



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2014/2015
Convocatoria: Septiembre

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN
ASISTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

PREGNANCY FOR REPLACEMENT AS REPRODUCTION TECHNIQUE
ASSISTED IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM

Realizado por el alumno D. Alberto Delgado Sánchez

Tutorizado por el Profesor Dr. Antonio Aznar Domingo

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil

ABSTRACT

Substitution gestation is a way that can turn those people wishing to become parents, but which, for various reasons, cannot. In Spain, this technique is prohibited in article 10 of the LTRHA, precept which sets the nullity of void of these contracts. However, increasingly Spaniards who opt for this process to have children, moving to this to another state (for example, states such as California, United States) where is legally supported surrogate motherhood, enrolling children once bornt in the Consular Registry Office of this country and treating that the recognition of such registry occurs within the Spanish Civil Registry, to be able to bring the minor to Spain in order to full recognize their affiliation in their favor. The courts in our country have been reluctant to allow such registration, even if it is endorsed by the General Direction of Registers, furthermore of the Public Notaries and also by the European Court of Human Rights similar resolutions. This work examines the different problem areas that involves gestation by substitution, not only from the point of view of the determination of filiation to people who enter this contract, also the response of both national and European jurisprudence against assumptions of this type, the current legal regime and reforms to the Spanish legislature, as well, an analysis of the different regulations that completes this institution worldwide.

RESUMEN

La gestación por sustitución es un medio al que pueden acudir aquellas personas que deseen ser padres pero que, por diversas causas, no puedan. En España, esta técnica está prohibida en el artículo 10 de la LTRHA, precepto en el que se establece la nulidad de pleno derecho de estos contratos. Sin embargo, cada vez más son los españoles que optan por este proceso para tener hijos, desplazándose, para ello, a otro estado donde se admita legalmente la maternidad subrogada, inscribiendo a los niños una vez nacidos en el Registro Civil Consular de ese país y tratando de que se produzca el reconocimiento de esa inscripción en el Registro Civil español, para poder así traer al menor a España con el fin de que se reconozca completamente su filiación a su favor. Los Tribunales de nuestro país se han mostrado reacios a permitir tal inscripción aunque esté avalada por la Dirección General de Registros y del Notariado y también por resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos similares. En este trabajo se examina los distintos ámbitos problemáticos que comporta la gestación por sustitución, desde el punto de vista no sólo de la determinación de la filiación a las personas que conciertan este contrato sino, además, la respuesta de la jurisprudencia tanto nacional como europea frente a supuestos de este tipo, el régimen jurídico actual y las reformas que el poder legislativo español preveía, así como un análisis de las diferentes regulaciones que a nivel mundial contempla esta institución.

ULL

Universidad
de La Laguna

Facultad de Derecho



ÍNDICE

I. Introducción.....	1
II. Régimen jurídico	4
III. Determinación de la filiación.....	10
IV. Inscripción registral y reconocimiento en España de la gestación por sustitución realizada fuera de nuestro país.....	18
V. Análisis de la jurisprudencia	33
VI. Derecho comparado	49
VII. Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil	53
VIII. Conclusiones	58
IX. Bibliografía.....	61
X. Anexos.....	69

I. Introducción

La maternidad subrogada, también conocida como gestación por sustitución o, coloquialmente, vientres de alquiler, se define como un acuerdo o contrato conforme al cual se produce la sustitución de la futura madre por una mujer distinta (que es quien va a dar a luz), de manera que ésta renuncia a sus derechos así como también al ejercicio de cualquier reclamación o pretensión de maternidad sobre el menor. Por tanto, se trata de un negocio jurídico que conlleva una retribución económica a la madre sustituta a cambio de la gestación y posterior entrega del recién nacido a la persona o personas (pudiendo ser una pareja heterosexual u homosexual, un solo hombre o una sola mujer) con quien se haya asumido ese compromiso.¹

De acuerdo a la profesora Marina PÉREZ MONGE, se trata de “aquel contrato gratuito u oneroso, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación o también su óvulo, comprometiéndose a entregar al nacido a los comitentes (una persona o pareja casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)”.²

Asimismo, en el Informe Palacios (del que posteriormente hablaremos) se entiende por gestación de sustitución “una forma de maternidad biológica por la cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja heterosexual (matrimonio o pareja estable) irreversiblemente estéril, que se responsabilizará de la maternidad y paternidad de la descendencia a todos los efectos”.³ Sin embargo, esta noción fue superada ya que actualmente no se exige que la pareja comitente se trate de una pareja heterosexual exclusivamente, permitiéndose a las parejas homosexuales así como también a una sola persona (hombre o mujer) concertar este tipo de contratos (como se mencionó anteriormente); además, tampoco es necesario que la pareja sea estéril, como puede ser en los supuestos en los que la mujer no desee quedarse embarazada y pacta con otra mujer distinta la maternidad subrogada.

¹ ABELLÁN, Fernando, & SÁNCHEZ CARO, Javier (2009). *Bioética y ley en reproducción humana asistida*. Granada: Comares, p. 209.

² PÉREZ MONGE, Marina (2002). *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales p. 329 citado por JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, p. 262.

³ LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela (1994). La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo. *BFD: Boletín De La Facultad De Derecho De La UNED*, núm. 7, pp. 317-338. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=175448&orden=211694&info=link>

La jurisprudencia, por su parte, entiende que “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011).⁴

Los avances de la ciencia han posibilitado, a través de las diferentes técnicas de reproducción asistida, que las personas que no puedan tener hijos vean como su sueño de ser padres se cumple. Sin embargo, no todas ellas son aceptadas jurídicamente como ocurre con los vientres de alquiler que son objeto de este estudio, lo que ocasiona inconvenientes que tienen que ser resueltos para que la filiación de los nacidos en este proceso conste en el Registro Civil de ese país donde se inadmite, como veremos. Esto no ocurre en todos los territorios, muchos países regulan y permiten acudir a esta vía, estableciendo un estatuto jurídico amplio de esta disciplina, instaurando un procedimiento a seguir, los efectos...

Aún así, la maternidad subrogada es un fenómeno que está en creciente expansión a nivel mundial, de manera que cada vez son más las personas que optan por este método para ser padres lo que nos induce a pensar que, posiblemente, en unos años esta figura se regule mayoritariamente en todos los estados. Han recurrido a esta técnica desde cantantes como Elton John⁵ o Miguel Bosé⁶ a deportistas como Cristiano Ronaldo⁷. No sólo famosos han seleccionado este método como forma de tener descendencia, sino que se trata de un proceso al que cada vez acuden más parejas⁸ (heterosexuales u homosexuales) o una sola persona (hombre o mujer).

⁴ Poderjudicial.es. (2011). Recuperado 3 Agosto 2015, de: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6206345&links=objeto%20del%20comercio%20de%20los%20hombres&optimize=20111209&publicinterface=true>

⁵ SUMÉDICO, (2010). --- *SU MEDICO: Elton John recurre a maternidad subrogada*---. *Sumedico.com*. Recuperado 31 Julio 2015, de: <http://www.sumedico.com/nota6127.html>

⁶ PORCEL, María (2011). *Miguel Bosé, padre de gemelos*. *EL PAÍS*. Recuperado 31 Julio 2015, de: http://elpais.com/elpais/2011/04/27/actualidad/1303886929_850215.html

⁷ 20minutos.es - Últimas Noticias., (2010). *Cristiano Ronaldo habría utilizado a una "madre de alquiler" para tener a su hijo* - *20minutos.es*. Recuperado 31 Julio 2015, de: <http://www.20minutos.es/noticia/758864/0/cristiano/ronaldo/padre/>

⁸ LEÓN, Pablo (2015). *Papá, mamá y la tía Samantha*. *EL PAÍS*. Recuperado 31 Julio 2015, de: http://politica.elpais.com/politica/2015/01/24/actualidad/1422116335_391939.html

Con respecto a esta técnica, hay autores que han establecido argumentos a favor y en contra (también recogidos en el Informe Palacios): por un lado, muestran su oposición a la gestación por sustitución porque al estipularse una contraprestación económica a cambio de la entrega del niño, éste puede convertirse en objeto de comercio, lo que, como expone Carlos LASARTE ALVÁREZ, supondría una vulneración “al respeto a la dignidad humana”⁹ (reconocida en el artículo 10.1 de la CE).

Por otra parte, puede suceder que, mediante un vientre de alquiler, se esté ejecutando un acto desinteresado o caritativo para los casos, por ejemplo, de esterilidad. Igualmente, las mujeres tienen derecho a disponer de su propio cuerpo de manera que las madres gestantes tendrían plena libertad para decidir sobre el concierto de este pacto, que sólo se llevaría a cabo teniendo su consentimiento. En este contexto, se ha propuesto que se considere admisible la maternidad subrogada pero eliminando la cantidad dineraria que se tendría que abonar como consecuencia de la gestación.¹⁰

⁹ LASARTE ALVÁREZ, Carlos. (2013). *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Madrid: Marcial Pons, 12º edición, pp. 302 y 303.

¹⁰ LASARTE ALVÁREZ, Carlos. (2013). *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Madrid: Marcial Pons, 12º edición, pp. 302 y 303; por su parte, SOUTO GALVÁN, Beatriz (2005). Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho. *Foro, Nueva Época*, núm. 1/2005, pp. 279 y 280. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1387256&orden=166008&info=link>

II. Régimen jurídico

La gestación por sustitución es, por lo tanto, un contrato que está compuesto por dos partes: la parte comitente o contratante y la parte gestante.

- ❖ Parte comitente: es la persona a quien se le encomienda o confía la gestación; pueden ser la parte contratante en este negocio jurídico distintas personas: una persona sola (ya sea hombre o mujer), un matrimonio o pareja de hecho (heterosexual u homosexual) o un comitente que interviene con el fin de colaborar en beneficio de un tercero (que es la pareja o persona que pretende la filiación del niño que va a nacer por esta técnica o proceso).
- ❖ Parte gestante: es la mujer que se compromete a gestar, dar a luz y entregar al niño, renunciando (como dijimos anteriormente) a los derechos o a la determinación de la filiación materna.¹¹

Asimismo, lo normal es que esta técnica se efectúe por la vía de la fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVTE)¹² y, una vez realizada, diferenciamos diversos supuestos de maternidad subrogada:

- ❖ En primer lugar, en aquellos casos en los que una mujer, por motivos médicos o de otra índole, no pueda quedarse embarazada o no lo desee y, por tanto, no desarrollará una gestación normal, los embriones se implantan en otra mujer que es la que alquila su útero (a la que podríamos llamar madre sustituta o madre gestante), reemplazando, en consecuencia, a la madre biológica. En estos supuestos, la madre sustituta no es la madre biológica ya que el embrión se traslada una vez éste ya ha sido formado por lo que no aporta material genético propio, de manera que el niño/a se entrega por la parte gestante una vez se haya dado luz a la pareja contratante.
- ❖ En segundo lugar, se plantea la posibilidad de que la madre que va a dar a luz ceda o alquile tanto su útero como también su óvulo, lo que implica que también

¹¹ FERRER VANRELL, María Pilar; ARROM LOSCOS, Rosa; AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen; CARDONA GUASCH, Olga P.; MARTÍNEZ NADAL, Apol.Lònia; MIJANCOS GURRUCHAGA, Liliana; PÉREZ GIMÉNEZ, M^a Teresa; RIBAS BONET, M^a Antonia; SVENSSON, Eva-María; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, (2013). *El principio de igualdad ante el derecho privado*. Madrid: Dykinson p. 25 y JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, p. 262.

¹² JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, p. 107.

será la madre biológica, siendo el padre biológico el varón de la pareja comitente o contratante y, debido a esto, su esposa (la madre contratante) sería madre en referencia a su marido que es el progenitor.¹³

Una vez analizado el contrato y los distintos supuestos, nos centramos a partir de este momento en la regulación legal de este proceso en España.

Desde un principio, con la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (primera ley que regula esta materia en España), se determinaba la nulidad de los contratos en los que se estipulaba la gestación por sustitución. Esto vino motivado por el Informe Palacios que fue realizado por la Comisión Parlamentaria Especial de Estudio de la Inseminación Artificial y de la Fecundación In Vitro (compuesta por una serie de biólogos, ginecólogos, juristas, filósofos y moralistas así como por un representante de cada uno de los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados, bajo la presidencia de Don Marcelo Palacios Alonso), y cuya finalidad consistía en orientar al legislador acerca de los inconvenientes que la reproducción asistida pudiera llevar aparejada desde el punto de vista técnico de esas disciplinas.

Finalmente, este Comité recomendó la prohibición de este proceso, el establecimiento de una sanción penal o de otro tipo para los partes de este tipo de contratos (al igual que al resto de personas o instituciones que intervengan en este negocio jurídico) y, además, sugirió la interposición de una sanción a los centros sanitarios o servicios que realicen estas técnicas.¹⁴

Actualmente, en nuestro país, según lo dispuesto en el artículo 10.1 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, el contrato por el que se acuerde la maternidad subrogada es nulo de pleno derecho. Literalmente, el mencionado precepto dispone 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*”, por lo que, de este modo, se mantiene la misma regulación que en la ley 35/1988.

¹³ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. (2013). *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Madrid: Marcial Pons, 12º edición, p. 302.

¹⁴ JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, p. 106; JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, pp. 266-268. Además, SOUTO GALVÁN, Beatriz (2005). Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho. *Foro, Nueva Época, núm. 1/2005*, pp. 275-292 Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1387256&orden=166008&info=link>

Igualmente, el segundo apartado de esta norma establece que la filiación de los niños que nazcan por este tipo de proceso vendrá determinada por el parto (precepto que se introdujo con el objetivo de determinar la filiación materna y paterna del menor nacido a través de esta técnica).

Por consiguiente, este contrato está prohibido en el Ordenamiento Jurídico español. Si bien es cierto que en este artículo 10 de la ley 14/2006 no se restringe o se imposibilita manifiestamente este proceso, debemos deducir que estos acuerdos están prohibidos porque incumplen o vulneran la ley y la moral y, en consecuencia, han sido declarados nulos por el legislador.

Este tipo de nulidad ocasiona que el contrato no va a poder ser impugnado judicialmente, no se va a poder reclamar lo pactado y tampoco exigirse lo ya entregado (artículos 1305 y 1306.1ª del Código Civil).¹⁵ En ningún momento la parte comitente podrá reclamar por vía judicial el cumplimiento del contrato por el que se concierta la maternidad subrogada y en el que se contiene la renuncia de la madre gestante con respecto al hijo nacido ni tampoco la devolución de la contraprestación económica fijada. Es decir, si la madre que va a alumbrar al niño rompe el compromiso de entrega y pone de manifiesto su intención de quedarse con el niño, el Tribunal no declarará la entrega del menor, ya que ese pacto es nulo de pleno derecho (sin embargo, en otros países sí se admite la gestación por sustitución -Estados Unidos, por ejemplo- y, en estos casos, como ocurrió en el “caso Baby M” se permite la impugnación del contrato de vientre de alquiler propiamente dicho¹⁶). Por otra parte, no se podrá exigir por la madre sustituta la entrega de cantidades dinerarias que no se hayan abonado, pudiendo la parte comitente negarse a recibir al niño o no constituir la filiación. En estos

¹⁵ JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, p. 112.

¹⁶ El “caso Baby M” se trata de un litigio que surgió como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución en el que la mujer gestante, una vez alumbró al niño, se negó a entregarlo al matrimonio (Sres. Stern) que se constituía como parte comitente. Por lo tanto, el matrimonio interpone una solicitud del cumplimiento de lo convenido, y, además, que se entregue al niño, que se le niegue a la madre cualquier derecho y se declare la adopción por los cónyuges. El Tribunal Supremo de New Jersey resuelve la custodia del niño a favor de los Sres. Stern, determina la privación de derechos de la madre sustituta con respecto al hijo menor y la adopción del hijo por parte de la Sra. Stern y, por último, estableció y concedió un régimen de visitas a la madre gestante. En tal sentido, se manifiesta JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, pp. 276-278 y LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela (1994). La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo. *BFD: Boletín De La Facultad De Derecho De La UNED*, núm. 7, 317-338. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=175448&orden=211694&info=link>

supuestos, el Tribunal actuará de la misma forma y no va a dirimir sobre la recepción del recién nacido.

En colación con lo dispuesto en el párrafo anterior, aunque la madre sustituta entregue al niño, seguirá, a efectos legales (que serán los aplicables), la filiación materna determinándose a su favor, ya que ésta viene determinada por el parto (artículo 10.2 de la Ley 14/2006); se trata de un negocio jurídico en las que las consecuencias jurídicas pretendidas por las partes no tienen eficacia y, en base a ello, se aplica lo reflejado en la ley.¹⁷

Cabe destacar que, si estos contratos fueran admitidos por nuestro Ordenamiento Jurídico, tendrían la naturaleza de contrato atípico, que es aquel que carece de regulación normativa, pero con unos límites previstos en el artículo 1255 del Código Civil, que son: la ley, la moral y el orden público.¹⁸ Además, este contrato se asemeja, en cierta medida, a un arrendamiento de servicios, a un arrendamiento de obras y a una donación. Con respecto al primero, porque la gestación se puede equiparar a un servicio; por lo que se refiere al segundo, porque existe un compromiso de entrega del niño una vez la gestación haya finalizado y se haya alumbrado al niño, debiendo transferir las cantidades dinerarias pactadas a la madre gestante; por último, en palabras de Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, se asimila a la donación “cuando se realiza a título gratuito (además de la donación del óvulo cuando no lo aporta el comitente).”¹⁹

Aún en el supuesto contemplado anteriormente de no establecerse la nulidad, desde el punto de vista de las normas generales del Derecho Civil, seguirían siendo nulos estos convenios puesto que se trata de acuerdos cuyo objeto y cuya causa son ilícitos y, por lo tanto, no concurren los requisitos que el artículo 1261 del Código Civil exige para que exista un contrato.²⁰

Es necesario resaltar que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1271 del Código Civil, sólo pueden ser objeto del contrato “*todas las cosas que no estén fuera*

¹⁷ JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, pp. 268-270.

¹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel y PARRA LUCÁN, María Ángeles (2000). *Curso de derecho civil II. Derecho de Obligaciones*. Madrid: Colex, pp. 322-323.

¹⁹ JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, pp. 108 y 109.

²⁰ JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, pp. 112.

del comercio de los hombres, aún las futuras". Por ello, el ser humano no puede ser objeto del contrato puesto que está fuera del comercio de los hombres, esto es, el ser humano no puede ser objeto de comercio, lo que determina la ilicitud del objeto de este contrato. En comparación, la causa de este contrato es ilícita en razón de que contraviene la moral, el orden público y las buenas costumbres lo que, según el artículo 1275 del Código Civil, provoca que este pacto no genere efecto alguno y se anulen las obligaciones que de ellas dependa (artículo 1116 del Código Civil).

Pero no sólo la LTRHA prohíbe la gestación por sustitución sino que, además, el Código Penal en el artículo 221 expone que *"los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años"*, de manera que consagra el delito de adopciones ilegales, exigiendo para que se dé este tipo penal que medie una contraprestación económica junto a la entrega del menor. Además, incluso si la entrega del menor se produce en el extranjero se castigará aplicándose las mismas penas, según el artículo 221.2 del Código Penal.²¹

Con la introducción de este tipo delictivo, lo que se pretende es evitar que el menor constituya objeto de comercio sobre el que se puedan realizar operaciones económicas de cualquier tipo, esto es, la compensación económica que menciona la regla anteriormente aludida. El objeto de la comisión de este hecho consiste en instaurar una "relación análoga a la filiación, sin repercusiones en el Registro Civil" (en palabras de MUÑOZ CONDE). El sujeto activo de esta infracción penal lo componen los ascendientes pero también cualquier otro individuo, con independencia de que exista o no filiación entre el menor y esa persona.²²

En definitiva, la gestación por sustitución puede derivar en un delito de adopciones ilegales del artículo 221 del Código Penal, puesto que se cumplen los

²¹ JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, pp. 109 y 110.

²² MUÑOZ CONDE, Francisco. (2013). *Derecho Penal Parte Especial Valencia: Tirant lo Blanch*. 19ª Edición., pp. 297-299.

elementos del tipo, al entregarse por la madre gestante a su hijo a la pareja comitente, producirse la recepción del niño/a por estos últimos, mediando o intercediendo una compensación económica (es decir, la retribución dineraria que recibe la madre sustituta como consecuencia de la gestación y posterior entrega del nacido), eludiendo para ello los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción con la finalidad de proceder a instaurar una relación análoga a la de filiación.²³

Por lo antes dicho, la maternidad subrogada, en el caso de que se realice, lleva aparejada una sanción civil en forma de nulidad, pero también una sanción penal constitutiva de un delito de adopciones ilegales del artículo 221 del Código Penal; además de éstas, existen sanciones administrativas, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir, según lo dispuesto en el artículo 24.2 de la LTRHA.

²³ TORRES FERNÁNDEZ, María Elena (2003). *El tráfico de niños para su "adopción" ilegal*. Madrid: Editorial Dykinson, pp. 105-118.

III. Determinación de la filiación

En cuanto a esta materia, debemos distinguir entre la determinación de la filiación materna y paterna en los supuestos de contratos en los que se estipule un vientre de alquiler.

En lo que se refiere a la filiación materna, en el ámbito de la maternidad subrogada puede plantear un problema a la hora de atribuirla, porque pueden intervenir tres mujeres en este proceso a las que se les puede considerar madres, que son: en primer lugar, la mujer que solicita o encarga la gestación (parte comitente); en segundo lugar, la madre sustituta que alumbró a la persona y, en tercer lugar, la que aporta el óvulo.

Esto se resuelve con la LTRHA, que, en su artículo 10.2, establece que la filiación materna quedará determinada, como ya anticipamos en el epígrafe anterior, por el parto.

