

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2020/2021

Convocatoria: Julio

RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL EXTRANJERO

RECOGNITION IN SPAIN OF THE FILIATION BY SURROGACY ABROAD

Realizado por la alumna Dña. María Roig Fabregat
Tutorizado por la profesora Dña. Annick Claudia Bourgeois
Departamento de Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa
Área de conocimiento: Derecho Internacional Privado



ABSTRACT

The disparities on normative around the legal figure of filiation by surrogacy on international level supposes the proliferation of the phenomenon known as reproductive tourism and conflictive situations because of the little to no recognition of the filiation of the gestated minors in foreign countries, that like in ours, this practise has zero effect. The applicable criteria to obtain a certain regulation are many and different. While some of the doctrine supports the recognition of these techniques, jurisprudence is divided while establishing, at a national point its nullity and at international level its detailed study around each case, letting the acceptance on some of them and rejecting others. Far away from a satisfactory victory in legal security for surrogacy, the international scenario is more disparate from each other and it complicates in a bigger measure a satisfactory answer that doesn't affect negatively to any part of society and guarantees their rights as free citizens

Keywords: Filiation by surrogacy, reproductive tourism, recognition of the filiation

RESUMEN

La disparidad normativa en torno a la figura de la gestación subrogada a nivel internacional, supone la proliferación del fenómeno que se conoce como turismo reproductivo. Y también de situaciones de conflicto derivadas del no reconocimiento de la filiación de los menores gestados en el extranjero, en países que, como el nuestro, consideran nula esta práctica. Los criterios aplicables para conseguir una regulación son dispares. Mientras que parte de la doctrina apoya el reconocimiento de estas técnicas, la jurisprudencia se divide estableciendo, a nivel nacional su nulidad y a nivel internacional su estudio detallado según el caso. Así pues, se permite la aceptación de algunos de ellos y se niegan otros. Lejos de conseguir satisfactoriamente una seguridad jurídica respecto a la maternidad subrogada, el plano internacional cada vez se vuelve más dispar y complica en mayor medida el



encontrar una solución satisfactoria, que no afecte negativamente a ninguna parte de la sociedad y que garantice sus derechos como ciudadanos libres.

Palabras clave: Gestación subrogada, turismo reproductivo, reconocimiento de la filiación.

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. -2. LA GESTACIÓN SUBROGADA. -2.1 Concepto y tipos de maternidad subrogada. -3. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. -3.1. Regulación en el derecho comparado. -3.1.1 *El turismo reproductivo y el fórum shopping. Efectos en el Estado español.* -3.2. Regulación en el ordenamiento jurídico español. -3.2.1 *Evolución de la gestación por sustitución en España.* -3.2.2 *Situación actual de la gestación por sustitución en España. Posturas que se adoptan al respecto sobre el reconocimiento de los menores gestados por esta TRHA.* -a) Las posturas de la DGRN. Evolución de las diversas Resoluciones reguladoras y requisitos para el reconocimiento. -a.1) Regulación previa a la Resolución de 2009. -a.2) Resolución del 18 de febrero de 2009. -a.3) Anulación de la Resolución de 18 de febrero de 2009. -a.4) Resolución de 5 de octubre de 2010. -a.5) Resolución de 14 de febrero de 2019. -a.6) Resolución de 18 de febrero de 2019. -b) La postura del Tribunal Supremo Español. -3.3 **Postura defendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. -4. JURISPRUDENCIA Y CASOS QUE DESTACAR. -4.1 El Caso Ucrania en plena pandemia -4.2 Otros casos interpuestos ante el TEDH. -4.2.1 *El caso Francés- Mennesson vs. Francia.* -4.2.2 *El caso Italiano-Campanelli vs. Italia.* -5. POSIBLES SOLUCIONES A ESTA DISPARIDAD NORMATIVA Y SUS EFECTOS. -6. CONCLUSIONES. -7. BIBLIOGRAFÍA**

1. INTRODUCCIÓN

Mediante la gestación por sustitución o maternidad subrogada, una mujer se compromete, vía contractual altruista u onerosa, a gestar en su vientre un hijo, del que renuncia de su maternidad. Anulando así el principio pauliano aplicable en nuestro ordenamiento jurídico “*mater Semper certa est*”¹, para posteriormente entregárselo a los padres comitentes² que, según el contrato practicado por las partes, serán los que van a reconocer la filiación efectiva del menor.

En España este contrato se declara nulo de pleno derecho por así disponerlo el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida³ (en lo sucesivo, LTRHA).

