de estas sentencias se traduce en el efecto vinculante que conllevan, es decir, no pueden ser revocadas ni

⁶⁹ En Alemania, por ejemplo, resulta de interés señalar la sentencia del Tribunal Supremo alemán, BGH, de 10 de diciembre de 2014. En este caso, el BGH consideró que el reconocimiento de una resolución judicial de California relativa al establecimiento de filiación por maternidad subrogada no resultaba contraria al orden público. El BGH destacó la importancia de una interpretación restrictiva del orden público respetuosa con el interés superior del menor. (Asensio, 2015: «El nuevo Auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución y la evolución de la jurisprudencia europea». Recuperado en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/03/el-nuevo-auto-del-tribunal-supremo.html> [fecha de último acceso: 24 de mayo de 2016]).

alteradas por ninguna otra instancia. En efecto, el artículo 46 del Convenio establece que los Estados firmantes se comprometen a acatar las sentencias del TEDH, no obstante, el CEDH deja a esos mismos Estados decidir sobre las vías a través de las cuales obedecerán el fallo de las mismas.

Por tanto, las sentencias del Tribunal tienen un efecto declarativo. El Tribunal declara que ha habido una violación del Convenio y corresponde a los Estados (bajo la supervisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa, según el art. 46.2 del Convenio), trasladar a su ordenamiento jurídico esa decisión.

El efecto declarativo de las sentencias del Tribunal presenta algunas excepciones. En primer lugar, el Tribunal puede acordar una satisfacción equitativa (art. 41 del Convenio), que usualmente consiste en una compensación económica. En este sentido el Tribunal ha establecido diversas categorías de esta compensación: por daños materiales, por daños morales y, en su caso, por el coste de la asistencia jurídica. Así ocurrió en las dos sentencias contra Francia y en la sentencia contra Italia⁷⁰.

En segundo lugar, hay que destacar que, con el tiempo, la interpretación del efecto declarativo de las sentencias emitidas por TEDH, desde su creación, ha ido evolucionando. Así, cada vez es más frecuente que el TEDH se manifieste aportando indicaciones precisas sobre cómo restituir el derecho vulnerado, frente a la postura menos intervencionista que lo caracterizaba en sus orígenes⁷¹.

De modo similar, las interpretaciones del TEDH se han ido adaptando a los cambios sociales. Prueba de ello es la visión en torno al significado de derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH, lo cual nos invita a reflexionar sobre la evolución, no solo de las demandas de la sociedad en esto temas, sino también del propio TEDH que es reflejo directo de dichas demandas.

Por ejemplo, en la sentencia *López Ostra vs. España*, de 8 de diciembre de 1994, el TEDH extendió la protección del artículo 8 de la CEDH a los supuestos de invasión del domicilio por agentes nocivos y molestos, como los malos olores, algo que no se

⁷⁰ Según se recoge en la sentencia *Paradiso y Campanelli v. Italia* el Estado italiano fue condenado a pagar al matrimonio la cantidad de 30000 euros en concepto de daños morales y costes del proceso. En el caso de la sentencias francesas, *Menessón v. Francia* y *Labassee v. Francia*, el Estado tuvo que abonar la cantidad de euros, respectivamente, por los mismos motivos.

⁷¹ Por ejemplo establece en sus sentencias que se lleve a cabo la reapertura del procedimiento en los casos del vulneración del artículo 6 de la convención.

había producido hasta ese momento. De modo similar, en los años sucesivos a esta sentencia, el TEDH ha seguido aportando novedades en sentencias similares. Este tipo de decisiones fueron innovadoras en su momento y, a día de hoy, son consideradas como expresión “lógica” de la protección del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 8 CEDH y como adaptación de esa protección a nuevas necesidades⁷².

2.2 Aproximación a la vinculación de las interpretaciones de las sentencias del TEDH en España.

Está claro el efecto vinculante y declarativo de las sentencias del TEDH para los Estados que son condenados en las mismas. No obstante, resulta más difícil alcanzar un acuerdo acerca de cuál es la vinculatoriedad de los efectos interpretativos de las sentencias del TEDH respecto de todos los estados parte.