De esto debemos extraer que la madre sustituta o gestante es la persona a quien se le va a asignar la filiación materna, puesto que es la mujer que va a dar a luz al niño/a, cumpliéndose así el principio romano de *mater semper certa est*, que precisamente atribuye la maternidad a las madres que alumbren a sus hijos. Así, cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo, se podrá inscribir la filiación natural, de acuerdo al artículo 49.3 de la Ley del Registro Civil.²⁴

Este criterio de determinación de la filiación se ha mantenido desde antes de la entrada en vigor de la ley 35/1988, también en el Código Civil y en la Ley del Registro Civil hasta la actualidad.

Se puede impugnar esta filiación materna por la madre sustituta o gestante, reclamando su maternidad y rompiendo, con ello, el compromiso de reivindicar sus derechos o pretensiones cuando entregó al menor (teniendo en cuenta los artículos 134 y 140 del Código Civil); pero también se puede ejercitar por los comitentes (supuesto de muy difícil aplicación, porque incurrirían en posibles responsabilidades penales), por los herederos forzosos, por el Ministerio Fiscal (artículo 137 del Código Civil) o el

²⁴ JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, p. 113 y JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, pp. 271 y 272.

propio hijo/a (artículos 133,134 y 140 del Código Civil).²⁵ Es decir, como citamos anteriormente, no se va a poder reclamar el cumplimiento del contrato de gestación por sustitución por ser nulo; sin embargo, sí se va a poder impugnar la filiación que se deriva del nacimiento del niño/a aplicando este proceso.

Para la atribución de la filiación paterna, lo relevante es el consentimiento del marido (que provoca que no puedan impugnar la filiación del hijo nacido) y, adicionalmente, como sostiene María Pilar FERRER VANRELL, “la aportación del material reproductor masculino, salvo que sea de donante.”²⁶ En este sentido, la filiación paterna se delimita en base a las normas que establece la ley.

Tanto el marido como el padre biológico, podrán impugnar o reclamar su paternidad, según lo expuesto en los artículos 112 y siguientes del Código Civil y en los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en función de si la mujer que va a dar a luz esté o no casada.

Cuando la madre sustituta haya contraído matrimonio, se podrá impugnar (por la vía del artículo 136 del Código Civil) por el marido la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil (presunción *iuris tantum*, pudiendo dejar ésta sin efectos ya que admite prueba en contrario²⁷) tanto si hubiera como si no hubiera consentimiento para que se lleve a cabo la gestación por sustitución; por otra parte, el padre biológico podrá reclamar la paternidad en virtud de lo establecido en el artículo 133 del Código Civil. Sin embargo, tras la sentencia del Tribunal Constitucional 273/2005, de 27 de octubre, se incluye la posibilidad de que el progenitor no matrimonial pueda también ejercitar esta acción de reclamación, esto es, el padre biológico comitente ya que en la regulación anterior del artículo 133 del Código Civil se impedía.

No sólo el marido y el padre biológico puede reclamar la paternidad sino que también el hijo podrá impugnar y reclamar la filiación paterna extramatrimonial siempre

²⁵ JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, pp. 113-115 y JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, p. 276.

²⁶ FERRER VANRELL, María Pilar; ARROM LOSCOS, Rosa; AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen; CARDONA GUASCH, Olga P.; MARTÍNEZ NADAL, Apol.Lònia; MIJANCOS GURRUCHAGA, Liliana; PÉREZ GIMÉNEZ, M^a Teresa; RIBAS BONET, M^a Antonia; SVENSSON, Eva-María; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, (2013). *El principio de igualdad ante el derecho privado*. Madrid: Dykinson p. 27.

²⁷ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (2013). *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Madrid: Marcial Pons. 12º ed., p. 285.

y cuando concorra el requisito previo de que no haya sido un donante anónimo quien haya aportado el material reproductor.

Por tanto, cuando la madre “de alquiler” está casada y el material genético proviene de un tercero que actúa como donante, es necesario que el marido, como se expone anteriormente, muestre su consentimiento, de manera que, una vez expresado el mismo, el hijo es matrimonial y esta inscripción no se podrá impugnar de ningún modo.²⁸

En definitiva, para la determinación de la filiación paterna, es necesario diferenciar dos supuestos: si el comitente aporta o no su material genético, puesto que la regulación es distinta dependiendo del caso en el que nos encontremos.

Si el hombre que constituye la parte comitente de este contrato participa de la gestación en el sentido de que ha contribuido con su espermatozoide a la fecundación del menor que la madre sustituta está concibiendo, tiene derecho a reclamar la paternidad, de acuerdo al artículo 10.3 del LTRHA. ¿Qué ocurre cuando ya se ha inscrito en el Registro Civil la filiación a favor del marido de la madre gestante y el padre biológico quiere reclamar la paternidad? Frente a esta situación, el hombre de la parte comitente deberá tanto reclamar la filiación como interponer la correspondiente impugnación de la paternidad conforme a las reglas generales previstas en el artículo 134 del Código Civil. Si el juez considera oportuno estimar esta acción, en consecuencia, se decreta la maternidad de la madre sustituta y la paternidad del padre biológico comitente.

Por el contrario, si el comitente no ha intervenido en la fecundación con su material reproductor, podría llevarse a cabo la adopción del menor como forma de determinar la filiación, ya sea únicamente por la pareja matrimonial que ha concertado el contrato o únicamente por uno de ellos, esta cuestión se desarrollará más adelante.²⁹

²⁸ FERRER VANRELL, María Pilar; ARROM LOSCOS, Rosa; AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen; CARDONA GUASCH, Olga P.; MARTÍNEZ NADAL, Apol.Lònia; MIJANCOS GURRUCHAGA, Liliana; PÉREZ GIMÉNEZ, M^a Teresa; RIBAS BONET, M^a Antonia; SVENSSON, Eva-María; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, (2013). *El principio de igualdad ante el derecho privado*. Madrid: Dykinson p. 27; JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, pp. 278-280 y JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, pp. 115 y siguientes.

²⁹ JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, pp. 278-283.

Hasta aquí hemos expuesto como se atribuye la filiación paterna cuando la madre portadora estuviese casada; sin embargo, también puede ocurrir lo opuesto, es decir, que esta mujer no esté ligada con otra persona a través de un vínculo matrimonial. Cuando sucede esto, la paternidad no va a estar sometida a la presunción del artículo 116 del Código Civil, sino que se determina por alguna de las formas reflejadas en el artículo 120 del Código Civil, precepto de acuerdo al cual se fija la filiación paternal por el “*reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o documento público; por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil; por sentencia firme*” (el último inciso de esta norma hace referencia a la filiación materna al disponer que se determina la filiación no matrimonial “*cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil*”).³⁰

No obstante, se constituirá la filiación a favor de la madre gestante y del comitente cuando el material genético haya sido aportado por éste último. También se le atribuye cuando media su consentimiento cuando interviene un donante de gametos masculinos en la gestación (artículo 8.2 del LTRHA). Desde otra perspectiva, cuando se traslada el embrión ya formado a la madre sustituta (de forma que ella no aporta gametos femeninos propios), la filiación, cumpliendo las reglas establecidas en el artículo 10.2 y 10.3 del LTRHA, se va a determinar a favor de la madre gestante y del contratante. De esta manera, aunque a la madre gestante se le traspase el embrión ya gestado, se le va a asignar la filiación no matrimonial puesto que, de acuerdo a los preceptos mencionados anteriormente, “*la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto*” (artículo 10.2 del LTRHA) y, por tanto, al no alumbrar al niño, no se le asigna a la mujer comitente la filiación.

En lo concerniente a la reclamación, el contrato no se va a poder hacer valer nunca ya que éste es nulo, aunque si el comitente es el padre biológico o bien en el caso de que haya prestado su consentimiento, (que deberá cumplir los requisitos del artículo 8.2 del LTRHA) siempre y cuando el gameto masculino provenga de un tercero donante, podrá reclamar la paternidad.

³⁰ JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, p. 282 y JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, pp. 116 y 117.

En contraposición, esto sufrió una reforma cuando se permitió que se llevara a cabo la inscripción de los niños que nacieron por maternidad subrogada en el extranjero porque, de este modo, no se atribuye la filiación a través del parto sino que se determina la filiación a los comitentes (Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, a la que volveremos más adelante -epígrafe IV-).

Esta técnica de maternidad subrogada también es utilizada por parejas heterosexuales y homosexuales. En el caso de matrimonios entre personas del mismo sexo (que fue autorizado en España a través de la reforma del Código Civil por la ley 13/2005, del 1 de julio) que deseen tener hijos, cuando se trate de hombres, no van a poder gestar y dar a luz por lo que se recurre en muchas ocasiones a la gestación por sustitución. Por tanto, uno de los miembros de la pareja comitente aporta sus gametos masculinos y, en consecuencia, una vez nacido el niño/a, se le asigna la filiación junto con la mujer gestante (artículo 10.2 del LRTHA). El marido del padre biológico podrá adoptar al menor nacido pero para ello es necesario como condición indispensable que la madre legal apruebe esta adopción (rechazando su filiación) así como que se dicte una resolución judicial que apruebe la adopción (artículos 176.2.2º y 177.2.2º del Código Civil). De nuevo, con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, se establece la posibilidad de inscribir la filiación conjunta de los cónyuges con respecto al menor nacido por vientre de alquiler, aunque se contravenga el artículo 10 de la LTRHA (esta Instrucción la abordaremos en profundidad posteriormente).

Si el matrimonio entre parejas del mismo sexo es entre dos mujeres, cualquiera de las dos va a poder gestar y alumbrar al niño/a (salvo en casos de esterilidad). Así, observamos una diferencia muy importante con respecto a las parejas homosexuales varones, puesto que no es necesario que las mujeres acudan a un contrato de maternidad subrogada sino pueden acudir a un donante de esperma.

En estos supuestos, se va a determinar la filiación con respecto a la mujer que va a dar a luz. Sin embargo, puede suceder que se le otorgue también a la mujer no gestante, siempre y cuando se dispense un consentimiento formal, expreso y previo a la fecundación (artículo 8.1 de la LTRHA) por parte su cónyuge. Si el consentimiento existe, estaríamos ante un supuesto de doble maternidad del artículo 7.3 de la LTRHA, de manera que la filiación se va a atribuir a la pareja matrimonial. Por otra parte, si no hay consentimiento, la mujer no gestante podrá optar por la vía de la adopción del

niño/a o, como literalmente dice el artículo 176.2.2º del Código Civil, “*hijo consorte del adoptante.*”³¹

De lo hasta aquí expuesto, se observa que a través de la adopción se puede declarar la maternidad o paternidad con respecto a los comitentes en los contratos de gestación por sustitución, ya sea para la pareja o sólo para uno de ellos.

Doctrinalmente, existen opiniones a favor y en contra de esta alternativa para la determinación de la filiación. El principal argumento de oposición por parte de autores como JIMÉNEZ MUÑOZ consiste en que la adopción por parte de los comitentes, en estos casos, constituye un fraude de ley debido a que, según expone VELA SÁNCHEZ, este procedimiento no exige “propuesta de identidad pública competente” por lo que no es necesaria la declaración de idoneidad.³² Sin embargo, otras como JIMÉNEZ MARTÍNEZ consideran que es una solución aceptable, manifestando que, realmente, no se trata de un fraude de ley, puesto que la madre gestante voluntariamente expresa su consentimiento a la adopción, de modo que, incluso, puede negarse “en el último momento”.³³

Cuando la adopción se realiza por la pareja comitente, exige que se cumplan una serie de requisitos o condiciones:

- Consentimiento: como ya se indicó anteriormente, la madre gestante deberá prestar su asentimiento para la adopción y la correspondiente entrega del niño/a que ha alumbrado. Además, si estuviese casada, no basta con su consentimiento sino que, también, se requiere el de su marido (por ostentar éste la presunción *iuris tantum* de paternidad del artículo 116 del Código Civil). En caso de no prestar el consentimiento,

³¹ FERRER VANRELL, María Pilar; ARROM LOSCOS, Rosa; AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen; CARDONA GUASCH, Olga P.; MARTÍNEZ NADAL, Apol.Lònia; MIJANCOS GURRUCHAGA, Liliana; PÉREZ GIMÉNEZ, Mª Teresa; RIBAS BONET, Mª Antonia; SVENSSON, Eva-María; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, (2013). *El principio de igualdad ante el derecho privado*. Madrid: Dykinson pp. 30-35.

³² JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, p. 118 y VELA SÁNCHEZ, Antonio José. (2011). *La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler*. Recuperado 30 Julio 2015, de: <http://www.vientredealquiler.com/index.php/glosario/321-la-gestacion-por-sustitucion-o-maternidad-subrogada-el-derecho-a-recurrir-a-las-madres-de-alquiler>. También disponible en: VELA SÁNCHEZ, Antonio José. La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler en Diario la Ley, (Sección Doctrina), nº 7608, 15 de Abril de 2011, (Ley 3302/2011), p. 5.

³³ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, María Victoria. (2012). La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales. *Anuario De La Facultad De Derecho - Universidad De Alcalá V*, p.369. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4133484&orden=375824&info=link>

no se puede acudir a la vía judicial para el cumplimiento de lo pactado, ya que este negocio jurídico es nulo de pleno derecho.

- Edad: es necesario que “*el adoptante* (alguno de los miembros de la pareja) *sea mayor de veinticinco años*”, asimismo, “*el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años más que el adoptado*”. Con esto se percibe que se tienen que cumplir los requisitos que el artículo 175 del Código Civil regula para que se pueda llevar a cabo cualquier adopción.

- Otra similitud con el procedimiento de adopción general, lo encontramos en que también es exigible para que se pueda iniciar el expediente de adopción, conforme al artículo 176.2 del Código Civil, “*la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad*”. Una vez obtenido el certificado de idoneidad, el Juez será quien decida si son los adoptantes o no del menor.

- El consentimiento anteriormente mencionado exige una forma determinada, de manera que no puede contenerse en el contrato de gestación por sustitución porque éste es nulo de pleno derecho y, en consecuencia, no produce efectos. Se formaliza el mismo ante la Entidad Pública, en documento público o ante el Juez.

- Finalmente, se decidirá acerca de si otorga o no la adopción mediante resolución judicial. Para ello, el Juez desarrolla un segundo control de idoneidad, para ponderar el interés del menor (el cual debe primar siempre) así como también si son idóneos o cumplen las condiciones necesarias para ser adoptantes los comitentes.

Fuera de estos casos, también puede suceder que el padre biológico del niño/a nacido sea el hombre de la pareja comitente y, la mujer de éste, podrá adoptar al hijo de su marido o pareja (se extendió a la pareja no casada esta capacidad para adoptar como consecuencia de lo impuesto en la Disposición Adicional Tercera de la ley 21/1987, de 11 de noviembre que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción), esto es, la madre comitente. Como requisito previo, la filiación paterna debe estar legalmente determinada.

Igualmente, deben concurrir los mismos requisitos que para lo visto anteriormente en relación con la adopción de la pareja comitente, aunque con ciertas

especialidades en lo referente a la no exigencia de propuesta administrativa previa (artículo 176.2.2ª del Código Civil).

Adicionalmente, en lo correspondiente a la adopción, existe un último supuesto conocido con el nombre de adopción unilateral, para la cual se exigirá las mismas formalidades que en los supuestos anteriores. Éste será utilizado en situaciones en las que la parte comitente del contrato de gestación por sustitución esté integrada únicamente por una persona, que puede ser varón o mujer, así como también cuando no se haya podido atribuir la filiación a la pareja, una vez pactado el vientre de alquiler y, teniendo en cuenta, que constituye una posibilidad o una opción a la adopción conjunta.³⁴

Finalmente, es conveniente destacar que la gestación por sustitución puede extender sus efectos a otros órdenes jurisdiccionales; a modo de ejemplo, podemos destacar el orden jurisdiccional social, donde existen sentencias en las que se ha otorgado la prestación de maternidad solicitada tanto por los padres (ya que el padre biológico puede acudir a ella cuando la madre biológica no lo haga) en un supuesto como por la madre en otro, exponiendo el Tribunal que aunque la maternidad subrogada esté prohibida conforme a la legislación española, esto no impide que se otorgue esa prestación de maternidad. Incluso se argumenta una infracción del principio de igualdad al no reconocer esta prestación porque se ha concedido a viudas de un cónyuge que había contraído varios matrimonios (poligamia) cuando en el artículo 46.1º del Código Civil impide que quien esté unido por vínculo matrimonial, vuelva a contraerlo.³⁵

³⁴ JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, pp. 282-287.

³⁵ FORNER DELAYGUA, Joaquín., GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, & VIÑAS FARRÉ, Ramón. (2013). *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internaional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás* Madrid: Marcial Pons, p. 87; además, RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca (2014). La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos. *Revista Sobre La Infancia Y La Adolescencia*, 6, p.45. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4932879.pdf>; también, Poderjudicial.es (2015). *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 292/2015, de 30 de marzo*. Recuperado 19 Agosto 2015, de: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7354709&links=pension%20gestacion%20por%20sustitucion&optimize=20150422&publicinterface=true> y, finalmente, Poderjudicial.es,. (2015). *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha 603/2015, de 27 de mayo*. Recuperado 19 Agosto 2015, de: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7396566&links=pension%20gestacion%20por%20sustitucion&optimize=20150603&publicinterface=true>

IV. Inscripción registral y reconocimiento en España de la gestación por sustitución realizada fuera de nuestro país.

La nulidad del contrato de maternidad subrogada en nuestro Ordenamiento Jurídico ha desencadenado que las parejas o personas solas que pretenden tener hijos y, por diversos motivos (biológicos, médicos...), no puedan, tengan que acudir a otros países donde esta técnica sí está permitida (por ejemplo, Tailandia o Ucrania), teniendo en cuenta la disponibilidad económica de los futuros padres, puesto que este proceso tiene diferentes precios (más o menos elevados) dependiendo de la nación en la que se realice.

Una vez nacido el niño, se tiene que abordar lo relativo a la inscripción del mismo. De manera muy resumida, podemos decir que la misma se practica en el Registro del Consulado del país en el que se haya desarrollado la gestación por sustitución por lo que, una vez registrado el hijo como español y obtenida la “decisión judicial extranjera en la que se determina la filiación de los comitentes”³⁶, se podrá traer a España y regularizar su situación en el Registro Civil, en la Seguridad Social, etc. (esto último se desarrollará con más detalle ulteriormente).

En este sentido, la Constitución Española establece en su artículo 11.1 que “*la nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo a lo establecido en la ley*”; en lo que se refiere a la adquisición, la nacionalidad española la obtiene automáticamente los nacidos de padre o madre españoles; los nacidos en España de padres extranjeros si uno de ellos hubiera nacido también en España; los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad y los nacidos en nuestro país cuya filiación no resulte determinada (artículo 17.1 del Código Civil) así como el extranjero menor de dieciocho años adoptado por español (artículo 19.1 del Código Civil).³⁷

³⁶ FERRER VANRELL, María Pilar; ARROM LOSCOS, Rosa; AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen; CARDONA GUASCH, Olga P.; MARTÍNEZ NADAL, Apol.Lònia; MIJANCOS GURRUCHAGA, Lilibiana; PÉREZ GIMÉNEZ, M^a Teresa; RIBAS BONET, M^a Antonia; SVENSSON, Eva-María; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, (2013). *El principio de igualdad ante el derecho privado*. Madrid: Dykinson p. 35.

³⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, PÉREZ ALVÁREZ, Miguel Ángel, & PARRA LUCÁN, María Ángeles. (2008). *Curso de derecho civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*. Madrid: Colex. 3^a edición., pp. 476 y 480-483.

En principio, de este último precepto, se puede extraer que los menores que hayan sido alumbrados en otros estados por una madre gestante o sustituta serán considerados españoles puesto que se trata de niños nacidos de padre o madre españoles (artículo 17.1.a) del Código Civil en colación con el artículo 11 de la Constitución) y esto determina que se permita la inscripción de estos menores en el Registro Civil así como la determinación de la filiación paterna y materna.³⁸

A sensu contrario, si este negocio jurídico se ha llevado a cabo en España debemos tener en cuenta que no se podrá inscribir la filiación del padre y la madre comitente (salvo que haya aportado su material reproductor) en el Registro Civil a ese niño/a, ya que el contrato y sus cláusulas son nulas y, en consecuencia, no producen efecto alguno.³⁹ Asimismo, la filiación se atribuye a la madre sustituta o gestante (como se indica anteriormente) porque el parto es lo que determina la maternidad (artículo 10.2 del LTRHA) y al hombre que haya aportado sus gametos masculinos (que puede ser el hombre de la parte comitente o un donante anónimo).

Otra norma constitucional relevante con respecto a la inscripción es el artículo 14 de la Constitución que recoge la igualdad ante la ley, prohibiéndose las discriminaciones por razón de nacimiento, sexo o raza. Por tanto, los nacidos a través del proceso de maternidad subrogada, van a ser inscritos en el Registro Civil de la misma forma que el resto de españoles nacidos en territorio nacional, con independencia de la forma en que haya sido concebidos, que no se tendrá en cuenta según lo dispuesto en el artículo 7.2 de la LTRHA.⁴⁰

El reconocimiento y la inscripción no son equivalentes, esto es, no se debe confundir ambos términos porque, como ha expuesto Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “la filiación derivada de la gestación por sustitución existe aunque no esté

³⁸ JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, p. 315 y entrevista a Alexis Mateo, Director de Your Surrogacy (2015). *Entrevista en Televisión / Asesoramiento maternidad subrogada España*. *Subrogacionglobal.es*. Recuperado 3 Agosto 2015, de <http://subrogacionglobal.es/2014/10/10/entrevista-television-canaria/>

³⁹ JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, p. 306.