No obstante, en otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo en Canadá o California, sí se reconoce la gestación por sustitución por normas específicamente concebidas para ello⁴ y siempre bajo el cumplimiento de ciertos requisitos y condiciones expresas.⁵

Esta disparidad de legislaciones en torno a la maternidad y la figura de la gestación subrogada, ha desembocado en el crecimiento de una tendencia denominada como el “*turismo reproductivo internacional*”.

¹ El principio “*mater semper certa est*”, aplicado en nuestro ordenamiento jurídico desde la época del derecho romano, supone que la maternidad es determinada por la relación directa que existe entre la gestación y alumbramiento del hijo. Se entiende que es un hecho indubitado y que por lo tanto se debe considerar que la mujer que gesta y alumbra a un niño es su madre a efectos jurídicos: GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M. *La verdad biológica en la determinación de la filiación: El principio mater semper certa est*, Dykinson, Madrid, (2013) pp.329.

² “*La expresión padre/madre comitente se entiende referida a aquellas personas que, como respuesta a su deseo de ser padres, comisionan la gestación de su futuro hijo a una gestante subrogada.*” Nota al pie de Dictamen Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 abril de 2019, (P16-2018-001), pp.3

³ Artículo 10 LTRHA “*Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero*” Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. «BOE» núm. 126, de 27/05/2006.

⁴ Normas específicas sobre gestación por sustitución; Reino Unido “Ley de acuerdos de subrogación” (surrogacy arrangements act) de 1985 y Human Fertilisation and Embryology, Act. 2008. Canadá “ley de reproducción humana asistida de 29 de marzo de 2004.”. Sudáfrica “children’s act núm. 38/2005”

⁵ Por ejemplo, en Reino Unido se permite la práctica de la gestación subrogada para aquellos casos en los que se justifique por motivos médicos o en California es necesario que antes del nacimiento la madre portadora preste consentimiento determinando que los padres del menor serán a partir de su nacimiento los padres de intención. ACEBEDO BERMEJO, A. *Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad: La maternidad por sustitución o <<madre de alquiler>>*, Tecnos Madrid, (2013), pp. 278-279

Este concepto supone que ciudadanos de un determinado Estado, en el que no se reconoce la validez del contrato de gestación por sustitución, como el caso de nuestro Estado español, se desplazan a un tercer país, que posee una legislación más benévola en la materia para poder acceder a este tipo de técnicas de reproducción asistida.

Este desplazamiento, no obstante, genera numerosos conflictos de intereses, puesto que una vez practicada la gestación por sustitución en un país extranjero permisivo, los comitentes regresan a su país de origen y se encuentran con que no se puede inscribir el menor efectivamente en el Registro como hijo legítimo de éstos. Sucediendo esto, ya que como hemos adelantado, el contrato de gestación por sustitución es nulo en nuestro Ordenamiento Jurídico y por lo tanto el menor no puede adquirir los derechos reconocidos por la filiación que nuestro ordenamiento otorga.

Este trabajo pretende realizar un estudio de esta situación, que proviene de la variedad de normas que regulan el contenido de la gestación por sustitución y ver cómo afecta este concepto del “*turismo reproductivo internacional*” a aquellos contratos realizados, que pretenden hacerse efectivos y ser reconocidos en nuestro país, en el que la gestación por sustitución es considerada nula de pleno derecho por la normativa legal.

2. LA GESTACIÓN SUBROGADA.

2.1 CONCEPTO Y TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA

La gestación subrogada es una técnica de reproducción humana asistida (a partir de ahora nos referiremos a estas como TRHA), cuya principal característica se basa en la intervención de una tercera persona, la mujer gestante, que por medio de alguna de las técnicas de reproducción asistida reconocidas⁶, queda embarazada y gesta a un embrión que pertenecerá al donante o comitente.

Una vez que se produzca el alumbramiento, el recién nacido no tiene ningún vínculo legal con la mujer que lo ha gestado, ya que en el contrato efectuado entre las partes ésta renuncia al vínculo que le proporciona el principio “*mater semper certa est*” al que ya nos hemos referido.

⁶ “*Las técnicas de reproducción humana asistida reconocidas en España son tres: Inseminación artificial, fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones y transferencia intratubárica de gametos.*” Contenido del anexo de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «BOE» núm. 126, de 27/05/2006.

Existen varios tipos de maternidad subrogada según la Agencia Española de Gestación Subrogada y se diferencian en función del objetivo de la madre que aporta el vientre y la existencia o no del factor monetario, ligado al vínculo contractual entre las partes.