En efecto, existen diferentes posturas de la doctrina acerca de los efectos de las interpretaciones del TEDH en sus sentencias. Mientras una parte de la doctrina niega el carácter jurídico de la cosa interpretada, otra parte establece una juridicidad relativa; y, además, como tendencia doctrinal más reciente encontramos otro sector que entiende que existe una obligatoriedad jurídica de la autoridad interpretativa de las sentencias del TEDH⁷³.

A pesar de la diversidad de posturas en las que la doctrina se posiciona, la realidad es que *la función de desarrollo y actualización que desempeña el propio tribunal parecen indicar que de las sentencias de Estrasburgo derivan ambos efectos, el de cosa juzgada y el de cosa interpretada*⁷⁴. En este sentido, ya valoramos en el epígrafe anterior cómo el TEDH va adaptando la interpretación de los derechos a la realidades sociales.

Y es que es propio TEDH, en la Sentencia Irlanda contra Reino Unido del año

72 López Guerra, L. «El Sistema europeo de protección de Derechos Humanos», *Protección multinivel de los Derechos Humanos*, página 184.

73 Queralt Jiménez, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008 páginas 71 y siguientes.

74 Queralt Jiménez, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008 páginas 71 y siguientes.

1978, ya se reconocía dos funciones: la primera, poner fin a un determinado conflicto, y la segunda, garantizar y desarrollar las normas del CEDH con la finalidad de favorecer el cumplimiento por los estados parte de sus obligaciones convencionales.

En este caso, Irlanda contra Reino Unido, la formula que utiliza el TEDH para determinar el alcance de su actividad interpretativa fue la siguiente: los Estados parte del CEDH deben entender las obligaciones a las que se refiere el artículo 1 del mismo, como completadas por la jurisprudencia del TEDH, el cual desarrolla los derechos y las normas del CEDH.

En palabras de Saiz Arnaiz, *la actividad desplegada por este órgano obliga a afirmar que el convenio se manifiesta como fuente de derecho no sólo desde su texto escrito sino, de manera incluso más intensa, también desde la doctrina jurisprudencial emanada, en particular del TEDH, de modo que el estudioso o aplicador del Derecho no puede prescindir de este segundo elemento [...] para conocer los contenidos de los derechos enunciados en el CEDH*⁷⁵.

En España, el artículo 10.2 de la Constitución Española establece lo siguiente:

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Teniendo en cuenta este artículo de la Constitución Española y lo expresado por el TEDH en la Sentencia de Irlanda contra Reino Unido, podríamos valorar que la alusión que hace el artículo 10.2 CE al CEDH, está incluyendo las interpretaciones que el Tribunal de Estrasburgo hace sobre el Convenio.

Como ya se expuso, dicha vinculatoriedad de los efectos interpretativos de las sentencias del TEDH no es una cuestión pacífica; a pesar de ello, la práctica habitual por parte de las autoridades nacionales es la de seguir la interpretación de las obligaciones provenientes del CEDH dada por el TEDH.

Aunque en España no habido sentencias condenatorias del TEDH sobre el reconocimiento de la filiación derivada del contrato de gestación por sustitución, existen

⁷⁵ Queralt Jiménez, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008 página 88.

evidencias que nos hacen pensar que, como estado parte del CEDH, mantendría la práctica de seguir las interpretaciones del TEDH. Conviene recordar la nota de prensa que emitió el Gobierno el 9 de Julio de 2014, a través del Ministerio de Justicia, tras las sentencias del TEDH que condenaron a Francia en 2014, de la cual extraemos lo siguiente:

[...] Además, se adaptará la legislación española a lo establecido en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, cuya resolución condenaba a Francia y reconocía el derecho de inscripción de un menor nacido a través de la técnica de gestación subrogada.[...] ⁷⁶.

También como reflejo de dicho impacto encontramos la Circular de 11 de julio de 2014 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y el Auto de 2 de Febrero de 2015 del Tribunal Supremo, los cuales serán valoradas a continuación.