⁴⁰ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, María Victoria. (2012). La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales. *Anuario De La Facultad De Derecho - Universidad De Alcalá V*, p.367. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4133484&orden=375824&info=link>

inscrita” o, de otra manera, la validez de la filiación en estos supuestos no va a venir determinada por la inscripción de la misma en el Registro Civil.⁴¹

Por otro lado, se plantea un problema en lo que respecta al reconocimiento de la inscripción de la filiación de un menor nacido a través de esta técnica relativo al orden público. De esta manera, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (que mencionaremos más adelante) de 23 de noviembre de 2011 entiende que el orden público hace referencia a “que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así como la propia dignidad de la persona”.⁴² En atención a esto, se deniega el reconocimiento de la inscripción del menor en el Registro Civil.

A continuación, para detallar de un modo más claro y preciso como se practica la inscripción y el reconocimiento tendremos en cuenta un caso reciente, que nos permitirá puntualizar los pasos para hacer constar en el Registro Civil de España la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución.

Un matrimonio homosexual español se desplaza a San Diego, California (Estados Unidos) con el objeto de tener un hijo propio a través de un vientre de alquiler. California es uno de los estados de este país en los que se permite este proceso por lo que, contactan con una mujer que, a cambio de una determinada cantidad económica, se compromete a gestar a los menores y a entregarlo una vez éstos hayan nacido.

Una vez producido el nacimiento de sus hijos, los padres acuden a registrarlos (en este Estado se ha regulado la inscripción registral del nacimiento y de la filiación de los padres que utilizan la maternidad subrogada). Para ello, previamente a esto, obtienen y aportan “la certificación registral extranjera en la que se constata la inscripción del nacimiento de los menores y la filiación determinada a favor de los varones. Estas certificaciones registrales extranjeras habían sido emitidas por la autoridad administrativa del Registro de California (The California Office of Vital Records). Para

⁴¹ FORNER DELAYGUA, Joaquín., GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, & VIÑAS FARRÉ, Ramón. (2013). *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás* Madrid: Marcial Pons, p. 80.

⁴² FORNER DELAYGUA, Joaquín., GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, & VIÑAS FARRÉ, Ramón. (2013). *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás* Madrid: Marcial Pons, p. 83 y Poderjudicial.es. (2011). Recuperado 3 Agosto 2015, de: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6206345&links=objeto%20del%20comercio%20de%20los%20hombres&optimize=20111209&publicinterface=true>.

la emisión de estos certificados es necesario que previamente haya recaído una resolución judicial que establezca la filiación de los menores a favor de los padres varones y que ordene a la autoridad administrativa que emita los certificados tal y como se dispone en la Section 7633, California Family Code”.⁴³

En contraposición, se encuentran con la negativa del Canciller encargado del Registro Civil Consular de España en Los Ángeles-California. Lo que motivó esta respuesta fue el hecho de que en España la gestación por sustitución es un contrato nulo de pleno derecho y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 de la LTRHA, se deniega tal inscripción.

Frente a esta desestimación se interpuso el pertinente recurso de apelación que fue resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), quien en la resolución de 18 de febrero de 2009 estima el recurso y ordena la inscripción de los hijos en el Registro Civil en base al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil (ya que las certificaciones registrales del Registro de California es título para inscribir el hecho del nacimiento de que da fe) y, también, al artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que aborda la regulación de los documentos públicos extranjeros.

Además, la DGRN asegura que no siempre es necesaria la aportación de ese documento o certificación registral que los padres aportaron, sino que puede ser suficiente a través de la declaración prevista en el artículo 168 del Reglamento del Registro civil. En estos supuestos, se deberá efectuar un examen minucioso de la legalidad de los hechos, determinando primariamente cuál es la legislación aplicable (en este caso, la española o la de California- Estados Unidos).

Como antes vimos, la DGRN invoca la aplicación del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, que requiere que se cumplan determinadas formalidades (sin las cuales no se inscribe la filiación del menor en el Registro Civil) relativas al no quebrantamiento del orden público internacional en aras de la protección del interés superior del menor -recogido en el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones

⁴³ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, María Victoria. (2012). La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales. *Anuario De La Facultad De Derecho - Universidad De Alcalá V*, p.371. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4133484&orden=375824&info=link> y BATALLER I RUIZ, Enric (2015). Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2, 783. Recuperado 3 agosto 2015 de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5028300> y <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/43211/777-788.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989-, y a la no vulneración de los principios básicos del Derecho español, los intereses generales y la estructura básica de nuestro Derecho. En esta propia resolución, y a tenor del precepto mencionado en este párrafo, se exige para la inscripción en el Registro Civil (a partir de la cual tendrá efectos en España) de una certificación extranjera, junto con el respeto o cumplimiento del orden público internacional ya nombrado, lo siguiente: para empezar, la certificación registral extranjera tiene que ser un documento público según la legalidad del país donde se obtenga y, junto a ella, se debe aportar: la apostilla así como, de acuerdo al artículo 86 del Reglamento del Registro Civil, “*traducción o copia suficiente hecha por Notario, Cónsul, Traductor u otro órgano o funcionario competentes*”; finalmente, la autoridad extranjera va a constatar o dar fe de unos hechos o una realidad (en este caso, “el nacimiento del bebé y la renuncia de la filiación de madre biológica a favor de una pareja de varones”).⁴⁴

Esta inscripción que solicita el matrimonio no contraviene ninguno de estos requisitos, y ello fundamentado en:

- ❖ En primer lugar, se compara la gestación por sustitución con la adopción, entendiendo que en España se permite atribuir la filiación de un menor adoptado a una pareja homosexual, con independencia de que sean hijos adoptados o naturales, puesto que esto no tiene ninguna relevancia, ya que no se va a admitir la exclusión o discriminación por tener una u otra condición (artículo 108 del Código Civil).
- ❖ El principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución se incumple al no aceptar la inscripción, puesto que el artículo 7.3 de la LTRHA regula la posibilidad de que la filiación se atribuya a dos mujeres y, como ocurre en este caso, si no se concede a dos varones, se podría deducir que transgrede este principio de igualdad por razón de sexo constitucionalmente protegido.
- ❖ El artículo 3 de Convención sobre los Derechos del Niño recoge como factor determinante de cualquier medida concerniente a un menor el interés superior del niño. Dentro de éste, se incluye la inscripción de los mismos en el Registro Civil, puesto que si no se inscriben quedan privados de una filiación que conste

⁴⁴ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, María Victoria. (2012). La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales. *Anuario De La Facultad De Derecho - Universidad De Alcalá V*, pp. 373 y 374. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4133484&orden=375824&info=link>

en el mismo. Además, ese interés superior del niño “exigiría también el derecho del mismo a una identidad única por encima de las fronteras estatales, que se respetaría a través del reconocimiento de la creada en California al amparo de su ordenamiento y la inscripción de la certificación registral californiana en el Registro español”.⁴⁵

- ❖ En correlación con lo dispuesto anteriormente, si se puede determinar la filiación de un menor con respecto a una pareja de mujeres, nada obsta para que una pareja homosexual de varones pueda acreditar la filiación de un menor a su favor en el Registro Civil, aportando la oportuna certificación extranjera que demuestre tal hecho.
- ❖ Los cónyuges solicitantes de la inscripción no han actuado en fraude de ley, esto es, no tratan de aplicar una norma con el objeto de eludir una ley imperativa española (artículos 6.4 y 12.4 del Código Civil). Por consiguiente, la certificación registral de California “no es una sentencia judicial, con efecto de cosa juzgada, que se intente introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible erga omnes”.^{46 47}

Ante esta resolución, el Ministerio Fiscal interpuso una impugnación que fue resuelta por el Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia (sentencia que examinaremos en el epígrafe siguiente).

Posteriormente, la DGRN estableció, mediante la Instrucción del 5 de octubre de 2010, una serie de directrices a partir de las cuales se podrá practicar la inscripción en el Registro Civil español de los nacidos por contratos de gestación por sustitución en países donde este proceso se permita. Podemos sistematizarlas en:

1.- Para la inscripción del nacimiento del niño nacido a través de la maternidad subrogada requiere que se presente, como establece la propia Instrucción, “la resolución

⁴⁵ JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, p. 131.

⁴⁶ JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, p. 131.

⁴⁷JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, pp. 306-310; JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, pp. 128-131; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. (2013). *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Madrid: Marcial Pons, 12º edición, p. 318.

judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido”⁴⁸ así como la solicitud de inscripción.

Además, es necesario instar el exequátur de esa resolución judicial extranjera, aportándose “ante el Registro Civil de España la solicitud de inscripción y el auto judicial que ponga fin al exequátur” salvo que se trate de un procedimiento similar a la jurisdicción voluntaria, en cuyo caso no se debe llevar a cabo el exequátur sino el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción (como manifiesta los autos del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1998 en su Fundamento Jurídico Tercero⁴⁹ y de 1 de diciembre de 1998, también en su Fundamento Jurídico Tercero⁵⁰). En estos últimos casos, se debe verificar o cotejar, por ejemplo, “la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado, que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante”⁵¹ (entre otros).

2.- La última directriz niega que para la inscripción de un menor nacido por este proceso se tenga en cuenta como “título apto” la certificación registral extranjera o la declaración aportada junto con la “certificación médica del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.”⁵²

De este modo, si no hay resolución judicial que acompañe a la solicitud de inscripción del menor no podrá constar en el Registro Civil la correspondiente filiación, aunque se permite que, de acuerdo a las reglas generales, se pueda reclamar la

⁴⁸ BOE, (2010). *Instrucción 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*, pp. 84805. Recuperado 4 Agosto 2015, de: <http://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>

⁴⁹ Poderjudicial.es, (1998). *Auto del Tribunal Supremo 399/1998, de 29 de septiembre*. Recuperado 4 Agosto 2015, de: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=1045174&links=jurisdicion%20voluntaria&optimize=20060105&publicinterface=true>

⁵⁰ Poderjudicial.es, (1998). *Auto del Tribunal Supremo 1429/1998, de 1 de diciembre*. Recuperado 4 Agosto 2015, de: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=1016847&links=jurisdicion%20voluntaria&optimize=20060118&publicinterface=true>

⁵¹ BOE, (2010). *Instrucción 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*, pp. 84805. Recuperado 4 Agosto 2015, de: <http://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>

⁵² BOE, (2010). *Instrucción 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*, pp. 84805. Recuperado 4 Agosto 2015, de: <http://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>

paternidad del padre biológico (artículo 10.3 de la LTRHA y artículos 764 y siguientes de la LEC).

Como conclusión, podemos inferir que un niño/a que haya nacido como consecuencia de la celebración de este negocio jurídico se podrá inscribir en el Registro Civil español cuando se ha dictado una resolución judicial del Tribunal extranjero competente en la que se determina la filiación del nacido, se demuestra que no se ha quebrantado el interés superior del menor y se ha manifestado tanto el consentimiento como la renuncia de la madre gestante a la filiación, debiendo quedar esto recogido por escrito de una manera expresa.⁵³

Esta Instrucción tiene una relevancia significativa e incluso contradice, en ciertos aspectos, a la resolución de 18 de febrero de 2009 (examinada previamente), en el sentido de que excluye la certificación registral del niño nacido por maternidad subrogada en el extranjero como único documento válido a presentar sino que será necesario, como ya se aludió, la solicitud de inscripción y una resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente del país extranjero en cuestión, que deberá ser objeto de exequátur.

¿Cuál es el fin por el que se exige la resolución judicial previa del país extranjero? A esta pregunta nos responde la propia Instrucción, determinando que el objeto de esto consiste en probar o asegurar la plena capacidad jurídica y de obrar de la madre sustituta; confirmar que el consentimiento prestado es libre, consciente, expreso y por escrito, desplegando, por tanto, plena eficacia legal; además, verificar que no ha existido violencia, intimidación, engaño o coacción sobre la madre gestante; constatar que no existe simulación en el contrato de maternidad subrogada que encubra el tráfico internacional de menores y contemplar la facultad de revocación del consentimiento. Para finalizar, dos especialistas independientes examinarán y determinarán si concurren

⁵³ Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Registro Civil) (2011). *Boletín del Ministerio de Justicia*, pp. 7, 13,19 y 25. Recuperado 4 Agosto 2015, de: https://98d4889d-a-62cb3a1a-s-sites.googlegroups.com/site/resolucionesdgrnregistrocivil/biblioteca-virtual/Resoluciones%20DGRN%2030%20-%20JUNIO%202011%20%28parte%201%29.pdf?attachauth=ANoY7cozaUqh_BOV365Uz8zZiNPIyKGE9dI911aC27UWAbL1Tw2t7_EveKppy-gow1LSbMxh5Rif8r_VP8p6ypCohilsQ0XZRyayc6pWo9YEfDt_vHfubdwfbaPlc2cBK5Tn09x-3BtdJuc_BUSMoOsQ2M8Z70NSDtEBVtYqE_UqrPg9zF4hq9rqmhyKam-rRfNZh08-kcuGw69UlcGNpY1tIUoIYYye1W7feU6TkqU60wq8MdzbodBA_e052NccLmpA3B4M21fl5RptPFr6m2vZfpjg6VXhfYnObRzWWpIohcQUYbOpbx5wHcHfdFPMLnNIVMY4Izb0&attredirects=1

estos requisitos en el caso concreto que se recogerá en una certificación, que se entregará a la persona autorizante del convenio.⁵⁴

En definitiva, de esta Instrucción podemos inferir que la gestación por sustitución va a tener un tratamiento en lo relativo a la determinación de la filiación y su inscripción dependiendo de si se realiza o no en España, desde la aportación del material reproductor, el embarazo o gestación, el parto y todo lo que conlleva este acuerdo:

- ❖ Maternidad subrogada dentro de territorio nacional: el contrato será nulo de pleno derecho (artículo 10.1 de la LTRHA) y la filiación de los menores nacidos por gestación de sustitución vendrá determinada por el parto (artículo 10.2 de la LTRHA).
- ❖ Maternidad subrogada fuera de territorio nacional: si el país donde se concierta este negocio jurídico admite o acepta la gestación por sustitución (por ejemplo, México o Rusia⁵⁵) no se aplicará la regla mencionada en el párrafo previo sino que se aplica la Instrucción y se inscribirá en el Registro Civil la filiación conforme a los requisitos anteriores (determinándose a su favor), autorizándose, por tanto, los efectos del contrato.⁵⁶

Hay autores que han establecido ciertas críticas en referencia a esta Instrucción, por lo que se puede concebir el carácter polémico una vez fue publicada. En este sentido, JIMÉNEZ MARTÍNEZ entiende que la misma vulnera nuestro Ordenamiento Jurídico puesto que, por medio de la vía reglamentaria, la DGRN “pretende resolver un problema para el que no tiene competencia”.⁵⁷

⁵⁴ JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, pp. 135-138; JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, pp. 313-315 y BOE, (2010). *Instrucción 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*, pp. 84804. Recuperado 4 Agosto 2015, de: <http://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>

⁵⁵ ZENNA, Franco Antonio (2014). *La gestación por sustitución en España. La situación actual tras la STS de 6 de febrero de 2014*. *Elderecho.com*. Recuperado 5 Agosto 2015, de: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/gestacion_por_sustitucion-gestacion_solidaria_11_680680001.html

⁵⁶ JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, pp. 315 y 316.

⁵⁷ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, María Victoria. (2012). La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales. *Anuario De La Facultad De Derecho - Universidad De Alcalá V*, p.376. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4133484&orden=375824&info=link>

FERRER VANRELL, por su parte, considera que al permitir la inscripción de los menores nacidos por vientres de alquiler dependiendo del lugar en el que esta técnica se realice (fuera o dentro del territorio nacional) determina la inconstitucionalidad de la resolución, por lo que la Instrucción vulnera la Constitución. Para afirmar esto, se basa en dos motivos: desde una perspectiva, se quebranta el principio de jerarquía normativa previsto en el artículo 9.3 de la Constitución al infringir lo establecido en la LTRHA y aplicar una norma de rango inferior jerárquico al artículo 23 de la Ley del Registro Civil como es el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil y, desde otro punto de vista, contradice el principio de igualdad ante la ley del artículo 14 de la CE, porque se hace depender de la cantidades económicas o dinerarias que pueda abonar una persona para poder trasladarse fuera de España y, una vez nacido el niño, realizar todos los trámites para conseguir su inscripción en el Registro Civil español; es decir, no es un mecanismo que se encuentre al alcance de todas las personas sino que se deberá disponer de un patrimonio económico elevado a partir del cual llevar a cabo todo este proceso.⁵⁸

CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ analizan el contenido de esta resolución y opinan que, en primer lugar, “el artículo 10 de la ley 14/2006 no es aplicable a la filiación de los nacidos por sustitución ya declarada por autoridades públicas extranjeras”⁵⁹, es decir, esta norma se subsume a aquellos casos en los que la filiación de los nacidos por gestación por sustitución no ha sido determinada, procediéndose a su atribución en España, mientras que si existe una resolución de los Tribunales extranjeros competentes en las que ya se determina la filiación, como afirman estos autores, el artículo 10 no resultaría aplicable.

En segundo lugar, “la exigencia de una resolución judicial extranjera sobre filiación de los nacidos tras gestación por sustitución es una exigencia contraria a la

⁵⁸ FERRER VANRELL, María Pilar; ARROM LOSCOS, Rosa; AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen; CARDONA GUASCH, Olga P.; MARTÍNEZ NADAL, Apol.Lònia; MIJANCOS GURRUCHAGA, Liliana; PÉREZ GIMÉNEZ, M^a Teresa; RIBAS BONET, M^a Antonia; SVENSSON, Eva-María; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, (2013). *El principio de igualdad ante el derecho privado*. Madrid: Dykinson pp. 37 y 38.

⁵⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. (2011). Notas Críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 3, pp. 250 y 251. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3727376&orden=314076&info=link>

ley”⁶⁰ debido a que, en ningún momento, en la regulación de los artículos 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil se recoge la necesidad de que los funcionarios del Registro Civil extranjero apliquen las leyes españolas y que se haya dictado una resolución o decisión judicial en relación a la gestación por sustitución en cuestión. Asimismo, el artículo 10 de la LTRHA será de aplicación cuando lo sea toda la ley, por lo que no entra dentro de su ámbito de actuación los supuestos en los que se solicite la inscripción del nacimiento mediante la presentación de un acta registral extranjera. También puede considerarse contraria a la ley porque los encargados del registro civil únicamente procederán a la inscripción cuando los tribunales españoles (mediante exequátur) reconozcan la resolución judicial del órgano jurisdiccional competente extranjero. Por otra parte, se puede entender que se contravienen dos principios de gran importancia como son el principio de igualdad y el principio por el que impera el interés superior del menor con respecto a los menores nacidos en el extranjero porque a éstos no se le exige tal resolución judicial mientras que a los alumbrados por la vía de la maternidad subrogada, como hemos visto, sí se le requiere para proceder a su inscripción. Igualmente, se trata de un proceso que necesita de pronunciamiento judicial lo que implica que en el país extranjero en el que nazca el niño/a, debe constar con un procedimiento judicial que permita la determinación de la filiación de los nacidos por vientre de alquiler.

En tercer lugar, se produce una “incorrecta distinción de la DGRN entre reconocimiento y exequátur”⁶¹. El primero será indispensable para que la resolución judicial extranjera produzca efectos constitutivos y de cosa juzgada mientras que el segundo se emplea en los casos en los que dicha “resolución extranjera contenga pronunciamiento de ejecución”⁶², sin que se incluyan en estos casos la atribución de la filiación.

⁶⁰ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. (2011). Notas Críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 3, pp. 251-253. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3727376&orden=314076&info=link>

⁶¹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. (2011). Notas Críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 3, p. 253. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3727376&orden=314076&info=link>

⁶² CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. (2011). Notas Críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010

En cuarto lugar, “la DGRN olvida el orden público internacional como motivo de rechazo del reconocimiento incidental en España de la resolución extranjera que establece una filiación en casos de gestación por sustitución”⁶³. El orden público internacional está compuesto por cláusulas generales, sin embargo, se trata de un concepto jurídico indeterminado, lo que provoca que los órganos jurisdiccionales deban valorar cada litigio concreto que se presente, siendo finalmente los tribunales españoles los que decidan acerca de la posible infracción del mismo. En definitiva, cabe resaltar que la Instrucción evita u obvia el control de la legalidad y del orden público previsto en el artículo 23 de la Ley de Registro Civil. Si se hubiera llevado a cabo, este control determinaría que para la inscripción de la filiación resultaría aplicable el artículo 10 del TRLHA. Por tanto, no hay control de orden público, ni de legalidad ni tampoco de fraude de ley, lo que provoca, como bien expone PRESNO LINERA, otorgar “cobertura al turismo gestacional, desde el momento en que no sanciona la posibilidad de que padres y madres intencionales españoles domiciliados en España se desplacen a un Estado que ampare la validez de los contratos de gestación por sustitución”.⁶⁴

En quinto lugar, “el sistema bilateralista de control de la competencia judicial internacional de los tribunales extranjeros es inadecuado”⁶⁵, ya que se pretende rescatar el superado criterio de que los tribunales del resto de países tengan que respetar o cumplir las normas de competencia internacional de los tribunales españoles, proponiendo estos autores como alternativa más sencilla la existencia de vínculos con el objeto del supuesto de la resolución judicial extranjera, así como utilización adecuada de sus foros de competencia internacional. Actualmente, los encargados del Registro

sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 3, p. 253. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3727376&orden=314076&info=link>

⁶³ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. (2011). Notas Críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 3, pp. 253 y 254. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3727376&orden=314076&info=link>

⁶⁴ PRESNO LINERA, Miguel Ángel, & JIMÉNEZ BLANCO, Pilar (2014). Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea. *Revista Española De Derecho Europeo*, 51, pp 19 y 20. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4831457> y también de:

<https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestacion-por-sustitucion-revista-espanola-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf>

⁶⁵ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. (2011). Notas Críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 3, p. 254-256. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3727376&orden=314076&info=link>

Civil se limitan a comprobar o cotejar dos situaciones: primeramente, que la madre sustituta resida en el país donde se va a desarrollar la gestación y, seguidamente, que el nacimiento o alumbramiento se produzca en ese Estado donde este contrato es admitido legalmente.⁶⁶

En sexto lugar, “el art. 10 Ley 14/2006 rompe la continuidad transfronteriza de la filiación declarada en el extranjero si en dicho país la madre del menor no es la mujer que ha dado a luz”⁶⁷. Lo que ocurre es que, conforme a lo dispuesto en la Instrucción, solo el padre biológico podrá inscribir al nacido por medio de la maternidad subrogada mientras que su pareja no tendrá atribuida la filiación, la cual se asigna a la mujer que haya dado a luz al niño y al padre que haya aportado los gametos masculinos. Esto genera una situación inestable, en el sentido de que el niño/a tendrá diferentes padres dependiendo del país en el que se encuentre: los que determine la resolución extranjera o el Registro Civil extranjero y los que, en atención a la legislación española, sean padres (artículo 10 de la LTRHA).

Finalmente, en séptimo lugar, “los nacidos en el extranjero en virtud de técnicas de gestación por sustitución son españoles si concurren indicios racionales de su generación física por progenitor español sin necesidad de ninguna sentencia judicial que así lo establezca”⁶⁸ puesto que, como se indicó anteriormente, del artículo 17.1 del Código Civil podemos extraer que los nacidos por estas técnicas son españoles (debiendo ser inscritos como tal) aunque no se haya determinado la filiación siempre y

⁶⁶ PRESNO LINERA, Miguel Ángel, & JIMÉNEZ BLANCO, Pilar (2014). Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea. *Revista Española De Derecho Europeo*, 51, p. 19. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4831457> y también de:

<https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestacion-3b3n-por-sustitucion-3b3n-revista-espac3b1ola-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf>

⁶⁷ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. (2011). Notas Críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 3, p. 257. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3727376&orden=314076&info=link>

⁶⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. (2011). Notas Críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 3, pp. 257 y 258. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3727376&orden=314076&info=link>

cuando concurren “indicios racionales de la generación del menor por parte de un ciudadano español”.⁶⁹

Sin embargo, desde otra perspectiva, autores como VELA SÁNCHEZ exponen que se debe regular un “convenio de gestación por sustitución”, lo que provocaría no sólo la regulación de este contrato sino también la reforma de las disposiciones legales existentes; en concreto, el artículo 10 de la LTRHA y los artículos 1271 y 1275 del Código Civil, de forma que se admitiría este acuerdo de maternidad subrogada, si bien el menor tendrá derecho a conocer su origen biológico.⁷⁰

En definitiva, para poner en práctica las modificaciones que la Instrucción del 5 de octubre de 2010 pretende acerca de la regulación en nuestro Ordenamiento Jurídico de la inscripción de los menores nacidos por maternidad subrogada se hace absolutamente primordial una reforma de la legislación vigente, puesto que, por las normas actuales, como ya hemos aludido, la gestación por sustitución está prohibida (artículo 10 del LTRHA).⁷¹

Como conclusión con respecto a las resoluciones de la DGRN, es conveniente resaltar que se trata de un Instrucción administrativa que no forma parte de las fuentes del Derecho⁷² y, asimismo, este órgano no puede elaborar legislación, de modo que en su actuación va a estar siempre sometido a distintas normas como son el Reglamento

⁶⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. (2011). Notas Críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 3, p. 257. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3727376&orden=314076&info=link>

⁷⁰ VELA SÁNCHEZ, Antonio José. (2011). *Ventre de Alquiler - El Derecho A Recurrir A Las Madres De Alquiler*. *Vientredealquiler.com*. Recuperado 30 Julio 2015, de:

<http://www.vientredealquiler.com/index.php/glosario/321-la-gestacion-por-sustitucion-o-maternidad-subrogada-el-derecho-a-recurrir-a-las-madres-de-alquiler>. También disponible en: VELA SÁNCHEZ, Antonio José. La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler en *Diario la Ley*, (Sección Doctrina), nº 7608, 15 de Abril de 2011, (Ley 3302/2011).

⁷¹ FERRER VANRELL, María Pilar; ARROM LOSCOS, Rosa; AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen; CARDONA GUASCH, Olga P.; MARTÍNEZ NADAL, Apol.Lònia; MIJANCOS GURRUCHAGA, Lilitiana; PÉREZ GIMÉNEZ, Mª Teresa; RIBAS BONET, Mª Antonia; SVENSSON, Eva-María; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, (2013). *El principio de igualdad ante el derecho privado*. Madrid: Dykinson p. 37.

⁷² JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, p. 316.

del Registro Civil, la Ley del Registro Civil, la Constitución y los Convenios que afecten a los derechos de menores y que hayan sido ratificados por España⁷³.

⁷³ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. (2014). El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6(2), 5-49. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5008686&orden=0&info=link>

V. Análisis de la jurisprudencia

En este apartado procederemos a examinar las decisiones judiciales más relevantes que se han dictado relativas a la maternidad subrogada.

En primer lugar, la **sentencia del Juzgado de Primera Instancia N°15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010**⁷⁴. Esta resolución fue dictada como consecuencia del oportuno recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN (analizada en el epígrafe IV), que decretaba la inscripción en el Registro Civil Consular de dos hijos menores de un matrimonio homosexual que pactó un contrato de gestación por sustitución con una mujer que sería la que diera a luz.

El Juzgado de Primera Instancia de Valencia estima esta impugnación y decreta que se lleve a cabo la anulación de la inscripción que fue ordenada por la resolución del DGRN, fundamentando su decisión en que, de acuerdo al artículo 10 de la LTRHA, la gestación por sustitución está prohibida en nuestro país.

El tribunal considera que, a diferencia de lo que expone la DGRN, se debe aplicar el artículo 23 de la Ley de Registro Civil porque es una norma de rango superior jerárquico al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, precepto según el cual para que se inscriba en el Registro Civil una certificación registral extranjera, tienen que darse las siguientes condiciones:

Para empezar, el hecho inscrito (es decir, la filiación) debe constatarse por el encargado del Registro. Por consiguiente, en el caso de matrimonio homosexual entre varones es obvio que biológicamente ambos no van a poder ser los padres del menor (podrá ser uno de ellos si aporta el material reproductor masculino) por lo que es necesario que la certificación que se presenta tendrá que someterse a un control por parte del funcionario.

Además, la inscripción se va a realizar de acuerdo a la legislación española, de manera que el encargado del Registro verificará el cumplimiento o incumplimiento de

⁷⁴ *Sentencia Juzgado de Primera Instancia N°. 15 de Valencia número 193/2010, de 15 Septiembre 2010, procedimiento 188/2010.* (2010). Recuperado 6 Agosto 2015, de: <http://pendientedemigracion.ucm.es/centros/cont/descargas/documento23064.pdf>

las normas previstas en la LTRHA así como en la Ley del Registro Civil o el Reglamento del Registro Civil.

Por otra parte, esta sentencia no sólo establece estos requisitos sino que, además, entiende que los hijos naturales, de momento, nunca podrán tener dos padres varones naturales lo que, en consecuencia, ocasiona que los hijos naturales podrán tener dos padres varones, pero siempre adoptivos.

También, el Juez de Primera Instancia se remite a la LTRHA en el sentido de que ésta declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución por lo que en ningún momento existe un trato discriminatorio contra la paternidad de los cónyuges, puesto que la no inscripción se deriva precisamente de la nulidad de este contrato, con independencia de que la parte comitente de este negocio jurídico sea una pareja heterosexual, una pareja homosexual, una mujer sola o un hombre sólo; es decir, está prohibida la maternidad subrogada en todos los casos, sin realizar ningún tipo de diferenciación y lo importante, en definitiva, y según la LTRHA, es la “forma del alumbramiento”.⁷⁵

Desde otra perspectiva, el interés superior del menor es un principio que también se puede cumplir por la vía de, por ejemplo, la adopción (admitiéndose, no obstante, “la procedencia de la inscripción en virtud de la protección del interés del menor”⁷⁶).

La resolución recoge que estamos ante un claro supuesto de fraude de ley debido a que los cónyuges conocían que, en California, este proceso era legal y los menores podrían inscribirse como sus hijos naturales mientras que en España esto no puede ocurrir puesto que no está admitido o aceptado este negocio jurídico.

En vistas a esta fundamentación, el fallo de la sentencia es estimatorio con respecto a la demanda interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, dejando sin efecto la inscripción del nacimiento

⁷⁵ Sentencia Juzgado de Primera Instancia Nº. 15 de Valencia número 193/2010, de 15 Septiembre 2010, procedimiento 188/2010. (2010). Fundamento Jurídico cuarto, p.6. Recuperado 6 Agosto 2015, de <http://pendientedemigracion.ucm.es/centros/cont/descargas/documento23064.pdf>

⁷⁶ JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, p. 312.

realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles así como la cancelación de la inscripción.⁷⁷

En segundo lugar, la **sentencia de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011**⁷⁸, que se dictó con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por los padres de los menores contra la resolución del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, en la que se ordenaba la cancelación de la inscripción en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de sus hijos nacidos por maternidad subrogada.

El recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial de Valencia por lo que se confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Los motivos por los que se adoptan tal decisión hacen referencia, por un lado, a que la inscripción vulnera el Ordenamiento Jurídico español, en el sentido de que los hijos han nacido por medio de la técnica objeto de la controversia que, en este Estado, es nulo de pleno derecho y, en consecuencia, está prohibido por el artículo 10 de la LTRHA. Esto nos lleva a concluir que, al practicarse la inscripción, no se realizó un control de legalidad previo.

Por otro lado, al hacerse constar la filiación en el Registro Civil Consular de Los Ángeles se contraviene o se infringe el orden público internacional español debido a que, con ello, la persona (en este caso, los hijos) constituiría objeto de comercio de ese contrato, atentando así contra su dignidad y al principio de protección integral de los hijos y madres; finalmente, también ocasionaría que un contrato que tiene una causa ilícita pudiera desplegar efectos, lo que infringe el artículo 1275 del Código Civil, que 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”*.

⁷⁷ JARUFE CONTRERAS, Daniela (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, p. 311-313; JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, pp. 131 y 132; FERRER VANRELL, María Pilar; ARROM LOSCOS, Rosa; AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen; CARDONA GUASCH, Olga P.; MARTÍNEZ NADAL, Apol.Lònia; MIJANCOS GURRUCHAGA, Lilitiana; PÉREZ GIMÉNEZ, Mª Teresa; RIBAS BONET, Mª Antonia; SVENSSON, Eva-María; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, (2013). *El principio de igualdad ante el derecho privado*. Madrid: Dykinson p. 36 y *Sentencia Juzgado de Primera Instancia N.º 15 de Valencia número 193/2010, Sentencia de 15 Septiembre 2010, procedimiento 188/2010*. (2010). Recuperado 6 Agosto 2015, de: <http://pendientedemigracion.ucm.es/centros/cont/descargas/documento23064.pdf>

⁷⁸ Poderjudicial.es, (2011). *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 826/2011, de 23 de noviembre*. Recuperado 7 Agosto 2015, de: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6206345&links=gestacion%20por%20sustitucion&optimize=20111209&publicinterface=true>

Asimismo, la Audiencia Provincial considera que ni aplicando la Instrucción de 5 de octubre de 2010 se produciría la inscripción de los hijos en el Registro Civil aunque exista la certificación registral californiana de los mismos, puesto que:

- La resolución judicial del órgano jurisdiccional competente que exige la Instrucción no se ha presentado.

- Tampoco se ha indicado la identidad de la madre gestante o sustituta.

Comparte con el Juzgado de Primera Instancia N°15 de Valencia la fundamentación referida a que el matrimonio sabía que este proceso en España no era legal mientras que en California sí lo era y, por consiguiente, se puede concluir que los cónyuges “huyeron” del ámbito de actuación de la norma de conflicto española al trasladarse a este país donde se permite acordar un contrato de maternidad subrogada y, una vez inscrito allí los menores, tratar de conseguir lo mismo en el Registro Civil español.

Además, aunque el artículo 7.3 de la LTRHA permita la inscripción de la doble maternidad no se produce un quebrantamiento del principio de igualdad del artículo 14 de la CE por razón de trato discriminatorio por el hecho de que no se prevea la inscripción de la doble paternidad porque en el caso de parejas homosexuales de mujeres, es posible (salvo por motivos de infertilidad, en cuyo caso, sí acuden a un vientre de alquiler se les aplicaría el mismo régimen de nulidad de pleno derecho del contrato que en el caso de que lo pacten parejas homosexuales varones) cualquiera de las dos pueda gestar y dar a luz al niño/a.

Para ir concluyendo, la Audiencia Provincial entiende que deberá imperar el principio de interés superior del menor (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del niño) pero siempre teniendo en cuenta que esto no puede derivar en un incumplimiento de la ley. Con la prohibición de la gestación por sustitución en España se pretende evitar que los menores sean objeto de comercio, proponiendo otras alternativas para estas parejas como puede ser la adopción regulada en los artículos 175 y siguientes del Código Civil.⁷⁹

⁷⁹ JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, pp. 133-135.

En resumen, para la desestimación del recurso la Audiencia se centra en los siguientes factores: el niño, al igual que cualquier ser humano, no puede ser objeto de comercio ni de cualquier tipo de contrato de intercambio; es necesario, finalmente, un control de legalidad de la certificación extranjera en la que conste la inscripción de los menores y el orden público internacional español condiciona a que se realice (en atención a la legalidad española) la inscripción porque, en caso contrario, se produce un perjuicio o un daño al orden público.⁸⁰

En tercer lugar, frente a la decisión judicial de la Audiencia Provincial de Valencia detallada en los párrafos anteriores, los padres de los menores interpusieron recurso de casación que fue resuelto por la **sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014**⁸¹, una resolución que ha sido muy debatida en el sentido de que cuatro magistrados de los nueve que componen este Tribunal emitieron un voto particular mientras que el resto de magistrados sí mostraron su conformidad con respecto a la sentencia emitida.

El Tribunal Supremo entiende que, en primer lugar, existe una inscripción de la filiación de los menores realizada conforme a las leyes californianas; sin embargo, ésta no va a poder extender sus efectos a España puesto que contraviene el orden público internacional español ya que transgrede el artículo 10 de la LTRHA, lo que va a imposibilitar el reconocimiento. Para que una certificación extranjera pueda constar en el Registro Civil español se requiere que concurren los requisitos expuestos en el artículo 23 de la Ley de Registro Civil que, de manera resumida, podemos catalogar en: primero, que la certificación sea regular y auténtica y, segundo, que no se genere ningún tipo de duda sobre la realidad del hecho inscrito así como también su legalidad conforme a la ley española. Este último requisito es el que el Tribunal considera que no se cumple, en el sentido de que considera que la certificación extranjera vulnera el orden público internacional español, suponiendo una contradicción a los pilares básicos en los que se sostiene la filiación ya que afecta tanto a la dignidad de la mujer gestante

⁸⁰ FERRER VANRELL, María Pilar; ARROM LOSCOS, Rosa; AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen; CARDONA GUASCH, Olga P.; MARTÍNEZ NADAL, Apol.Lònia; MIJANCOS GURRUCHAGA, Liliana; PÉREZ GIMÉNEZ, M^a Teresa; RIBAS BONET, M^a Antonia; SVENSSON, Eva-María; VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, (2013). *El principio de igualdad ante el derecho privado*. Madrid: Dykinson p. 36.

⁸¹ Poderjudicial.es, (2014). *Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014*. Recuperado 10 Agosto 2015, de: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6958977&links=&optimize=20140214&publicinterface=true>

como del propio hijo protegido en el artículo 10 de la Constitución (se produce la mercantilización del menor debido a que el mismo se convierte en objeto del tráfico mercantil), a la protección de la infancia recogido en el artículo 39 de la Constitución, al derecho a la intimidad familiar previsto en el artículo 18.1 de la Constitución, al derecho a contraer matrimonio expuesto en el artículo 32 de la Constitución y de la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución. Además, a este proceso sólo podrán acceder, debido a su elevado coste, aquellas personas que cuenten con una capacidad económica o patrimonial importante, sin que esté disponible para la mayoría o la totalidad de la población.⁸²

Este orden público internacional está compuesto, asegura el Alto Tribunal, por las disposiciones legales aplicables a la gestación por sustitución, es decir, el artículo 10 de la LTRHA que no se limita, como ya hemos visto, a decretar la nulidad de pleno derecho del contrato sino que, además, atribuye la filiación materna a la mujer que haya dado a luz y prevé la posibilidad de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico conforme a las reglas generales.⁸³

En segundo lugar, la discriminación por razón de sexo a la que se alude en el recurso no se admite debido a que, esencialmente, el contrato de maternidad subrogada está prohibido por la legislación española (artículo 10 de la LTRHA) ya sea la parte comitente de ese acuerdo una pareja heterosexual, una pareja homosexual de varones o

⁸² DURÁN AYAGO, Antonia (2014). Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014). Gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España. *Ars Iuris Salmanticensis. Reseñas De Jurisprudencia (Enero-Junio 2014) Internacional Privado*, 2, pp. 277-278. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5060385&orden=0&info=link>; y, concretamente, en http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/article/view/12784/13155; por su parte, BATALLER I RUIZ, Enric. (2015). Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2, pp. 784 y 785. Recuperado 10 agosto 2015 de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5028300> y <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/43211/777-788.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; también, Redacción Noticias Jurídicas (2014). *Los hijos nacidos de vientre de alquiler no pueden ser inscritos en el Registro Civil español*. Recuperado 10 Agosto 2015, de <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3533-los-hijos-nacidos-de-vientre-de-alquiler-no-pueden-ser-inscritos-en-el-registro-civil-espanol/>; finalmente, PRESNO LINERA, Miguel Ángel, & JIMÉNEZ BLANCO, Pilar (2014). Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea. *Revista Española De Derecho Europeo*, 51, p. 20. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4831457> y también de: <https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestacion-por-sustitucion-3b3n-revista-espanola-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf>

⁸³ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo. (2014). El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6(2), 5-49. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5008686&orden=0&info=link>

mujeres o una mujer o un hombre solo. De esta forma, no hay discriminación por el hecho de que se permita la doble maternidad en el artículo 7.3 de la LTRHA y no se recoja la doble paternidad, puesto que son casos totalmente opuestos porque en el caso de parejas homosexuales mujeres cualquiera de las dos puede desarrollar la gestación mientras que en el supuesto de parejas homosexuales hombres ninguno de los dos podrá gestar y dar a luz al niño, compartiendo la fundamentación de la Audiencia Provincial descrita.

Desde otra perspectiva, los recurrentes argumentan que el no reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral extranjera de California vulnera el principio del interés superior del menor, de modo que para que éste se pueda cumplir es necesario que conste esa filiación en el Registro Civil español. En consecuencia, los comitentes serían los padres de los menores mientras que la mujer que dio a luz renunció a la maternidad en ese contrato, por lo que no sería madre de los hijos.

En definitiva, exponen que la prohibición o la nulidad de pleno derecho de los vientres de alquiler en España suponen un quebrantamiento de este principio recogido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.⁸⁴

Es necesario reseñar que el Tribunal no comparte este razonamiento y manifiesta que el interés superior del menor es un “concepto jurídico indeterminado que sólo puede concretarse dentro del contexto legal en el que se enmarca”⁸⁵, de modo que con este principio no se va a desobedecer lo dispuesto en los preceptos legales sino que van a servir de ayuda para su interpretación y aplicación así como para “colmar sus

⁸⁴ DURÁN AYAGO, Antonia (2014). Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014). Gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España. *Ars Iuris Salmanticensis. Reseñas De Jurisprudencia (Enero-Junio 2014) Internacional Privado*, 2, pp. 277-278. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5060385&orden=0&info=link>; y, concretamente, en http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/article/view/12784/13155; por su parte, BATALLER I RUIZ, Enric. (2015). Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2, p. 785. Recuperado 10 agosto 2015 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5028300> y <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/43211/777-788.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; también, Redacción Noticias Jurídicas (2014). *Los hijos nacidos de vientre de alquiler no pueden ser inscritos en el Registro Civil español*. Recuperado 10 Agosto 2015, de: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3533-los-hijos-nacidos-de-vientre-de-alquiler-no-pueden-ser-inscritos-en-el-registro-civil-espanol/>

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014). Gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España. (2014). *Ars Iuris Salmanticensis. Reseñas De Jurisprudencia (Enero-Junio 2014) Internacional Privado*, 2, p 278. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5060385>

lagunas”⁸⁶. De esto se deriva que si la filiación se atribuye violentando las normas establecidas en nuestro Estado, no se podrá determinar la misma con respecto a ese niño/a. Por lo tanto, la no inscripción de los nacidos por gestación por sustitución produce un menoscabo en los menores pero si la misma se realiza vulnerando la ley también supone un perjuicio para el menor.