2.2.1 La Circular de 11 de julio de 2014 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Debemos recordar que la STS de 6 de febrero de 2014 confirmaba que la filiación determinada legalmente en el extranjero de los nacidos mediante el contrato de gestación por sustitución no podía ser inscrita por los siguientes motivos: porque el ordenamiento jurídico español prohíbe dicho contrato y porque es contrario al orden público internacional español. Es decir, se vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño; se da pie a un mercado en torno a la gestación por sustitución y el principio indeterminado del interés superior del menor, no permite a los Jueces y Tribunales desvincularse del sistema de fuentes, tal y como recoge el artículo 117 de la Constitución Española.

Tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 y las sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, expuestas en este capítulo, la Dirección General de los Registros y del Notariado emitió una Circular-Informe con fecha 11 de julio de 2014

⁷⁶ Nota de prensa del Gobierno de 9 de Julio de 2014. Recuperada en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427063191?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D140709_Reunión_gestación_de_sustitución.pdf&blobheadervalue2=1288788930429 [fecha de último acceso: 24 de mayo de 2016].

en la que se disponía lo siguiente:

La Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello, con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en la materia a fin de dotarla de mayor seguridad jurídica⁷⁷.

Con esta Circular, la Dirección General de los Registros y del Notariado se reafirma en la doctrina que estableció con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y declara expresamente, que la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 no constituye una limitación jurídica para que siga vigente la Instrucción de 5 de octubre de 2010⁷⁸.

2.2.2 El Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015.

El Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 resuelve el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto en el caso del matrimonio valenciano, expuesto en el capítulo anterior de este trabajo. A través de este auto, el Tribunal Supremo entiende que su Sentencia del 6 de febrero de 2014 no es contraria a la jurisprudencia del TEDH y, específicamente, el Tribunal Supremo establece que:

El caso francés contempla un supuesto diferente al español. En España, y en el derecho español, existen vías para determinar la filiación entre los padres intencionales y los “hijos” nacidos del contrato de gestación por sustitución. Estas vías son:

- *Determinando la filiación biológica de uno de los miembros de la pareja y la filiación por adopción del otro miembro.*

⁷⁷ Circular de 11 de julio de 2014 de la Dirección General de los Registros y el Notariado.

⁷⁸ Vela Sánchez, A.J. «Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España» *Diario La Ley* .

- *Determinando la filiación acorde con la situación familiar de facto. Es el caso del acogimiento por abandono de la madre gestante o la posesión de estado, de esta forma se otorgaría a los menores la nacionalidad de los padres intencionales y los derechos hereditarios. Por ello, queda a salvo el interés de los menores y no se ve vulnerado su derecho a la vida familiar, pues los menores quedan perfectamente integrados en un grupo familiar de convivencia*⁷⁹.

Observa el Tribunal Supremo que la condena a Francia se fundamenta en *la absoluta imposibilidad de que el ordenamiento jurídico francés reconozca cualquier vínculo de filiación entre los comitentes y el niño[...], lo que supone una situación de incertidumbre jurídica incompatible con las exigencias del art. 8 del Convenio*⁸⁰.

En España, sin embargo, tal y como se dice en el Auto, puede procederse al reconocimiento a través de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, a través de la figura de la adopción y, en determinados casos, puede proceder la posesión de estado. El ordenamiento jurídico español considera estos criterios de determinación de la filiación idóneos para proteger el interés del menor⁸¹.

⁷⁹ Auto de 2 de febrero de 2015 del Tribunal Supremo.

⁸⁰ Auto de 2 de febrero de 2015 del Tribunal Supremo.

⁸¹ De Verda y Beamonte, J.R., «Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español» *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm.4, febrero, 2016.

La técnica de reproducción humana asistida conocida como gestación por sustitución, indudablemente ha estado sometida a juicios sociales desde su aparición. A lo largo de estas páginas, se ha intentado poner de manifiesto la complejidad del entramado de normas que se despliegan a la hora de reconocer, en un país donde no está permitida la gestación por sustitución, una filiación determinada en un país donde sí es posible. Al margen de los procedimientos llevados a cabo en España para reconocer estas filiaciones y de las interpretaciones del TEDH para proteger el interés superior del menor, lo que ha generado controversia a la hora de interpretar las normas y su aplicación en cada caso contemplado en este trabajo, lo que sí parece estar claro es que, a nivel europeo, se condena la práctica de la gestación por sustitución porque, tal y como expresa el Parlamento Europeo (2014)⁸², va en contra de la dignidad de la mujer, por el uso de su cuerpo y de su capacidad reproductiva como objeto de mercancía; porque esta práctica hace vulnerable a las mujeres procedentes de países en vías de desarrollo y son explotadas, con esta práctica, con fines económicos. Por todo ello recomienda el Parlamento Europeo que esta sea una línea prioritaria de estudio dentro de los instrumentos que regulan la defensa de los Derechos Humanos.

82 Informe Anual de 2014 sobre los derechos del hombre y la democracia y sobre la política de la UE en esta materia.

Recuperado en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0344+0+DOC+XML+V0//FR> [fecha de último acceso: 24 de mayo de 2016]

V. Conclusiones.

Primero.- La primera vez que se hizo alusión en España al contrato de gestación por sustitución, fue en 1988, en la Ley de Reproducción Humana Asistida, la cual declaró nulo de pleno derecho este contrato. En la actualidad esta situación se mantiene, a pesar del desarrollo normativo que ha tenido esta figura en otros países fuera del entorno europeo.

Segundo.- A tenor de la información a la que se ha podido tener acceso en este trabajo, podemos afirmar que, en general, se ha producido un aumento en la demanda de la técnica del contrato de gestación por sustitución, celebrado en países en los que sí está permitido. A pesar de esto, destaca la escasa regulación sobre la maternidad subrogada en los países que la prohíben.

Tercero.- No obstante, en nuestro país se han desarrollado mecanismos legales que pueden permitir el reconocimiento de estas filiaciones, lo que no evita la controversia jurídica generada, pues se trata de un contrato nulo de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

Cuarto.- A pesar de esta aparente incongruencia en España, y en otros países que son estados parte del Convenio Europeo de Derecho Humanos, lo cierto es que la determinación de la filiación, en virtud de las interpretaciones del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, debe hacerse conforme al principio del interés superior del menor, aunque ello sea contrario a la regulación interna de cada Estado. Por tanto, en lo que respecta a este tema el TEDH se ha convertido en el ente que ha facilitado una solución al problema del reconocimiento de la filiación, según las sentencias que ha dictado este tribunal hasta el momento.

Quinto.- Los problemas de reconocimiento de estas filiaciones determinadas en el extranjero han dado lugar a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han influido y aportado las bases sobre las que se debe operar en estos casos en los países que forman parte del CEDH. Y es que, aunque la Unión Europea, en general, mantiene una postura contraria a la gestación por sustitución, lo cierto es que en virtud del derecho del menor a su vida privada y familiar, recogido en el artículo 8 del CEDH, los países no pueden cerrar las puertas a los menores que han nacido fruto de

este contrato.

Sexto.- La decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al reconocimiento de la filiación determinada legalmente en el extranjero por el contrato de gestación por sustitución no implica que los Estados deban cambiar sus regulaciones internas. No obstante, la tendencia es la de reconocer la filiación siempre que no se vulnere el orden público internacional en el caso concreto.

Séptimo.- Tras lo expuesto en este trabajo, lo que sí es evidente es que no hay uniformidad en los mecanismos legales para reconocer la filiación, y ello puede producir un importante grado de indefensión del menor y de la madre gestante. Esa ausencia de homogenización en relación al cómo proceder en los casos de reconocimiento de una filiación, determinada en el extranjero fruto del contrato de gestación por sustitución, ha dado lugar a diversas resoluciones e instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, prolongando la incertidumbre.

Octavo.- En este sentido, parece recomendable que la legislación española recogiera mecanismos más efectivos para el reconocimiento y, además, se vieran potenciadas las investigaciones que eviten el tráfico de menores y la vulneración de los derechos de la madre gestante, temas de gran relevancia para la defensa de los Derechos Humanos.