En lo relativo a otros derechos o principios a los que pueda afectar la no inscripción de los menores, el Tribunal Supremo considera que no se da vulneración de la identidad por nacer los menores en Estados Unidos (como consecuencia de que el contrato se celebrara en tal país); también, el respeto a la vida privada y familiar recogido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales no se pueden entender vulnerados puesto que los menores ya se encontraban integrados en la familia, por lo que este recurso no tenía como fin tomar una decisión relacionada con tal integración. Asimismo, nada obsta o impide que el hombre de la pareja que ha aportado su material reproductor pueda reclamar su paternidad, pudiendo acudir a la vía que el artículo 10.3 de la LTRHA regula para que se le atribuya la filiación del menor.⁸⁷

Estamos ante un supuesto que refleja una huida de la legalidad española vigente y ello por dos causas: que los comitentes tienen su domicilio o residencia habitual en España y, en segundo lugar, también ostentan la nacionalidad española. Por lo tanto, los padres han llevado a cabo una serie de actividades con el fin de que se practique la inscripción en el Registro Civil español que se pueden estimar como fraude de ley (porque se puede deducir que conocían que en España este proceso estaba prohibido y que en otros Estados sí estaba admitido) y, como fruto de la misma, no se produce el reconocimiento de estos menores nacidos por gestación por sustitución. Este fraude de ley lo es en lo referente al derecho español y no al derecho del resto de países donde esta técnica es aceptada. ¿Cómo se podría solucionar esto? Se ofrece una doble alternativa u opción: por una parte, otorgar al artículo 10 de la LTRHA un carácter de policía y, por consiguiente, que sea de “aplicación imperativa a situaciones

⁸⁶ Redacción Noticias Jurídicas (2014). *Los hijos nacidos de vientre de alquiler no pueden ser inscritos en el Registro Civil español*. Recuperado 10 Agosto 2015, de: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3533-los-hijos-nacidos-de-ventre-de-alquiler-no-pueden-ser-inscritos-en-el-registro-civil-espanol/>

⁸⁷ BATALLER I RUIZ, Enric (2015). Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2, pp. 785 y 786. Recuperado 10 agosto 2015 de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5028300> y <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/43211/777-788.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

internacionales y subsumible dentro del expediente general del fraude a la ley recogido en el art. 6.4 del Código Civil”⁸⁸ mientras que, por otra parte, el Estado donde ese vientre de alquiler se acuerde, se desarrolle y se realice podría desempeñar un “control de competencia de las autoridades de origen que suponga una vinculación razonable con ese Estado basada, al menos, en una conexión con los padres intencionales”.⁸⁹

Una vez esgrimidos estos fundamentos jurídicos, se desestima el recurso de casación y, tal y como expone el Alto Tribunal en el último párrafo del Fundamento Jurídico quinto, solicita al Ministerio fiscal que “ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar de facto”.⁹⁰

Como indicamos previamente, esta sentencia contaba con un voto particular que fue firmado por cuatro de los nueve miembros que componen el Tribunal Supremo. Podemos destacar que, entre otros aspectos, los magistrados valoran que este supuesto y, en atención al interés superior del menor, no se encuentra dentro del ámbito de actuación del artículo 10 del LTRHA porque la filiación ya ha sido determinada por la autoridad de California, por lo que, en virtud de ello y al existir una decisión judicial extranjera, se debe proceder a analizar el reconocimiento de esa resolución que ha sido dictada en concordancia con la legislación del país donde se celebró el contrato de gestación por sustitución. Así, no se procederá a la correspondiente inscripción en aquellos casos en los que la misma sea contraria al orden público que se encuadra

⁸⁸ PRESNO LINERA, Miguel Ángel, & JIMÉNEZ BLANCO, Pilar (2014). Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea. *Revista Española De Derecho Europeo*, 51, pp. 23 y 24. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4831457> y también de:

<https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestacion-3b3n-por-sustitucion-3b3n-revista-espac3b1ola-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf>

⁸⁹ PRESNO LINERA, Miguel Ángel, & JIMÉNEZ BLANCO, Pilar (2014). Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea. *Revista Española De Derecho Europeo*, 51, pp. 23 y 24. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4831457> y también de:

<https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestacion-3b3n-por-sustitucion-3b3n-revista-espac3b1ola-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf>

⁹⁰ Poderjudicial.es, (2014). *Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014*, p.12. Recuperado 10 Agosto 2015, de:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6958977&links=&optimize=20140214&publicinterface=true>

dentro del interés superior del menor. Incluso, se muestran tajantes al afirmar que, “no hay orden público si en el caso se contraría el interés del niño”.⁹¹

Asimismo, con la inscripción de los niños a favor de la pareja comitente provoca que el menor no se encuentre en una situación de desamparo, sino que supondría que los menores se integren o formen parte de una familia, evitando así esa condición y garantizando al menor un marco de protección jurídica por parte del Estado.

También, los magistrados aseguran que se ha constituido la familia legalmente con respecto a las normas extranjeras por lo cual, aplicar la normativa propia de España (en este caso) como “cuestión de orden público” podría evidenciar dos consecuencias importantes: posibilidad de que los menores se encuentren en situaciones de desamparo y carencia de la identidad y de núcleo familiar vulnerando el interés del menor consagrado en los Convenios Internacionales.

Finalmente, se plantea otra cuestión destinada a la regularización de la maternidad subrogada como ha sucedido en países de nuestro Derecho Comparado.⁹²

Esta resolución del Tribunal Supremo desencadenó que cesaran las inscripciones que, en amparo de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, los consulados españoles llevaban a cabo en las naciones en los que esta técnica se permite.⁹³

En cuarto lugar, es preciso hacer referencia a la jurisprudencia europea sobre este tipo de procesos, para ello, analizaremos dos resoluciones que coinciden no sólo en la fecha en la que se dictan sino también en la mayoría de sus fundamentos jurídicos (no

⁹¹ Poderjudicial.es, (2014). *Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014*, p. 15. Recuperado 10 Agosto 2015, de:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6958977&links=&optimize=20140214&publicinterface=true>

⁹² PRESNO LINERA, Miguel Ángel, & JIMÉNEZ BLANCO, Pilar (2014). Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea. *Revista Española De Derecho Europeo*, 51, pp. 10, 15, 16 y 37. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4831457> y también de:

<https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestacion-por-sustitucion-3b3n-revista-espac3b1ola-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf>; por su parte, Redacción Noticias Jurídicas (2014).

Los hijos nacidos de vientre de alquiler no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. Recuperado 10 Agosto 2015, de: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3533-los-hijos-nacidos-de-vientre-de-alquiler-no-pueden-ser-inscritos-en-el-registro-civil-espanol/>

⁹³ DURÁN AYAGO, Antonia (2014). Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014). Gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España. *Ars Iuris Salmanticensis. Reseñas De Jurisprudencia (Enero-Junio 2014) Internacional Privado*, 2, p. 278. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5060385&orden=0&info=link>; y, concretamente, en: http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/article/view/12784/13155

en su totalidad), que son: la **sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. Francia⁹⁴ (nº65192/11) y la sentencia caso Labasse c. Francia⁹⁵ (nº 65941/11), ambas sentencias de 26 de junio de 2014.**

Estos litigios surge como consecuencia de un recurso interpuesto por los matrimonios francés Mennesson y Labasse derivado del rechazo en la inscripción de la filiación de los menores nacidos de gestación por sustitución. Los cónyuges de ambos matrimonios residen en Francia y se desplazaron a Estados Unidos, donde acordaron un contrato de maternidad subrogada, aportando su material reproductor los varones de la parte comitente; una vez se ha producido el parto, la decisión judicial extranjera de California y Minnesota acredita que la parte comitente de este contrato son los padres y madres de esas niñas.

Sin embargo, al igual que ocurre en el supuesto planteado en España (que analizamos anteriormente), la legislación francesa prohíbe y declara la nulidad de este tipo de contratos en los artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil francés, incluso cuando en el país donde éste se realice se admita legalmente. Debido a esto, la Corte de Casación francesa, en la sentencia del 6 de abril de 2011 negó la inscripción de las niñas en el Registro Civil francés, al considerar que vulnera el orden público internacional de su país, llegando incluso a ignorar que los varones de esos matrimonios son los padres biológicos de esas niñas.

Frente a esto, se interpone el oportuno recurso por los matrimonios en base a la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos debido a que al no atribuirse la filiación en Francia a esos menores se contraviene el derecho que tienen los niños y niñas al respeto a su vida privada y familiar, quedando éstos en una situación de incertidumbre jurídica porque las niñas, en ese momento, no tendrían la nacionalidad francesa, pero tampoco su filiación ha sido determinada. También, esto repercute negativamente en otros ámbitos del Ordenamiento Jurídico francés, porque los menores nacidos por maternidad subrogada no se consideran herederos, siendo necesario que hayan sido nombrados legatarios por sus progenitores para acceder a dicha herencia. De

⁹⁴ Hudoc.echr.coe.int. (2014). *HUDOC - European Court of Human Rights*. Recuperado 11 Agosto 2015, de: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179*#{"display":\["0"\],"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["65192/11"\],"itemid":\["001-145389"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179*#{)

⁹⁵ Hudoc.echr.coe.int. (2014). *HUDOC - European Court of Human Rights*. Recuperado 11 Agosto 2015, de: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180*#{"itemid":\["001-145180"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180*#{)

todos estos efectos podemos extraer que no se atiende al interés superior del niño siempre y cuando se determine en fraude de ley.

Cada Estado va a poder regular, conforme manifiesta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la manera que estime más adecuada estos negocios jurídicos por los que se concierta un vientre de alquiler, pudiendo abordar cualquiera de las siguientes opciones:

- ❖ Los Estados podrán prohibir la gestación por sustitución, negando cualquier efecto sobre la filiación del niño.
- ❖ Prohibir este proceso aunque con la particularidad del reconocimiento de efectos y de la inscripción, determinándose la filiación del niño.
- ❖ Regular la maternidad subrogada, esto es, admitir esta técnica y legislar sobre la misma, en lo que se refiere a su práctica, consecuencias de la filiación, capacidad para concertar este contrato, entre otras materias.⁹⁶

Por consiguiente, cualquiera de estas alternativas son perfectamente admisibles pero existe un criterio que todas las naciones deben tener en consideración para determinar su regulación o legislación con respecto a los vientres de alquiler: el interés superior del menor. Hay lugares concretos donde se inclinan por la tercera de las vías planteadas, es decir, legislar sobre esta institución, creando un régimen jurídico en esta disciplina que abarque la filiación derivada de la maternidad subrogada. Por ejemplo, esto ocurre en Argentina, donde su doctrina ha manifestado que la voluntad procreacional es el elemento clave para atribuir la filiación a un menor; de esta manera,

⁹⁶ DURÁN AYAGO, Antonia (2015). Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014. *Ars Iuris Salmanticensis*, 2(2), pp. 280-282. Recuperado de: http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/article/view/12785/13156; además, FLORES RODRÍGUEZ, Jesús (2014). Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso no 65192/11. *La Ley Derecho De Familia*, pp. 1-4. Recuperado de: http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin61/Articulos_61/Flores-Rodriguez.pdf; también disponible en: http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIj9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEozBiM3mkuwdaUcjKasqgcpIVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIHZ9-fB8_IorZ7L0nb3bo2dvdO9h58Asv87opquVnP1lc5Ms2x9_F-fXTavrmepV_dp6VTf4LF1nb5vVnz58_yxb6x--VX3_26vQnz16_Of6F-aSq3gZQf3-F9v8Aj8WYXG4AAAA=WKE; por último, REDACCIÓN NOTICIAS JURÍDICAS, (2014). *El TEDH declara contraria al Convenio Europeo de los derechos humanos la negativa a reconocer la filiación a los hijos nacidos de vientre de alquiler*. *Noticias Jurídicas*. Recuperado 11 Agosto 2015, de <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3900-el-tedh-declara-contraria-al-convenio-europeo-de-los-derechos-humanos-la-negativa-a-reconocer-la-filiacion-a-los-hijos-nacidos-de-ventre-de-alquiler/>

aquellas parejas homosexuales que no pueden tener hijos naturales para que se les reconozca la filiación deberán exteriorizar su voluntad procreacional.

Por otra parte, España o Francia acogen la primera posibilidad, por lo que prohíben la gestación por sustitución. Si bien es cierto que se trata de una técnica de creciente expansión que cada vez es más utilizada, estas naciones regulan la nulidad de pleno derecho de estos contratos, debido a que entienden que se produciría la explotación de la mujer sin recursos económicos, la comercialización del cuerpo o del niño, se vulnera la protección de la dignidad de la persona, etc.⁹⁷

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos acoge, al igual que la doctrina moderna, la última opción, esto es, la de constituir un estatuto jurídico a favor del niño desde el punto de vista tanto de la filiación, la nacionalidad así como los derechos sucesorios.

Los tribunales de casación han adoptado distintas medidas correspondientes a los menores nacidos mediante el empleo de estas técnicas. En este sentido, los niños y niñas serán puestos bajo la disposición de los servicios sociales, privándose así de la patria potestad a los padres comitentes, quienes pueden actuar de alguna de las siguientes formas: en primer lugar, continuar en el acogimiento; en segundo lugar, solicitar la adopción del menor; por último, en tercer lugar, reclamar la filiación biológica.

En opinión de FLORES RODRÍGUEZ, entiende que al poder otorgar la adopción de esos menores a personas diferentes se puede estar vulnerando el interés del menor, considerando que “al rechazar el establecimiento de un vínculo, doble o simple, de filiación con el padre o los padres de intención, salvo el biológico cuando es posible

⁹⁷ FLORES RODRÍGUEZ, Jesús (2014). Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso no 65192/11. *La Ley Derecho De Familia*, pp. 3 y 4. Recuperado de: http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin61/Articulos_61/Flores-Rodriguez.pdf; también disponible en: http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAO29B2AcSZYIji9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JB AEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcpIVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKriH9-fB8_IorZ7L0nb3bo2dvdO9h58Asv87opquVnP1lc5Ms2x9_F-fXTavrmpV_dp6VTf4LF1nb5vVnz58_yxb6x--VX3_26vQnz16_Of6F-aSq3gZQf3-F9v8Aj8WYXG4AAAA=WKE

respecto de uno de ellos, se genera una situación de desamparo, lo que, de facto, origina la desprotección jurídica del menor”.⁹⁸

Retomando lo dispuesto en las sentencias, se aprecia un incumplimiento del derecho a la vida privada y familiar de los menores nacidos por este proceso, vulnerando lo estipulado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Hay que tener en cuenta que, desde su nacimiento, los niños y niñas han convivido con los padres comitentes de la misma manera que cualquier otra familia, han constituido un vínculo familiar completamente normalizado. Así, considera el tribunal que la filiación forma parte del derecho a la identidad única, y éste último se integra en el derecho a la vida privada de los menores lo que provoca que la determinación de la filiación se encuentre íntimamente relacionada con la vida privada de los menores. Por otra parte, en ningún momento se transgrede el derecho a la vida familiar de los padres puesto que “los menores permanecerán con los padres intencionales y se mantendrá, por tanto, la convivencia habida hasta la fecha”.⁹⁹ Por tanto, estarían en una situación de convivencia familiar, no obstante, la filiación no está determinada jurídicamente entre padres e hijos.¹⁰⁰

⁹⁸ FLORES RODRÍGUEZ, Jesús (2014). Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso no 65192/11. *La Ley Derecho De Familia*, pp. 2 y 3. Recuperado de:

http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin61/Articulos_61/Flores-Rodriguez.pdf; también disponible en:
http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIJI9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEozBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9-fB8_IorZ7LONb3bo2dvdO9h58Asv87opquVnP1lc5Ms2x9_F-fXTavrmePv_dp6VTf4LF1nb5vVnz58_yxb6x--VX3_26vQnz16_Of6F-aSq3gZQf3-F9v8Aj8WYXG4AAAA=WKE

⁹⁹ PRESNO LINERA, Miguel Ángel, & JIMÉNEZ BLANCO, Pilar (2014). Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea. *Revista Española De Derecho Europeo*, 51, p. 34. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4831457> y también de:
<https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestacion-3b3n-por-sustitucion-3b3n-revista-espac3b1ola-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf>

¹⁰⁰ FLORES RODRÍGUEZ, Jesús (2014). Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso no 65192/11. *La Ley Derecho De Familia*, pp. 4 y 5. Recuperado de:

http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin61/Articulos_61/Flores-Rodriguez.pdf; también disponible en:
http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIJI9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEozBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9-fB8_IorZ7LONb3bo2dvdO9h58Asv87opquVnP1lc5Ms2x9_F-fXTavrmePv_dp6VTf4LF1nb5vVnz58_yxb6x--VX3_26vQnz16_Of6F-aSq3gZQf3-F9v8Aj8WYXG4AAAA=WKE; asimismo, PRESNO LINERA, Miguel Ángel, & JIMÉNEZ BLANCO, Pilar (2014). Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la

¿Han cometido los padres intencionales un fraude de ley? En las anteriores sentencias españolas analizadas pudimos contemplar como los tribunales consideraban que sí, al igual que ocurre por la Corte de casación francesa, ya que, los cónyuges, conociendo la prohibición de la gestación por sustitución por la legislación de su país se trasladan a California y Minnesota, donde este tipo de técnicas sí están permitidas. Sin embargo, desde otra perspectiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aborda un nuevo panorama en este ámbito, al establecer que la no inscripción en el Registro Civil francés de la filiación debido a un comportamiento en fraude de ley por los progenitores no puede damnificar o suponer un perjuicio para los menores nacidos por maternidad subrogada porque, de este modo, estaríamos ante una clara infracción de la vida privada de los menores.¹⁰¹

Finalmente, en el fallo de estas resoluciones se condena a Francia al reconocimiento de la filiación de los menores nacidos de vientres de alquiler por los fundamentos previamente mencionados así como abonar la cantidad de cinco mil euros por daños morales a cada uno de los niños.¹⁰²

La reciente jurisprudencia europea que examinamos tiene una gran relevancia e importancia porque ha significado una oposición con respecto a lo que los tribunales españoles venían dictaminando en estos supuestos, consagrando por encima de todas las cosas el interés superior del menor, incluso sobrepasando el orden público internacional con la que el Tribunal Supremo razona la no inscripción de los menores.

jurisprudencia española y europea. *Revista Española De Derecho Europeo*, 51, pp. 33-36. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4831457> y también de:

<https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestacion-por-sustitucion-revista-espac3b1ola-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf>; por último, DURÁN AYAGO, Antonia (2015). Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labasse c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014. *Ars Juris Salmanticensis*, 2(2), p. 282. Recuperado de:

http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/article/view/12785/13156

¹⁰¹ PRESNO LINERA, Miguel Ángel, & JIMÉNEZ BLANCO, Pilar (2014). Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea. *Revista Española De Derecho Europeo*, 51, pp. 35 y 36. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4831457> y también de:

<https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestacion-por-sustitucion-revista-espac3b1ola-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf>

¹⁰² REDACCIÓN NOTICIAS JURÍDICAS. (2014). *El TEDH declara contraria al Convenio Europeo de los derechos humanos la negativa a reconocer la filiación a los hijos nacidos de vientre de alquiler*. *Noticias Jurídicas*. Recuperado 14 Agosto 2015, de <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3900-el-tedh-declara-contraria-al-convenio-europeo-de-los-derechos-humanos-la-negativa-a-reconocer-la-filiacion-a-los-hijos-nacidos-de-vientre-de-alquiler/>

Por lo cual, y de acuerdo a esta vertiente jurisprudencial europea, la DGRN dictó una Circular el día 11 de julio de 2014 en la que dispone que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sigue siendo plenamente vigente y que, por consiguiente, deberá ser aplicado por los encargados del Registro Civil español, aún cuando el Tribunal Supremo haya decretado lo contrario. Por lo susodicho, se protege de nuevo el interés superior del menor al ser de aplicación esa Instrucción de la DGRN del año 2010.

Para proceder a esa inscripción se requiere que el cumplimiento de unas formalidades: para empezar, la gestación por sustitución debe haberse acordado en un estado donde se permita o se admita legalmente esta técnica; además, uno de los padres deberá ser español y, asimismo, progenitor de esos menores; para finalizar, la autoridad competente extranjera emitirá una resolución judicial firme de la que podemos derivar esa filiación. Si no se cumple alguna de estas condiciones no se podrá inscribir la filiación del menor.

Como ya aludimos anteriormente con respecto a la Instrucción del 5 de octubre de 2010, antes que nada, se tiene que producir el reconocimiento, ya sea por la vía del exequátur o del reconocimiento incidental, de la resolución judicial extranjera en la que se declara la filiación para que se pueda inscribir la misma en el Registro Civil español. En caso contrario, y de acuerdo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la no inscripción contraviene los derechos a la identidad única y derecho a la vida familiar del menor así como el principio del interés superior del mismo.

Como conclusión, esta jurisprudencia europea motivó que en los Registros Civiles españoles se procediera a la inscripción de los niños y niñas nacidos por maternidad subrogada en los diferentes países donde se permite. También, desencadena una reacción del poder legislativo español, estableciendo una reforma de la Ley de Registro Civil por la Ley 20/2011, de 21 de julio, que entrará en vigor el 30 de junio de 2017.¹⁰³

¹⁰³ LAMM, Eleonora (2015). Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto. *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 2(2), pp. 45-50. Recuperado de http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/article/view/12727/13115; además, VELA SÁNCHEZ, Antonio José (2014). *Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución «pueden» ser inscritos en el registro civil español A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014*. Recuperado 17 Agosto 2015, de: http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin63/Articulos_63/Vela-Sanchez.pdf

VI. Derecho comparado

En los diferentes apartados examinados, ya hemos indicado algunos estados donde se autoriza la posibilidad de concertar un contrato de vientre de alquiler, esto es, países donde se admite la maternidad subrogada. Sin embargo, también existen otros territorios en los cuales la gestación por sustitución no está legalmente regulada sino que, por el contrario, está prohibida o se declaran nulos los contratos en los que se pacte.

Antes de entrar a nombrar cada una de las naciones que aceptan o no esta técnica, debemos mencionar que el Parlamento Europeo sostuvo que se debía prohibir cualquier forma en virtud de la cual se entregara a la madre sustituta una contraprestación onerosa a cambio de la concesión del niño/a que ha gestado, determinando en todo caso la nulidad del contrato, siendo la mujer que da a luz la madre del menor. Esto se establece en la Resolución A 2-372/88 del Parlamento Europeo. En este sentido, el Informe Warnock (muy similar al Informe Palacios elaborado en España, sobre todo, en sus conclusiones finales) recomienda prohibir la maternidad subrogada así como también la “inexigibilidad de tales pretensiones ante los tribunales”¹⁰⁴, llegando incluso a interponerse sanciones penales cuando se realicen actos destinados a publicitar los vientres de alquiler. También, la Instrucción *Donum Vitae* declara completamente ilícita la maternidad subrogada porque entiende que transgrede los valores relativos “a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana”.¹⁰⁵ El Informe del Consejo de Europa expone que los pactos por los que se acuerde la gestación por sustitución deberían ser ineficaces, sin embargo, propone que, excepcionalmente, se pueda llevar a cabo pero siempre reservando la facultad de la madre gestante de romper su compromiso de entrega y quedarse con su hijo.

En cuanto a la legislación de los países de nuestros alrededores, ya hemos mencionado que en Francia este proceso no está permitido, de acuerdo a la Ley 94-653, de 29 de julio de 1994, sobre el respeto al cuerpo humano, pero no sólo eso, sino que, adicionalmente, regula la prohibición de donación de óvulos y embriones. Esta

¹⁰⁴ LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela (1994). La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo. *BFD: Boletín De La Facultad De Derecho De La UNED*, núm. 7, p. 328. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=175448&orden=211694&info=link>

¹⁰⁵ Unav.es (1987). *Instrucción Donum Vitae sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*. Recuperado 17 Agosto 2015, de <http://www.unav.es/cdb/ssdonumvitae.html>

regulación es compartida por Suiza, según se recoge en el artículo 119.2.d) de la Constitución Federal así como en el artículo 4 la Ley Federal sobre procreación médicamente asistida, de 18 de diciembre de 1998. Coincide con las normas españolas y francesas en el sentido de que decreta la nulidad de los contratos en los que se acuerde estas técnicas. Desde otro punto de vista, en Suecia no es que esté específicamente previsto en su normativa la prohibición de la maternidad subrogada aunque esto lo podemos inferir de que la maternidad en estos casos se atribuya siempre a la madre gestante que va a dar a luz al menor. Alemania también regula la prohibición y nulidad del contrato de gestación por sustitución en la ley alemana de protección del embrión 745/90 del 13 de diciembre de 1990, sancionando con pena privativa de libertad de hasta tres años o de multa para el caso de que se lleve a cabo.¹⁰⁶

Frente a esta postura de inadmisión de los vientres de alquiler, nos encontramos con países como Grecia donde se acepta esta técnica, otorgándose la presunción de maternidad a la mujer de la parte comitente (pudiéndose impugnar por la madre biológica en el plazo de seis meses desde que dio a luz, estableciendo la filiación a su favor con carácter retroactivo), aunque está sometida al cumplimiento de determinadas condiciones: en primer lugar, tanto la madre sustituta como la parte comitente deben tener su residencia habitual en este estado; en segundo lugar, se requiere una “autorización judicial previa a la transferencia del embrión a la gestante”¹⁰⁷, siempre que el contrato en el que se pacta este proceso no exista contraprestación onerosa, debiendo plasmarse por escrito; y, en tercer lugar, una solicitud de la parte comitente en la que se refleje su infertilidad, pudiendo la madre sustituta gestar al niño o niña.

En el Reino Unido, en principio, la intermediación y los contratos onerosos, ya sean individuales o colectivos, por los que se acuerde la maternidad subrogada serán ilícitos y sancionables de acuerdo a la Ley de Acuerdos de Subrogación de 16 de julio de 1985. La madre del menor nacido por esta técnica será la madre sustituta aunque, en contraposición, se puede obtener una orden judicial en la que se determine la filiación a favor de la parte comitente, para lo cual es necesario cumplir una serie de requerimientos:

¹⁰⁶ LAMM, Eleonora (2012). Gestación por sustitución. *Indret. Revista Para El Análisis Del Derecho*, pp. 11 y 12. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3994926&orden=355136&info=link>

¹⁰⁷ JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, p. 124.

- El material reproductor procede de uno de las personas que integran la parte comitente.

- Se solicita la orden judicial que atribuya la filiación en el plazo de seis meses desde el nacimiento.

- Tanto el padre como la madre comitente deben ser mayores de 18 años.

- Los padres biológicos deben prestar su consentimiento de una manera libre y consciente de lo que ello conlleva.

- Es independiente el territorio en el que se encontraba la gestante en el momento de la transferencia del embrión.

Una vez cumplidos todos estos requisitos, el tribunal realizará una serie de comprobaciones destinadas a verificar que se trata de un proceso totalmente gratuito en el que no se ha otorgado ninguna contraprestación económica para conseguir el pacto, el consentimiento de los padres, etc.

Igualmente, la legislación de Bélgica contempla la gestación por sustitución desde la perspectiva del reconocimiento, de modo que, una vez producido éste por la mujer de la parte comitente, se determina la filiación materna, sin que exista impugnación posible si hay posesión de estado.

En Estados Unidos, estados como Florida, Minnesota o California permiten la maternidad subrogada, sin embargo, otros estados como Nueva York lo prohíben. También Canadá la admite pero siempre teniendo en cuenta el carácter gratuito de este tipo de contratos.¹⁰⁸

Siguiendo esta línea de algunos estados de Estados Unidos, encontramos países donde los vientres de alquiler están permitidos de una manera absoluta como puede ser en Georgia, Ucrania, Rusia o la India.¹⁰⁹

Finalmente, observamos como lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consagra en su jurisprudencia en cuanto a las posibilidades de regulación de

¹⁰⁸ JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, pp. 120-126.

¹⁰⁹ LAMM, Eleonora (2012). Gestación por sustitución. *Indret. Revista Para El Análisis Del Derecho*, pp. 11 y 12. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3994926&orden=355136&info=link>

este proceso en los distintos países se cumple en el plano jurídico internacional, debido a que algunos estados optan por la prohibición y la nulidad de los contratos de vientres de alquiler (España, Francia o Alemania), otros permiten y aceptan totalmente estas técnicas, creando una regulación legal para las mismas (Ucrania, Georgia, algunos estados de Estados Unidos como California) y, por último, otros la admiten aunque sometidos al cumplimiento de determinados requisitos (Reino Unido o Grecia).¹¹⁰

¹¹⁰ LAMM, Eleonora (2012). Gestación por sustitución. *Indret. Revista Para El Análisis Del Derecho*, pp. 11-17. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3994926&orden=355136&info=link>; JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, pp. 120-126.

VII. Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil

Como advertimos en el epígrafe quinto, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que determinaron la inscripción de la filiación en el Registro Civil de Francia a menores nacidos por gestación por sustitución aunque esta técnica de reproducción asistida no está permitida en ese estado, causaron una reacción por el Gobierno español (al tratarse de un caso muy similar al resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de febrero de 2014) en el sentido de introducir en la reforma de la nueva Ley de Registro Civil 20/2011, de 21 de julio, una regulación que admita la inscripción en el Registro Civil de los niños y niñas nacidos por maternidad subrogada en países donde este proceso esté habilitado legalmente, con la condición necesaria de que la madre sustituta conste como madre y la parte comitente presente en España la sentencia judicial que se dicta en el país de origen. En consecuencia, siempre que exista esa resolución judicial extranjera se va a proceder a un control de orden público previo al reconocimiento de la misma. Esto se realizara mediante la vía recogida en el artículo 98.2 en relación con el artículo 96 de la nueva Ley de Registro Civil, de modo que para la inscripción de esa decisión de la autoridad extranjera competente se requiere instar un exequátur (artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881) ante los tribunales o ante el Encargado del Registro Civil (en aquellos procedimientos análogos al de jurisdicción voluntaria previsto en nuestro país), que deberá proceder a verificar el cumplimiento de requisitos tales como: *“la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados, que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española, que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento y que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español”* (artículo 96 Ley del Registro Civil).

Por otro lado, si la parte comitente únicamente dispusiera de certificación registral pero no de la resolución judicial extranjera, ésta será sometida a un doble control destinado a observar si esa certificación es compatible con el orden público pero también con la ley, siempre y cuando fuera aplicable el Ordenamiento Jurídico español *“designado por las normas españolas de Derecho Internacional Privado”* (artículo 98.1

de la Ley de Registro Civil).¹¹¹ De esto se deriva que, a diferencia de lo que establecía la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, en la que no se admitía como título apto para la inscripción de la filiación una certificación registral extranjera o la declaración (acompañada de certificación médica), puede constar en el Registro Civil la filiación teniendo en cuenta la certificación de asientos extendidos en el extranjero.¹¹²

Sin embargo, esta modificación fue muy polémica ya que generaba situaciones muy complicadas; por ejemplo, en el caso de que la madre gestante hubiera contraído matrimonio previamente, se necesitaría el consentimiento de su marido así como la resolución judicial emitida por la autoridad extranjera competente, que será objeto de reconocimiento por la vía del exequátur. Las asociaciones como “Son nuestros hijos” proponen que se respete lo dispuesto en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, garantizando de esta forma la identidad de los menores; además, que consten como progenitores los padres comitentes y que sea el funcionario encargado del Registro Civil Consular quien controle la entrada de la resolución judicial extranjera en la que se determina la filiación.

El fuerte apoyo que recibió esta asociación motivó a que el Ministerio de Justicia se comprometiese a adaptar la legislación del Registro Civil a la jurisprudencia europea, lo que supone que la madre gestante no figure como madre y que el procedimiento del exequátur no sea obligatorio, por lo que la inscripción se realizará de forma directa.¹¹³

¹¹¹ PRESNO LINERA, Miguel Ángel, & JIMÉNEZ BLANCO, Pilar (2014). Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea. *Revista Española De Derecho Europeo*, 51, p. 36. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4831457> y también de:

<https://presnoliner.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestacion-3b3n-por-sustitucion-3b3n-revista-espac3b1ola-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf>; además, DE TORRES PEREA, José Manuel. (2014). *Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor*, p. 10. Recuperado 19 Agosto 2015, de: http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin59/Articulos_59/Torres-Perea.pdf

¹¹² VELA SÁNCHEZ, A. (2014). *Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución «pueden» ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014*, pp. 6-9. Recuperado 19 Agosto 2015, de: http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin63/Articulos_63/Vela-Sanchez.pdf

¹¹³ LAMM, Eleonora (2015). Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto. *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 2(2), pp. 48-50. Recuperado de http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/article/view/12727/13115; además, REDACCIÓN NOTICIAS JURÍDICAS,. (2014). *Justicia se compromete a adecuar la legislación para facilitar la inscripción en el Registro Civil de los niños nacidos de 'vientres de alquiler'*. *Noticias Jurídicas*. Recuperado 18 Agosto 2015, de <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3927-justicia-se-compromete-a-adecuar-la-legislacion-para-facilitar-la-inscripcion-en-el-registro-civil-de-los-ninos-nacidos-de-039;vientres-de-alquiler039/>

En cambio, este compromiso se ha visto afectado por lo dispuesto por el Tribunal Supremo en el auto de 2 de febrero de 2015¹¹⁴, conforme al cual se resolvía el incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia de 6 de febrero de 2014. De esta forma, el Alto Tribunal considera que no se ha producido vulneración del derecho a la vida privada y familiar así como el derecho a la identidad por la no inscripción de los menores en el Registro Civil.

Esta resolución se fundamenta en que el caso francés que se planteó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es distinto al supuesto objeto del incidente de nulidad de actuaciones de la sentencia de 6 de febrero de 2014. En primer lugar, porque la decisión de la Corte de Casación francesa supone el no reconocimiento de la filiación en el Registro Civil incluso del padre biológico del menor nacido por gestación por sustitución, puesto que el varón de la parte comitente es quien aportó el material reproductor; es decir, el tribunal francés no tuvo en cuenta la filiación paterna del varón de la parte comitente. Esto no ocurrió en la sentencia emanada en España en la que el Tribunal Supremo permite la determinación de la filiación paterna a favor del padre biológico mientras que, por la adopción o el acogimiento, su cónyuge podrá protegerse legalmente a los menores.

Asimismo, se distingue de la sentencia francesa en el sentido de que en España podrá adquirir la nacionalidad y tendrá derecho a la herencia una vez se atribuya la filiación al padre biológico y a su cónyuge mediante, por ejemplo, la adopción.

Otra distinción importante que se debe resaltar es que en Tribunal español sí tiene en cuenta el respeto al principio del interés superior del menor, protegido por el artículo 10 del TRLHA, dictaminando que el Ministerio Fiscal deberá realizar las actuaciones correspondientes para determinar la filiación, procurando la integración de los niños en la convivencia familiar.

Finalmente, el objeto de resolución en este litigio consistía en dictaminar cuál era la relación entre los padres comitentes y los niños nacidos por gestación por sustitución. En España, estas personas no pueden ser consideradas como padres de los

¹¹⁴ Poderjudicial.es,. (2015). *Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015*. Recuperado 19 Agosto 2015, de: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7288332&links=derecho%20internacional%20privado&optimize=20150213&publicinterface=true>

menores puesto que la maternidad subrogada, técnica de reproducción asistida por la que se produjo el nacimiento, es un contrato nulo de pleno derecho.

Por lo tanto, la filiación se determina teniendo en cuenta las normas de orden público españolas, según las cuales, lo relevante para ello es la maternidad o paternidad biológica “y el establecimiento de lazos filiales como consecuencia de la existencia de un núcleo familiar de facto en el que estén integrados los menores, el progenitor biológico y su cónyuge, como por ejemplo los derivados de la adopción”.¹¹⁵

Por otra parte, el Tribunal Supremo en la sentencia no contraviene el derecho a la vida privada de los menores del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, porque no se vulnera este derecho por el simple hecho de existir una decisión judicial relativa a la filiación. Por consiguiente, a los niños se les va a tener que otorgar una identidad o estatus que, para el caso de España, se llevara a cabo por la vía de la filiación biológica, por la vía de la adopción o por la posesión de estado civil, entendiéndose por esto último “una situación de hecho a través de la cual se manifiesta o puede inferirse la existencia de una relación de filiación”.¹¹⁶ De este modo se va a demorar la inscripción de los menores en el Registro Civil español hasta que se realice en base a lo estipulado en las normas españolas, sin que ello suponga un perjuicio a la vida privada del menor, de forma que, una vez cumplidos, se determinara la filiación con todo lo que ello conlleva desde el punto de vista de la nacionalidad o los derechos hereditarios a diferencia de lo que sucede con el litigio francés referido a la no inscripción en el Registro Civil, que provocaban tal incertidumbre jurídica para los menores que no tendrían atribuida la filiación conforme a la legislación francesa.

En definitiva, este auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 tiene una gran relevancia debido a que ha desencadenado que la reforma que el proyecto de ley de Medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil establecía con respecto al artículo 44 de la Ley del Registro Civil (añadiendo un párrafo séptimo en el que se dispone: “*En los casos de nacimiento fuera*

¹¹⁵ REDACCIÓN NOTICIAS JURÍDICAS,. (2015). *La negativa a la inscripción en el Registro Civil de la filiación de unos menores nacidos de vientre de alquiler, no vulnera los derechos fundamentales de los mismos.. Noticias Jurídicas*. Recuperado 19 Agosto 2015, de: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/9139-la-negativa-a-la-inscripcion-en-el-registro-civil-de-la-filiacion-de-unos-menores-nacidos-de-vientre-de-alquiler-no-vulnera-los-derechos-fundamentales-de-los-mismos/>

¹¹⁶ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. (2013). *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil VI*. Madrid: Marcial Pons, 12º edición, p. 283.

*de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, (...) para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur*¹¹⁷, así como la concesión de un plazo de 6 meses para la inscripción de los nacidos por esta técnica) no se haya llevado finalmente a cabo en este ámbito de la maternidad subrogada.¹¹⁷

¹¹⁷ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto (2015). El nuevo Auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución y la evolución de la jurisprudencia europea. *Pedro de Miguel Asensio*. Recuperado de <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/03/el-nuevo-auto-del-tribunal-supremo.html>; también, REDACCIÓN NOTICIAS JURÍDICAS,. (2015). *La negativa a la inscripción en el Registro Civil de la filiación de unos menores nacidos de vientre de alquiler, no vulnera los derechos fundamentales de los mismos.. Noticias Jurídicas*. Recuperado 19 Agosto 2015, de: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/9139-la-negativa-a-la-inscripcion-en-el-registro-civil-de-la-filiacion-de-unos-menores-nacidos-de-vientre-de-alquiler-no-vulnera-los-derechos-fundamentales-de-los-mismos/>; por último, REDACCIÓN NOTICIAS JURÍDICAS,. (2015). *La inminente reforma del Registro Civil no modificará el actual procedimiento para inscribir a los niños nacidos por vientre de alquiler.. Noticias Jurídicas*. Recuperado 19 Agosto 2015, de: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10199--la-inminente-reforma-del-registro-civil-no-modificara-el-actual-procedimiento-para-inscribir-a-los-ninos-nacidos-por-vientre-de-alquiler/>

VIII. Conclusiones

La gestación por sustitución es un contrato en virtud del cual la parte comitente (los futuros padres del menor) entregan una determinada cantidad de dinero, aunque también puede ser gratuito este pacto, a cambio de que la madre sustituta desarrolle la gestación del niño y, una vez nacido, lo entregue, renunciando a cualquier derecho o pretensión de maternidad que sobre el menor pudiera tener.

Este tipo de negocios jurídicos están prohibidos en el Ordenamiento Jurídico español en el artículo 10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana en cuya virtud los acuerdos por los que se concierte la maternidad subrogada son nulos de pleno derecho.

Como consecuencia de lo anterior, las personas que quieren ser padres y no puedan tener hijos por motivos médicos o de otra clase acuden cada vez más a otros países donde esta técnica está admitida o permitida. Una vez se desplazan a ese estado, pactan con una mujer el alquiler de su útero, recibiendo ésta como contraprestación una cantidad económica, salvo que lo haga gratuitamente por unirle lazos familiares, de amistad u otras razones con la parte comitente. Tras esto, la madre sustituta o gestante da a luz al menor y lo entrega a la contraparte con la que se comprometió a ello.

Para inscribir al menor como español en el Registro Civil, es necesario que conste en el Registro Civil Consular del lugar en el que se haya pactado ese contrato la correspondiente filiación a favor de los padres que formaban la parte comitente del convenio. Éste expedirá la correspondiente resolución judicial, dándose traslado de la misma al Registro Civil español, a través del exequátur de esa decisión del tribunal salvo en el caso de que se trate de un procedimiento similar a la jurisdicción voluntaria, en cuyo caso se lleva a cabo el reconocimiento incidental.

Por consiguiente, si el contrato de vientre de alquiler se celebra en nuestro país, éste va a ser nulo de pleno derecho y la filiación se va a atribuir a la mujer gestante, esto es, a la mujer que ha dado luz al niño y, si ha aportado gametos masculinos, se le otorgará la filiación paterna al padre comitente. En estos casos, podrán optar por la adopción o el acogimiento del menor la madre no biológica o los padres (en el caso de que ninguno de los dos haya aportado material reproductor en la gestación).

Es conveniente resaltar que la maternidad subrogada es un proceso en exponencial expansión, esto es, cada vez son más las familias que optan por esta alternativa aunque también supone un alto coste económico que será mayor o menor dependiendo de la nación en la que se realice.

A nivel mundial, existen distintas inclinaciones a la hora de regular esta figura: en primer lugar, como ocurre en España o Francia se prohíbe o se declaran nulos los acuerdos en los que se pacte la gestación por sustitución, sin que pueda desplegar ningún tipo de efecto; en segundo lugar, nos encontramos con territorios donde no se recoge absolutamente esta técnica sino que su admisión está sometida al cumplimiento de ciertos requisitos como puede ser que tanto la parte comitente como la madre subrogada tengan su residencia en el país donde se estipule el contrato o possibilitándose que gratuitamente se permita optar por los contratos de vientre de alquiler (Grecia o Reino Unido, por ejemplo); por último y, en tercer lugar, algunos estados han optado por establecer una completa regulación del estatuto jurídico de este fenómeno, para determinar en su normativa los diversos efectos que pueda tener este tipo de contratos.

Sin embargo, en los últimos años se puede apreciar una predilección por la tercera de las opciones enumeradas en el párrafo anterior, en el sentido de tratar de flexibilizar y regular la gestación por sustitución. Algunas naciones han promulgado esta legislación más o menos recientemente como Sudáfrica en 2010 o en Rusia en 2011, lo que parece guiarnos a que en un futuro (que puede estar próximo) en la mayoría de territorios internacionales se termine por permitir legalmente este proceso.¹¹⁸

Desde mi punto de vista, esta tendencia de regulación de la gestación por sustitución es conveniente y apropiada para que aquellas personas que no puedan tener hijos acudan a esta técnica mediante la cual lograr la posibilidad de ser padres. Ciertamente es que plantearía determinados problemas relativos a la comercialización de los menores o del cuerpo humano, pero con una normativa completa en la que se recoja todos los ámbitos a los que afecta la maternidad subrogada pueden solucionarse estos inconvenientes. De este modo, el Derecho se ha ido adaptando a la realidad social y científica de la actualidad, por ello, si la ciencia lo permite se debe otorgar una respuesta

¹¹⁸ LAMM, Eleonora (2012). Gestación por sustitución. *Indret. Revista Para El Análisis Del Derecho*, pp. 11-17. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3994926&orden=355136&info=link>

jurídica por el legislador a través de la cual la filiación de los menores así como su identidad quede determinada, siendo esto lo más importante, es decir, el cumplimiento del principio del interés superior del menor.

En nuestro país se puede reconocer la filiación de un menor nacido de vientre de alquiler en un estado donde esto se permita, lo que, en cierta medida, eleva los gastos que debe afrontar una persona que desee tener un hijo porque no sólo habría que cubrir el desplazamiento sino los gastos de asistencia médica de la madre gestante, entre otros. Por tanto, no todos van a poder acceder a este proceso, estando configurado para aquellas personas que tienen un nivel adquisitivo más o menos importante y se lo puedan permitir. Con una regulación se podría plantear la posibilidad de que, para determinados supuestos, esta técnica de reproducción asistida fuera gratuita, permitiendo que aquellos que lo deseen (ya sean parejas de hecho o matrimonios heterosexuales, homosexuales, hombres o mujeres solos) puedan acceder a la misma, independientemente de su disponibilidad económica.