Noveno.- En virtud de lo dispuesto en el informe anual del Parlamento Europeo de 2014 en el que se condena la práctica de la gestación por sustitución; a tenor de lo establecido por las sentencias del TEDH ese mismo año, sobre que los estados pueden desincentivar la práctica de esta técnica de reproducción humana asistida, no parece descabellado apuntar que se apueste por continuar prohibiendo este contrato. Podríamos valorar que, además de mejorar ciertos mecanismos registrales que eviten que se vulnere los derechos del niño y de la madre gestante, se debería atender la mejora de otras vías que determinen la filiación como, por ejemplo, la adopción, de tal manera que, mejorados los procedimientos de esta institución -p.ej. acortar los tiempos de espera- evitarían la posible toma de decisión de recurrir al contrato de gestación por sustitución.

En la introducción planteamos dos objetivos a alcanzar con la elaboración de este Trabajo de Fin de Grado: aproximarnos al estudio de la situación actual del contrato de gestación por sustitución, tratando el problema sobre la determinación de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución en España y valorar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a este respecto, así como su impacto en el Derecho español. Creemos que se han alcanzado estos objetivos; la metodología de trabajo, las fuentes consultadas y las competencias adquiridas a lo largo del tiempo empleado al cursar el Grado en Derecho, nos han permitido aproximarnos a tema objeto de estudio en este trabajo, identificar la complejidad y transversalidad del derecho, así como su carácter dinámico y su íntima relación con los cambios sociales. Pero además, también nos ha permitido identificar múltiples opciones de investigación futuras en lo que respecta al contrato de gestación por sustitución.

VI. Bibliografía.

Álvarez Díaz, J.A., «Una mirada crítica al turismo reproductivo», *Salud Problema*, Vol. 11; nº 11, Segunda Época, Año 6, enero-junio, 2012.

Álvarez González, S., “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”.

Barber Cárcamo, R., «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *REDUR* 8, diciembre, 2010.

Brunet, L.; Carruthers. J.; Davaki, K.; Kin, D.; Marzo, C.; McCandless, J. «El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE» Departamento Temático C: Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, Parlamento Europeo, mayo, 2013, PE 474.403

Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa González, J. «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2011, Vol. 3, Nº 1, página 251.

Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa Gonzalez J.«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.

Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. *Derecho internacional Privado Volumen II*, Editorial Comares, Granada, 2014, páginas 318 y siguientes.

De Torres Perea, J.M. Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor Diario La Ley, No 8281, Sección Doctrina, 28 Mar. 2014, Año XXXV, Ref. D-103, Editorial LA LEY.

De Verda y Beamonte, J.R., «Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español» *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm.4, febrero, 2016.

Fernández-Sancho Tahoces, A.S., «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada» *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6.2011.

Fulchinon, H. y Guilarte Martín-Calero, C., «Algunas reflexiones sobre la sentencia del

Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2015, Pamplona, 2015.

García Alguacil, M.J., «¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad de las relaciones familiares?» *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2016.

Lamm, E., «Gestación por sustitución» *Indret*, Barcelona, Julio, 2012.

Álvarez de Toledo Quintana, L., «El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correlativo orden público internacional» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, nº 2, Octubre, 2014.

Martínez de Aguirre Aldaz, C.; de Pablo Contreras, P.; Parra Lucán, M.A; Pérez Álvarez, M.A., *Curso de Derecho Civil II. Obligaciones*. Colex, 2014.

Mendoza Cárdenas, H.A., «¿Mater semper certa est? Estatus normativo de la maternidad subrogada en México» *Revista Jurídica Poder Judicial del Estado de Nayarit*, nº 77, Año 13, Julio-septiembre, 2013.

Präg, P. y Mills, M.C., «Assisted reproductive technology in Europe. Usage and regulation in the context of cross-border reproductive care», *Families and Societies*, Working Paper Series, 43, 2015.

Queralt Jiménez, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

Sanz-Diez de Ulzurrun Escoriaza, J., «La filiación: contenido y determinación», Madrid, 2006.

Vela Sánchez, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012.

Vela Sánchez, A.J. «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español», *Diario La Ley*, nº8279, Sección Doctrina, 26 de Marzo de 2014.

Vela Sánchez, A.J. «Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España» *Diario La Ley*, nº 8457, Sección Doctrina, 13

de enero de 2015.

Vidal Martínez, J, *Las nuevas formas de reproducción humana*, Civitas S.A, Madrid, 1988.