Finalmente, como conclusión, y a la vista del crecimiento que la gestación por sustitución está inmersa en los últimos tiempos, la opción de la regulación es la que probablemente impere en un futuro, por lo que permitir la inscripción de los menores sin lo que pueda parecer trámites interminables y costosos constituye un mecanismo oportuno a través del cual los menores tengan determinada su filiación y todos los efectos que ello conlleva, por ejemplo, en cuanto a nacionalidad, permitiendo así integrar en una familia al menor, cumpliendo el sueño de los padres que, por una causa u otra, no tengan tal posibilidad.

IX. Bibliografía

MONOGRAFÍAS

ABELLÁN, F., & SÁNCHEZ CARO, J. (2009). *Bioética y ley en reproducción humana asistida*. Granada: Comares.

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

DE PABLO CONTRERAS, P., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M., & PARRA LUCÁN, M. (2008). *Curso de Derecho Civil I. Derecho Privado. Derecho de la Persona* (3rd ed.). Madrid: Colex.

FORNER DELAYGUA, J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., VIÑAS FARRÉ, R., & BORRÁS RODRÍGUEZ, A. *Entre Bruselas y La Haya*. Madrid: Marcial Pons.

JARUFE CONTRERAS, D. (2013). *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2013). *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia* (12th ed.). Madrid: Marcial Pons.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., & PÉREZ ÁLVAREZ, M. (2013). *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia* (4th ed.). Madrid: Colex.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ALVÁREZ, M., & PARRA LUCÁN, M. (2000). *Curso de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Madrid: Colex.

MUÑOZ CONDE, F. (2013). *Derecho Penal Parte Especial* (19th ed.). Valencia: Tirant lo blanch.

PÉREZ MONGE, M. (2002). *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales.

TORRES FERNÁNDEZ, M. (2003). *El tráfico de niños para su "adopción" ilegal*. Madrid: Dykinson S.L.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

ALVÁREZ DE TOLEDO, L. (2014). El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 6 (nº2), 5-49. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5008686&orden=0&info=link>

BATALLER I RUIZ, E. (2015). Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº2, 777-788. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5028300&orden=1&info=link>

CALVO CARAVACA, A., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011). Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, 3 (nº1), 247-262. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3727376&orden=314076&info=link>

DE TORRES PEREA, J. (2014). 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), 1-17. Recuperado de: http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin59/Articulos_59/Torres-Perea.pdf

DURÁN AYAGO, A. (2014). Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014). Gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España. *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: Revista Europea E Iberoamericana De Pensamiento Y Análisis De Derecho, Ciencia Política Y Criminología*, 2, 277-282. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5060385&orden=0&info=link>

DURÁN AYAGO, A. (2014). Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014. Interés superior del menor y gestación por sustitución. *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: Revista Europea E Iberoamericana De Pensamiento Y Análisis De Derecho, Ciencia Política Y Criminología*, 2(nº2), 280-282. Recuperado de:

http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/article/view/12785

FLORES RODRÍGUEZ, J. (2014). Vientres de alquiler, más cerca de su reconocimiento legal en Europa: comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso n.º 65192/11. *La Ley Derecho De Familia*, (n.º 8363), 1-6. Recuperado de [http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt_SvVK1-](http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAZO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIHz9-fB8_IorZ7LOnb3bo2dvdO9h58Asv87opquVnP1lc5Ms2x9_F-fXTavrmepV_dp6VTf4LF1nb5vVnz58_yxb6x--VX3_26vQnz16_Of6F-aSq3gZQf3-F9v8Aj8WYXG4AAAA=WKE)

[B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAZO2dvPfee--](http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAZO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIHz9-fB8_IorZ7LOnb3bo2dvdO9h58Asv87opquVnP1lc5Ms2x9_F-fXTavrmepV_dp6VTf4LF1nb5vVnz58_yxb6x--VX3_26vQnz16_Of6F-aSq3gZQf3-F9v8Aj8WYXG4AAAA=WKE)

[999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIHz9-](http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAZO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIHz9-fB8_IorZ7LOnb3bo2dvdO9h58Asv87opquVnP1lc5Ms2x9_F-fXTavrmepV_dp6VTf4LF1nb5vVnz58_yxb6x--VX3_26vQnz16_Of6F-aSq3gZQf3-F9v8Aj8WYXG4AAAA=WKE)

[fB8_IorZ7LOnb3bo2dvdO9h58Asv87opquVnP1lc5Ms2x9_F-](http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAZO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIHz9-fB8_IorZ7LOnb3bo2dvdO9h58Asv87opquVnP1lc5Ms2x9_F-fXTavrmepV_dp6VTf4LF1nb5vVnz58_yxb6x--VX3_26vQnz16_Of6F-aSq3gZQf3-F9v8Aj8WYXG4AAAA=WKE)

[fXTavrmepV_dp6VTf4LF1nb5vVnz58_yxb6x--VX3_26vQnz16_Of6F-aSq3gZQf3-](http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAZO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIHz9-fB8_IorZ7LOnb3bo2dvdO9h58Asv87opquVnP1lc5Ms2x9_F-fXTavrmepV_dp6VTf4LF1nb5vVnz58_yxb6x--VX3_26vQnz16_Of6F-aSq3gZQf3-F9v8Aj8WYXG4AAAA=WKE)

[F9v8Aj8WYXG4AAAA=WKE](http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAZO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIHz9-fB8_IorZ7LOnb3bo2dvdO9h58Asv87opquVnP1lc5Ms2x9_F-fXTavrmepV_dp6VTf4LF1nb5vVnz58_yxb6x--VX3_26vQnz16_Of6F-aSq3gZQf3-F9v8Aj8WYXG4AAAA=WKE)

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. (2012). La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales. *Anuario De La Facultad De Derecho - Universidad De Alcalá V*, 365-381. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4133484&orden=375824&info=link>

LAMM, E. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *Revista Para El Análisis Del Derecho*, 1-49. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3994926&orden=355136&info=link>

LAMM, E. (2014). Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto. *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: Revista Europea E Iberoamericana De Pensamiento Y Análisis De Derecho, Ciencia Política Y Criminología*, 2(nº2), 43-50. Recuperado de:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5060370&orden=0&info=link>

LEONSEGUI GUILLOT, R. (1994). La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo. *Boletín De La Facultad De Derecho*, núm. 7, 317-338. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=175448&orden=211694&info=link>

MINISTERIO DE JUSTICIA,. (2011). Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Registro Civil). *Boletín Del Ministerio De Justicia*, 4-33. Recuperado de: https://98d4889d-a-62cb3a1a-sites.googlegroups.com/site/resolucionesdgrnregistrocivil/biblioteca-virtual/Resoluciones%20DGRN%2030%20-%20JUNIO%202011%20%28parte%201%29.pdf?attachauth=ANoY7cq4W1pmnjbyCWW5xcQWkr21D3gSmRwXwFIYomxa0FF5sG1L5YAKVe4pSNtkwscuIjXTRJDbsjbVt3bchTaZh2CSqwyDaVlbuPDeOD2xZiajuaSAGRMgsAypqBgCGgUfhYROxiH6PYvsYBwTbwTekFviyAE1E5jy9TT1s0OtcDZ_OFu-h6bWjKdps0beGHRi4oi606WUFqpAI643XuTM3oSW6M7wulkpNjAJ6QHIKnBMtFmO8rvKvr3axmzA_uMzLPCbDheoSaNhD6LyewUzeMU4S0VVp1Kwh-fYKy-g53F8E6IY_Rddb33xd7DdSEHCq4pp34ep&attredirects=2

PRESNO LINERA, M., & JIMÉNEZ BLANCO, P. (2014). Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea. *Revista Española De Derecho Europeo*, nº51, 1-39. Recuperado de: <https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestacion3b3n-por-sustitucion3b3n-revista-espac3b1ola-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf>

RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2014). La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos. *Revista Sobre La Infancia Y La Adolescencia*, 6, 38-50. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4932879.pdf>

SOUTO GALVÁN, B. (2005). Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho. *Foro, Nueva Época*, núm. 1/2005, 275-292. Recuperado de: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1387256&orden=166008&info=link>

VELA SÁNCHEZ, A. J. (2011). La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. *Diario La Ley*, nº 7608.

Recuperado de: <http://www.vientredealquiler.com/index.php/glosario/321-la-gestacion-por-sustitucion-o-maternidad-subrogada-el-derecho-a-recurrir-a-las-madres-de-alquiler>.

VELA SÁNCHEZ, A.J. (2014). Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución «pueden» ser inscritos en el registro civil español A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014. *Diario La Ley*, (nº 8415), 1-13. Recuperado de: http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin63/Articulos_63/Vela-Sanchez.pdf

WEBGRAFÍA:

20minutos.es (2010). *Cristiano Ronaldo habría utilizado a una "madre de alquiler" para tener a su hijo*. Recuperado de <http://www.20minutos.es/noticia/758864/0/cristiano/ronaldo/padre/>

Boe.es (2010). *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*. Recuperado de <http://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>

DE MIGUEL ASENSIO, P. (2015). El nuevo Auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución y la evolución de la jurisprudencia europea. *Pedro de Miguel Asensio*. Recuperado de: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/03/el-nuevo-auto-del-tribunal-supremo.html>

Hudoc.echr.coe.int (2014). *HUDOC - European Court of Human Rights*. Recuperado de: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001145179*#{ "display":\["0"\],"languageisocode":\["EN G"\],"appno":\["65192/11"\],"itemid":\["001-145389"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001145179*#{%22display%22:%22%20%22,%22languageisocode%22:%22EN%22,%22appno%22:%2265192/11%22,%22itemid%22:%22001-145389%22}})

Hudoc.echr.coe.int (2014). *HUDOC - European Court of Human Rights*. Recuperado de: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180*#{ "itemid":\["001-145180"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180*#{%22itemid%22:%22001-145180%22}})

Noticias Jurídicas (2014). *Justicia se compromete a adecuar la legislación para facilitar la inscripción en el Registro Civil de los niños nacidos de 'vientres de alquiler'*. *Noticias Jurídicas*. Recuperado de:

[http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3927-justicia-se-compromete-a-adecuar-la-legislacion-para-facilitar-la-inscripcion-en-el-registro-civil-de-los-ninos-nacidos-de-039;vientres-de-alquiler039;/](http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3927-justicia-se-compromete-a-adecuar-la-legislacion-para-facilitar-la-inscripcion-en-el-registro-civil-de-los-ninos-nacidos-de-039;vientres-de-alquiler039/)

Noticias Jurídicas (2014). *El TEDH declara contraria al Convenio Europeo de los derechos humanos la negativa a reconocer la filiación a los hijos nacidos de vientre de alquiler*. Recuperado de: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3900-el-tedh-declara-contraria-al-convenio-europeo-de-los-derechos-humanos-la-negativa-a-reconocer-la-filiacion-a-los-hijos-nacidos-de-vientre-de-alquiler/>

LEÓN, Pablo (2015). *Papá, mamá y la tía Samantha*. *elpais.com*. Recuperado de: http://politica.elpais.com/politica/2015/01/24/actualidad/1422116335_391939.html

Poderjudicial.es (1998). *Auto del Tribunal Supremo 1429/1998, de 1 de diciembre*. Recuperado de: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=1016847&links=jurisdccion%20voluntaria&optimize=20060118&publicinterface=true>

Poderjudicial.es (1998). *Auto del Tribunal Supremo 399/1998, de 29 de septiembre*. Recuperado de: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=1045174&links=jurisdccion%20voluntaria&optimize=20060105&publicinterface=true>

Poderjudicial.es (2011). *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 826/2011, de 23 de noviembre*. Recuperado de: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6206345&links=objeto%20del%20comercio%20de%20los%20hombres&optimize=20111209&publicinterface=true>

Poderjudicial.es (2014). *Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014.*. Recuperado de: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6958977&links=&optimize=20140214&publicinterface=true>

Poderjudicial.es (2015). *Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015*. Recuperado de:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7288332&links=derecho%20internacional%20privado&optimize=20150213&publicinterface=true>

Poderjudicial.es (2015). *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 292/2015, de 30 de marzo*. Recuperado de:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7354709&links=pension%20gestacion%20por%20sustitucion&optimize=20150422&publicinterface=true>

Poderjudicial.es (2015). *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha 603/2015, de 27 de mayo*. Recuperado de:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7396566&links=pension%20gestacion%20por%20sustitucion&optimize=20150603&publicinterface=true>

PORCEL, M. (2011). *Miguel Bosé, padre de gemelos*. *elpais.com*. Recuperado de: http://elpais.com/elpais/2011/04/27/actualidad/1303886929_850215.html

REDACCIÓN NOTICIAS JURÍDICAS (2014). *Los hijos nacidos de vientre de alquiler no pueden ser inscritos en el Registro Civil español*. Noticias Jurídicas. Recuperado de: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3533-los-hijos-nacidos-de-ventre-de-alquiler-no-pueden-ser-inscritos-en-el-registro-civil-espanol/>

REDACCIÓN NOTICIAS JURÍDICAS (2015). *La inminente reforma del Registro Civil no modificará el actual procedimiento para inscribir a los niños nacidos por vientre de alquiler*. Noticias Jurídicas. Recuperado de:

<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10199--la-inminente-reforma-del-registro-civil-no-modificara-el-actual-procedimiento-para-inscribir-a-los-ninos-nacidos-por-ventre-de-alquiler/>

REDACCIÓN NOTICIAS JURÍDICAS (2015). *La negativa a la inscripción en el Registro Civil de la filiación de unos menores nacidos de vientre de alquiler, no vulnera los derechos fundamentales de los mismos*. Noticias Jurídicas. Recuperado de:

<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/9139-la-negativa-a-la-inscripcion-en-el-registro-civil-de-la-filiacion-de-unos-menores-nacidos-de-ventre-de-alquiler-no-vulnera-los-derechos-fundamentales-de-los-mismos/>

REDACCIÓN NOTICIAS JURÍDICAS (2015). *La negativa a la inscripción en el Registro Civil de la filiación de unos menores nacidos de vientre de alquiler, no vulnera los derechos fundamentales de los mismos*. *Noticias Jurídicas*. Recuperado de: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/9139-la-negativa-a-la-inscripcion-en-el-registro-civil-de-la-filiacion-de-unos-menores-nacidos-de-vientre-de-alquiler-no-vulnera-los-derechos-fundamentales-de-los-mismos/>

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia 193/2010, de 15 de septiembre (2010). Recuperado de: <http://pendientedemigracion.ucm.es/centros/cont/descargas/documento23064.pdf>

Sumédico.com (2010). *Elton John recurre a maternidad subrogada*. Recuperado de: <http://www.sumedico.com/nota6127.html>

Unav.es (1999). *Instrucción Donum Vitae sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*. Recuperado de: <http://www.unav.es/cdb/ssdonumvitae.html>

X. Anexos

1.- Contrato de maternidad subrogada en Rusia.

CONTRATO N° _____

sobre la prestación de servicios de la maternidad subrogada

ciudad _____ a «_____» de _____ de 20_____

Nosotros, matrimonio de (nombre, patronímico, apellido de la madre genética)

ciudadana _____, pasaporte serie _____, N° _____,

expedido el «_____» de _____ de 20_____, _____

residente en el domicilio _____ y (nombre, patronímico, apellido del padre

genético) ciudadano _____, pasaporte serie N° _____, expedido

el «_____» de _____ de 20_____, _____ residente en el

domicilio _____

_____, denominados en adelante "Padres Genéticos (PG)" _____ y (nombre,

patronímico, apellido de la madre subrogada) ciudadana de la Federación de Rusia,

pasaporte serie _____, N° _____, expedido el «_____»

de _____ de 20_____, residente en el domicilio _____,

denominada en adelante "Madre subrogada (MS)", contraen el presente Contrato sobre

lo siguiente:

1. OBJETO DEL CONTRATO

1.1. El objeto del presente Contrato es el consentimiento voluntario y consiente de las partes para la participación en el programa de "Maternidad subrogada" rigiéndose por las condiciones y de acuerdo con las cláusulas del presente Contrato, es decir la gestación por la MS del embarazo producido después del trasplante a la cavidad del útero de la MS de los embriones, que son el resultado de la realización del procedimiento de la fecundación extracorporal utilizando los gametos de los PG.

1.2. Las partes participan en el programa de la "Maternidad Subrogada" basándose y de

conformidad con el Código Civil de la Federación de Rusia, artículos 47, 51 punto 4, 52 punto 3 del Código de Familia de la Federación de Rusia, con el artículo 35 de las Bases Legislativas de la Federación de Rusia sobre la protección de la salud del 22.06.93 N° 5487, artículo 16 punto 5 de la Ley Federal “Sobre el estado civil” del 15-11-1997 N° 143-FZ, Orden del Ministerio de Sanidad de la Federación de Rusia “Sobre la utilización de las tecnologías de reproducción asistida (TRA) en la terapia de la infertilidad femenina y masculina” N° 67 del 26.02.2003. Las partes conocen las normas legislativas arriba expuestas y leyes, referentes al objeto del Contrato.

2. PERÍODO DE PREPARACIÓN Y REALIZACIÓN DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO (FIV)

2.1. Las Partes acuerdan que de conformidad con el presente Contrato se les practicarán (cantidad de intentos) de procedimientos con la consiguiente implantación de los embriones obtenidos (cantidad de embriones para una implantación) en la cavidad del útero de la MS (aquí y adelante Protocolo) en la clínica de Tecnologías Reproductivas de la ciudad de Moscú (denominación de la clínica) de lo cual existe el consentimiento informado de las Partes. Bajo el procedimiento se entiende (FIV - ICSI – Donación de óvulos – Donación del semen – Diagnóstico genético de preimplantación u otro)

2.2. La MS se obliga a realizar el examen médico durante el período preparatorio en la clínica, indicada por los PG, siguiendo la cantidad de los test y los análisis establecidos por el Orden del Ministerio de Sanidad de la Federación de Rusia N° 67 del 26.02.2003. Estos exámenes se someten al pago por (indicar por quién y en qué cuantía).

2.3. La MS está obligada a proporcionar a los PG, personal de la clínica u otras personas autorizadas, la información verídica y completa sobre las enfermedades padecidas y las intervenciones quirúrgicas practicadas, enfermedades hereditarias, psíquicas y venéreas en la familia, y asimismo el informe médico expedido por los establecimientos psiconeurálgicos y centros de intoxicación adscritos al domicilio de la MS certificando que no padece enfermedades de este perfil.

2.4. La MS se compromete a proporcionar a los PG el consentimiento de su marido, debidamente formalizado y certificado por el notario, para su participación en el programa de "Maternidad subrogada". El consentimiento escrito del cónyuge de la MS se adjunta en el Anexo al presente Contrato y es la parte inseparable del mismo. Asimismo la MS se compromete a firmar el consentimiento informado para la

participación en el programa según los procedimientos y de acuerdo con los plazos establecidos para la clínica de FIV.

2.5. La MS se compromete a cumplir sin objeción, con exactitud y a tiempo todas las prescripciones de los médicos-especialistas, tomar los medicamentos necesarios, someterse a los procedimientos, prescritos para la realización de los Protocolos.

2.6. En el caso de surgir cualquier variación durante la preparación y la realización del procedimiento de la FIV, aunque sea mínimas e inexplicables, la MS se compromete a notificarlo de inmediato a los médicos de la clínica y a los PG.

2.7. Todos los gastos, relacionados con la realización de los protocolos de la FIV, incluido el pago de los servicios de la clínica, gastos para la adquisición de los medicamentos, realización de las consultas médicas, exámenes y análisis, se pagan por (indicar qué Parte y en qué cuantía).

3. PERÍODO DEL EMBARAZO

3.1. Al confirmarse el hecho del embarazo la MS se compromete dentro del término establecido a darse de alta para la observación en (indicar la denominación del centro médico y el formato del seguimiento del embarazo).

3.2. La MS se compromete presentarse al primer requerimiento para el examen médico y procedimientos que se realizarán por los médicos especialistas, indicados por los PG durante todo el término del embarazo.

3.3. La MS se compromete a cumplir sin objeción las prescripciones y requerimientos sobre el horario del día, sobre el régimen de alimentación, sobre la posibilidad de mantener las relaciones sexuales. Tomar a tiempo todos los medicamentos necesarios y realizar todos los procedimientos médicos, y asimismo obedecer a las normas generales de higiene, necesarios para la gestación satisfactoria del embarazo, prescritos tanto por el departamento de la salud familiar adscrito a su domicilio, como por el médico que realiza el seguimiento, indicado por los PG.

3.4. La MS de manera consciente y voluntaria se compromete a no tener relaciones sexuales durante todo el período del embarazo, estando consciente de los riesgos de coger enfermedades que pueden dañar al feto en desarrollo.

3.5. La MS se compromete en el caso de surgir las complicaciones (por mínimas e inexplicables que sean) del estado de su salud, a ponerlo en conocimiento de los médicos especialistas y los PG durante todo el término de su embarazo.

3.6. Durante el período del embarazo la MS se compromete a tomar todas las medidas necesarias para la alimentación normal y completa, evitar por todos los medios las situaciones de estrés, renunciar a las costumbres viciosas (tabaquismo, bebidas alcohólicas, etc.). En el período de embarazo la MS se compromete a tomar todas las medidas que estén en su alcance para evitar las situaciones que ejercen la influencia negativa o pueden ejercerla sobre el desarrollo del feto y el nacimiento del niño y pueden afectar el cumplimiento de sus obligaciones asumidas según el presente Contrato.

3.7. En el período de embarazo los PG se comprometen a pagar los gastos de alimentación y manutención de la MS en la cuantía de _____ rublos, pagaderos no más tarde de (indicar la fecha) de cada mes, desde el momento (indicar la fecha del comienzo de pagos). Este importe debe gastarse por la MS según sus razonamientos, pero exclusivamente para los objetivos correspondientes al objeto del presente Contrato y para cumplir sus condiciones. Este importe puede satisfacerse tanto en efectivo, con la expedición del recibí, tanto mediante la transferencia bancaria a la cuenta corriente en el banco indicado por la MS. La fecha del pago para el último caso se considerará la fecha indicada en el orden del pago de los PG. Todos los gastos de la MS, incluidos los del transporte, que superen la cuantía de la manutención pagada a favor de la MS, realizados a iniciativa de la MS, pueden ser, según el acuerdo de las partes, pagados por los PG a cuenta de la compensación que compete a la MS por la gestación del embarazo y nacimiento del niño. En el período de la hospitalización necesaria (conservación del embarazo, etc.) (los pagos no van a realizarse). Este punto se corrige por las Partes partiendo de sus acuerdos.

3.8. Los PG tienen derecho a realizar el control del cumplimiento por la MS de las condiciones del presente Contrato, como por sí mismos, tanto con ayuda de los especialistas necesarios y los terceros. Los PG tienen derecho a exigir a la MS la justificación de la utilización de recursos dinerarios, pagados a la MS de acuerdo con el punto 3.7. del presente Contrato. Los PG tienen derecho a tomar cualquier otra medida para el control del seguimiento del embarazo de la MS.

3.9. Los PG proporcionan (no proporcionan) a la MS las condiciones para su residencia desde (indicar la fecha). Junto con la MS viven (indicar quién).

3.10. En el caso de la no conservación del embarazo no siendo la culpa de la MS, que no requiera la intervención médica o quirúrgica, en el plazo temprano del embarazo desde las 5 (cinco) semanas hasta las 8 (ocho) semanas inclusive, los PG deben pagar a

la MS la compensación en la cuantía de _____ rublos. Al confirmarse el hecho del aborto diferido, que requiere la intervención e interrupción quirúrgica del embarazo, los PG pagan a la MS la compensación en la cuantía de _____ rublos. Con el pago de esta compensación todas las obligaciones de las partes de acuerdo con el presente contrato pierden (no pierden) el vigor. Este punto se corrige por las partes partiendo de sus acuerdos. La MS entiende y está de acuerdo con que como consecuencia de la fecundación en vitro (FIV) puede producirse el embarazo múltiple, que requiere la reducción de los embriones.

3.11. La MS se compromete a tomar todas las medidas necesarias para conservar el embarazo, incluso cumplir sin objeción los requerimientos de los médicos especialistas referentes al ingreso al hospital y estancia allí durante cualquier período que sea necesario.

3.12. La compensación a la que se refiere el punto 3.10 puede tener lugar sólo en el caso del cumplimiento completo y exacto por la MS de los puntos y las condiciones del presente Contrato. Al tener lugar las circunstancias, previstas en el punto 3.10 del presente Contrato, la MS se compromete a comparecer ante los médicos especialistas para determinar la causa que haya originado la no conservación del embarazo. En el caso de detectar los hechos del incumplimiento por la MS del presente Contrato, a la MS se le anula cualquier forma de compensación u honorarios, establecidos en el presente Contrato, y ella deberá devolver el dinero que cubra los gastos que hayan sufrido los PG de acuerdo con los puntos 2.7 y 2.7 del presente Contrato.

4. PERÍODO DE PREPARACIÓN PARA EL PARTO Y EL PARTO

4.1. La MS se compromete, al primer requerimiento de los médicos especialistas y/o los PG en cualquier término hasta la fecha prevista del parto a comparecer para la hospitalización planificada (para la “conservación”), aun no habiendo motivos médicos para ello, en la clínica indicada por los PG.

4.2. La MS está de acuerdo con el parto mediante la “cesaria”. La decisión sobre la utilización del método de la “cesaria” la puede tomar exclusivamente el médico-obstetra que realiza el seguimiento.

4.3. La MS está de acuerdo con la asistencia al parto de los médicos especialistas autorizados por los PG o directamente de la mamá genética (padres).

4.4. La MS, tras el nacimiento del niño/niños, se compromete a expedir su

consentimiento escrito para registrar a los PG como los padres del niño que alumbró, y no causar ningún impedimento para el registro oficial en los órganos estatales.

5. PERÍODO FINAL

5.1. Los PG se comprometen a pagar la compensación a la MS (restablecimiento de la salud, pérdida de la capacidad laboral, pérdida de ingresos, que hayan surgido como resultado del cumplimiento por la MS de sus obligaciones) de acuerdo con el presente Contrato. La cuantía y el procedimiento del pago de las compensaciones se determinan por las Partes y se recogen en un documento aparte.

5.2. La entrega del dinero se produce después del nacimiento del niño y la firma del consentimiento de la MS para registrar a los PG en calidad de los padres, pero no más tarde del momento del alta de la MS del hospital de maternidad.

6. RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES

6.1. Durante la preparación y al realizar el protocolo del embarazo, en el caso de producirse las enfermedades infecciosas de transmisión sexual que hayan conllevado las consecuencias desfavorables para el feto, a la MS se le anulan todo tipo de compensaciones indicadas en los puntos 3.7., 3.10., 7.2, y asimismo los honorarios de acuerdo con el Anexo N° 1 al presente Contrato, y ella devuelve el importe que cubre la cuantía de los gastos sufridos por los PG de conformidad con los puntos 2.7. y 3.7. del presente Contrato.

6.2. En el caso de la interrupción artificial del embarazo de la MS sin disponer del consentimiento escrito de los PG y sin motivos médicos para la interrupción del embarazo, a la MS se le anulan todo tipo de compensaciones indicadas en los puntos 3.7., 3.10., 7.2, y asimismo los honorarios de acuerdo con el Anexo N° 1 al presente Contrato, y ella devuelve el importe que cubre la cuantía de los gastos sufridos por los PG de conformidad con los puntos 2.7 y 3.7 del presente Contrato.

6.3. En el caso de infracciones sistemáticas premeditadas de las condiciones del presente Contrato o de incumplimiento de estas condiciones, los PG tienen derecho a reducir la cuantía de los pagos y compensaciones acordadas o privar a la MS de todo tipos de percepciones y compensaciones.

6.4. En el caso de renunciar la MS a firmar el consentimiento para registrar a los PG en calidad de los padres del (los) recién nacido(s), a la MS se le anulan todo tipo de

compensaciones indicadas en los puntos 3.7., 3.10., 7.2, y asimismo los honorarios de acuerdo con el Anexo N° 1 al presente Contrato, y ella devuelve el importe que cubre la cuantía de los gastos sufridos por los PG de conformidad con los puntos 2.7 y 3.7 del presente Contrato.

7. CONDICIONES ESPECIALES

7.1. Las Partes están de acuerdo con que la condición necesaria y obligatoria del presente Contrato, sin duda, es la gestación por la MS del embarazo, producido tras la implantación de los embriones, obtenidos como resultado de la realización del procedimiento de la fecundación in vitro con la utilización de los gametos de los PG y el nacimiento consecuente de un niño (niños) sano y normal.

7.2. En el caso de surgir las circunstancias imprevistas de fuerza mayor, que hayan originado la imposibilidad de la percepción de las compensaciones, previstas en los puntos 3.7., 3.10., 7.2. , y asimismo de conformidad con el Anexo N° 1 al presente Contrato, personalmente por la MS, las compensaciones y honorarios, arriba indicados, correspondientes a la MS de conformidad con las condiciones del presente Contrato, se pagarán por los PG a favor de la ciudadana (del ciudadano)

_____ , cumpliendo los requisitos del Código Civil de la Federación de Rusia.

7.3. Los PG garantizan que si la continuación y/o estado del embarazo se convierten en la amenaza para la vida de la MS (sólo disponiendo de la conclusión médica), el embarazo se interrumpirá de inmediato y los PG pagarán a la MS la compensación en la cuantía prevista en el presente Contrato.

7.4. Las partes están de acuerdo con aplicar todas las medidas legales que tienen a su alcance para conseguir el más rápido y mejor resultado de acuerdo con el presente Contrato.

7.5. Debido a las condiciones especiales del cumplimiento del presente Contrato, relacionadas con los procesos fisiológicos del organismo femenino, las Partes se toman en cuenta las recomendaciones del Comité de la Ética de la Asociación de Reproducción Humana de Rusia en las que se refiere al programa de la “maternidad subrogada”.

7.6. Las Partes están de acuerdo con que la aplicación de cualquier acción de violencia o

coacción en relación a la mamá subrogada no son éticas ni aceptables, ni pueden ser parte del presente Contrato.

7.7. Las Partes están de acuerdo con que ninguna información sobre el estado intrauterino del niño (niños) puede ocultarse de los PG. Los datos de seguimiento médico del embarazo de la MS basándose en el historial médico se proporcionan a los PG por el establecimiento médico y el médico de seguimiento. La MS está de acuerdo con descubrir esta información relacionada con el estado del embarazo.

7.8. Las Partes están de acuerdo con que, en el caso de existir los datos confirmados sobre el desarrollo intrauterino patológico del niño, la decisión sobre la interrupción del embarazo se tomará sólo por los PG. Las Partes entienden y están de acuerdo con que en el caso del nacimiento del niño (niños) con la salud debilitada, la decisión sobre el registro jurídico de los recién nacidos se tomará exclusivamente por los PG.

8. CONDICIONES COMPLEMENTARIAS

8.1. El presente Contrato entra en vigor desde el momento de su firma por las Partes.

8.2. El presente Contrato está redactado en dos ejemplares en _____ hojas, que tienen el mismo vigor legal, uno para cada una de las Partes.

8.3. Todas las modificaciones, anexos y añadidos al presente Contrato, mencionados el él, son su parte inseparable, deben formalizarse de manera escrita y firmarse por ambas Partes.

8.4. Todos los servicios prestados por la MS y no relacionados con el cumplimiento directo del presente Contrato, se pagan por los PG de acuerdo con el convenio aparte.

8.5. Todas las disputas, divergencias o demandas que surjan del cumplimiento del presente Contrato y no están regularizadas por las Partes en el proceso de negociaciones, en el caso de no obtener el acuerdo entre las Partes, se someten a la resolución judicial de conformidad con la legislación vigente de la Federación de Rusia.

8.6. Las partes están de acuerdo con que el Contrato es confidencial y están de acuerdo con emprender todas las medidas posibles para no divulgar las condiciones y anexos del presente Contrato. El presente Contrato no puede servir de base para las pretensiones de los terceros, al igual que las obligaciones de las Partes no pueden cederse a los terceros.

8.7. La infracción de las condiciones de confidencialidad del Contrato, cometida por cualquiera de las Partes conlleva la persecución judicial de conformidad con la legislación vigente de la Federación de Rusia.

8.8. El presente Contrato entra en vigor desde la fecha de su firma y es vigente hasta el cumplimiento completo por las Partes de sus obligaciones según el presente Contrato.

9. FIRMAS DE LAS PARTES

PG _____
_____ a «_____» de _____ de 20____

MS _____
_____ a «_____» de _____ de 20____

Contrato, recuperado 25 de agosto de 2015, disponible en:

<http://www.probirka.es/informacion-de-referencia/documentos-tipicos-de-subrogacion/433-contrato-de-prestacion-de-servicios-de-la-maternidad-subrogada.html>¹¹⁹

¹¹⁹ Probirka.es,. (2012). *Contrato de prestación de servicios de la maternidad subrogada*. Recuperado 25 Agosto 2015, de: <http://www.probirka.es/informacion-de-referencia/documentos-tipicos-de-subrogacion/433-contrato-de-prestacion-de-servicios-de-la-maternidad-subrogada.html>

2.- Entrevistas

Entrevistas a Alexis Mateo en Televisión Canaria y Radio Televisión Española, director general de Your Surrogacy, consultoría dedicada al asesoramiento sobre la maternidad subrogada, recuperadas 25 agosto 2015, disponible en:

<http://subrogacionglobal.es/2014/10/10/entrevista-television-canaria/>

The screenshot shows the website 'Your Surrogacy' with the following elements:

- Logo: 'Your Surrogacy' with the tagline 'Asesoramiento maternidad subrogada'.
- Contact info: Email: info@subrogacionglobal.es, Tlf: +34 928 05 11 05.
- Social media icons: Facebook, Twitter, Google+, YouTube, and a general share icon.
- Search bar: 'Search...' with a magnifying glass icon.
- Navigation menu: INICIO, SERVICIOS, NOTICIAS / EVENTOS, TESTIMONIOS, FAQS, SOBRE NOSOTROS, ESPAÑOL.
- Breadcrumbs: Inicio / Medios / Entrevista en Televisión.
- Page title: 'Entrevista en Televisión'.
- Text: 'Esta entrada también está disponible en: Inglés, Italiano'.
- Text: 'Entrevista realizada por la televisión canaria a Alexis Mateo donde comenta la maternidad subrogada tanto en España como en otros países y los pasos que tuvo que seguir para conseguirlo.'
- Video player: A video player showing an interview with Alexis Mateo. The video title is 'Alexis mateo (Entrevista TV)'. The video shows two men in a studio setting.

<http://subrogacionglobal.es/events/entrevista-en-rtve/>

The screenshot shows the website 'Your Surrogacy' with the following elements:

- Logo: 'Your Surrogacy' with the tagline 'Asesoramiento maternidad subrogada'.
- Contact info: Email: info@subrogacionglobal.es, Tlf: +34 928 05 11 05.
- Social media icons: Facebook, Twitter, Google+, YouTube, and a general share icon.
- Search bar: 'Search...' with a magnifying glass icon.
- Navigation menu: INICIO, SERVICIOS, NOTICIAS / EVENTOS, TESTIMONIOS, FAQS, SOBRE NOSOTROS.
- Breadcrumbs: Inicio / Event / Entrevista en RTVE.
- Page title: 'Entrevista en RTVE'.
- Calendar: A calendar icon showing 'MAY 6'.
- Text: 'Hoy nos hacen una entrevista en RTVE en el programa guiado por Roberto "Cerca de ti" dónde nos pregunta acerca del proceso y la legalidad del mismo.'
- Text: 'Abordamos diferentes puntos de la gestión subrogada y metodología de trabajo de nuestra consultoría.'
- Text: 'Puedes ver el video online del programa y avanzar hasta el minuto 18:00 que es donde empieza nuestra entrevista.'
- Video player: A video player showing an interview with Alexis Mateo. The video shows two men in a studio setting. A play button icon is overlaid on the video. A button labeled 'ver vídeo' is visible. A small icon in the top right corner says 'PONLO EN TU WEB'.

Entrevista a Marta López, que fue nombrada Presidenta de la Asociación por la Gestación Subrogada en España, recuperada 25 de agosto, disponible en:

<http://www.rtve.es/alacarta/videos/entre-todos/entre-todos-lucha-ser-madre-maternidad-subrogada/2634675/>



3.- Comparativa de precios de la gestación por sustitución en los diferentes países



Así, atendiendo a este gráfico¹²⁰, Estados Unidos es el territorio más costoso donde se realiza este proceso; por el contrario, Tailandia y la India son los más económicos para los futuros padres; dentro de esa cantidad que se tiene que abonar se incluyen distintos gastos que detallamos en la siguiente lista, haciendo una comparativa entre el país más caro y más barato donde se puede llevar a cabo la maternidad subrogada:

“ESTIMACIÓN DE GASTOS DEL MADRE DE ALQUILER:

ESTADOS UNIDOS: \$53.000

INDIA: \$10.000

Los costos de la madre subrogada incluyen:

- La tasa de la madre de alquiler, pagada en cuotas a la confirmación del embarazo.
- La tasa de transferencia de embriones, que se paga a la madre de alquiler después de cada transferencia de embriones.
- Póliza de seguro de vida para la madre de alquiler

¹²⁰ Vientre en Alquiler,. (2014). *Precios Vientre de Alquiler: Los Precios Explicados*. Recuperado 27 Agosto 2015, de: <http://www.vientreenalquiler.com/precio-de-vientre-de-alquiler/precios-explicados/>

- Compensación por procedimiento invasivo, para procedimientos como amniocentesis, el aborto, D & C, o la reducción selectiva
- C-Section, si la sustituta está obligada a parir por cesárea
- Asignación por kilometraje, cuidado de niños, llamadas telefónicas, faxes, correo, vitaminas prenatales, y gastos varios.
- Asignación para ropa de maternidad: pagadero en su totalidad al final del primer trimestre
- Alojamiento de la madre de alquiler (mensual)
- Tasa de la cuidadora de la madre de alquiler
- Trabajo social de apoyo para todo el embarazo (si se solicita)
- Salarios no percibidos de la madre de alquiler (si es necesario)
- Cuota de reposo en cama: si el médico ordena reposo en cama o cuidado de niños/limpieza de habitaciones adicional.
- Los gastos de transporte a la clínica de fertilidad

ESTIMACIÓN DE LOS COSTOS MÉDICOS

Estados Unidos: \$49.000

India: \$8.300

Los gastos médicos incluyen:

- Pruebas preliminares de la madre subrogada
- Pruebas preliminares de la donante de óvulos
- Obtención de los óvulos y fecundación in vitro*
- Cuidado prenatal de la madre de alquiler, además de la medicación
- Co-pago del seguro médico para el embarazo/parto
- Seguro médico adicional para la madre de alquiler (si es necesario)
- Cargos de parto del hospital
- Pasar 3 noches en el hospital (para los padres con el bebé)

* Nota: Aproximadamente la mitad de los implantes resultan en embarazo. Suponiendo que se dejan embriones adicionales del primer ciclo, los intentos adicionales pueden costar el 25% del intento inicial, lo que puede suponer un incremento del coste inicial conforme más intentos se realicen. Si no sobran embriones, se tendrá que repetir el procedimiento completo con los costes médicos pertinentes.

Los gastos médicos no incluyen el coste de la donación de óvulos, los tratamientos de fertilidad para la madre, los embriones congelados/esperma, la atención neonatal (en el caso de un parto prematuro), y otros cargos opcionales.

ESTIMACIÓN DE LOS COSTOS LEGALES

Estados Unidos: \$14.500

India: \$5.500

Los gastos legales incluyen:

- El abogado de los futuros padres en la India
- Preparación y revisión de los contratos
- Solicitud de pre-nacimiento
- Abogado de la madre de alquiler
- Tasas del pasaporte para futuros padres extranjeros
- Cuenta de depósito si se solicita
- Tasa de la agencia*

* **Nota:** Muchos de estos cargos se cobran como extra por las agencias occidentales y por otras agencias de la India:

- Costo de redacción los contratos a través de los abogados, y acceso ilimitado al equipo legal local (Valor aproximado: \$2.000)
- Costo de documentación varia y tramitación legal, costo del depósito, y el costo del traslado de los fondos (valor aproximado: \$500)
- El costo de buscar y evaluar la madre subrogada y/o las donantes de óvulos, incluidos los exámenes médicos (valor aproximado: \$700)
- Evaluación psicológica de la madre de alquiler (valor aproximado: \$400)
- Seguro de la madre sustituta (Valor aproximado: \$600)
- Gestiones para que el cuidador de la madre sustituta pueda asistir a todas las citas médicas importantes en tu nombre. (Valor aproximado: \$500)
- Informar regularmente a los futuros padres sobre el estado del procedimiento de fecundación in vitro, así como la salud de la madre de alquiler. (Valor aproximado: Invaluable)
- Hacerse cargo y negociar los mejores precios en hoteles locales, además de las reservas y preparación del turismo local (Valor aproximado: \$250).¹²¹

¹²¹ Vientre en Alquiler,. (2014). *Precios del Vientre de Alquiler: Una Comparación*. Recuperado 27 Agosto 2015, de: <http://www.vientreenalquiler.com/precio-de-vientre-de-alquiler/precios-comparativos/>

Aún así, existen casos en los que parejas que no tienen un nivel adquisitivo elevado han conseguido ser padres por el empleo de esta técnica, como sucedió con una pareja mileurista en la que por la vía del crédito bancario y una ampliación hipotecaria consiguieron el dinero suficiente para tener un hijo por la gestación por sustitución.¹²²

The screenshot shows the homepage of 'LA VANGUARDIA Vida'. At the top, there are navigation links for 'Regístrate gratis', 'Suscríbete', 'Lee La Vanguardia en', 'Club Suscriptores LV', and 'Iniciar sesión'. Below this is a 'Destacamos' section with various topics like 'Lluvia de estrellas Perseidas', 'Sustitutos del azúcar', 'Marihuana sintética', 'Papa Francisco', and 'Ola de calor'. The main header features the 'LA VANGUARDIA Vida' logo, the date 'Domingo, 23 de agosto 2015', and a search bar. A secondary navigation bar includes categories like 'Portada', 'Internacional', 'Política', 'Economía', 'Sucesos', 'Opinión', 'Deportes', 'Vida', 'Tecnología', 'Cultura', 'Gente', 'Ocio', 'Participación', 'Hemeroteca', and 'Servicios'. Below this is a 'Magazine' section with sub-sections like 'Món Barcelona', 'Big Vang', 'Sanidad', 'Salud', 'Bienestar', 'Qué estudiar', 'Natural', 'Comunicación', and 'La Contra'. The main content area features a large article titled 'Una pareja mileurista explica cómo tuvo a su hija con un vientre de alquiler' by Iolanda Anglés. The article includes a photo of two women sitting on a couch and a small image of a ballot paper. To the right of the article are two 'Publicidad' placeholders and a 'MUNDO DEPORTIVO' logo. Below the logo is a small image of a hand holding a ballot paper with the text 'La UDEF investiga los DNI'S de los avales de los candidatos a las elecciones del Barça'.

Noticia completa disponible, recuperada 27 de agosto 2015, en:
<http://www.lavanguardia.com/vida/20130123/54362238909/entrevista-iolanda-anges-vientre-alquiler.html>

¹²² QUELART, R. (2013). *Una pareja mileurista explica cómo tuvo a su hija con un vientre de alquiler*. LA VANGUARDIA. Recuperado 27 Agosto 2015, de:
<http://www.lavanguardia.com/vida/20130123/54362238909/entrevista-iolanda-anges-vientre-alquiler.html>