Por una parte, nos encontramos con la gestación subrogada tradicional, en la que la mujer que gesta al niño es la madre genética en sí misma. En este caso el hijo será por lo tanto resultado del óvulo de la gestante y del material genético del padre, que puede aportarse bien por donación de esperma de un tercero o del comitente. Es decir, aquí la madre que gesta el bebé es la madre biológica del mismo.

Por otra parte, la maternidad subrogada gestacional, supone que tanto el óvulo como el espermatozoide son aportados por terceros, la pareja comitente que solicita la gestación subrogada o un donante ya sea mujer u hombre. En este caso la mujer gestante no tiene ningún vínculo genético con el niño, sino que simplemente se le implanta el óvulo fecundado en su útero para que lo geste⁷. En este caso los padres reconocidos legalmente serán los comitentes.⁸

A su vez, la gestación subrogada, sea de uno u otro tipo, puede ser altruista, en aquellos casos en los que la mujer cede su cuerpo para la gestación del feto sin ánimo de lucro⁹, o puede ser lucrativa. Esta segunda modalidad recoge aquellos casos en los que la madre gestacional acepta una cantidad monetaria a cambio de la cesión de su cuerpo

⁷ “A través de esta técnica [...] los embriones fecundados [...] se implantan en [...] el útero de una mujer distinta, que cede o alquila su vientre para que continúe con el embarazo y, una vez llevado a cabo el alumbramiento, entrega el nuevo ser a la madre biológica.” ACEBEDO BERMEJO, A. Op, cit. Nota 5 pp.78.

⁸ “La maternidad subrogada presenta dos modalidades: la tradicional, plena o total y la gestacional o parcial. En la primera modalidad, la madre subrogada es también la madre genética (maternidad biológica, ya que sus propios óvulos son fecundados con esperma del padre comitentes o de un donante. En el segundo caso, la mujer que gesta al niño no aporta su material genético” DURÁN AYAGO, A. Acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución AEDipr, T XII, 2012.

⁹ Esto suele ocurrir sobre todo en los casos en los que se realiza este método de reproducción asistida entre miembros de una misma familia o que tienen relación entre sí, por ejemplo, de amistad en la que existe por alguna causa incapacidad para gestar un niño por los miembros de la pareja o familia monoparental. “La gestante es una persona que actúa desinteresadamente y que, por lo general, mantiene algún tipo de relación con los comitentes. Esa relación puede ser de amistad o de parentesco”: Lopez López, María Teresa y de Montalvo Jaaskelainen, Federico y Alonso Bedate, Carlos y Bellver Capella, Vicente y Cadena Serrano, Fidel y de los Reyes López, Manuel y Fernández Muñiz, Pablo Ignacio y Jouve de la Barreda, Nicolás y López Moratalla, Natalia y Nombela Cano, César y Romeo Casabona, Carlos María y Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. 2018 pp.27 Recuperado de <https://eprints.ucm.es/42816/>

durante el periodo de gestación y es la figura más criticada por la cantidad de factores sociales, morales y jurídicos a los que afecta.

3. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

3.1 REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

A nivel internacional la gestación por sustitución se regula de muy diversas maneras. Los distintos ordenamientos jurídicos distan de adoptar una regulación armonizada, lo que supone gran cantidad de problemas a la hora de la aplicación práctica de la regulación. De hecho, constata el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo TEDH), en su reciente Dictamen de 10 de abril de 2019, que no existe consenso en Europa sobre el procedimiento de reconocimiento de la relación jurídica, entre estos menores y sus padres comitentes, por lo que en cada Estado miembro se adoptarán unas normas distintas.¹⁰

Al referirnos al tratamiento de la gestación por sustitución, podemos diferenciar dos grandes grupos de Estados. Aquellos que aceptan la práctica de esta TRHA y la regulan en su ordenamiento jurídico, y en contraposición a éstos, aquellos Estados que prohíben tajantemente la práctica de esta TRHA.

Del primer grupo de Estados podemos destacar por ejemplo Canadá, California o Ucrania, entre otros. Estos aceptan la gestación por sustitución como una técnica completamente válida y que, aunque en algunos casos exige el cumplimiento de determinados requisitos específicos, se regula explícitamente en legislación desarrollada *ad hoc* para ello. En estos Estados, por lo tanto, los contratos de gestación por sustitución son perfectamente válidos y el hijo nacido por medio de esta técnica de reproducción asistida se considera a todos los efectos hijo de las personas que contratan la gestación subrogada con la mujer gestante.¹¹

Uno de los países en el que mayor acogida tiene la práctica de esta técnica, por su específica regulación sobre ello, es California, Estado al que se ha calificado bajo el

¹⁰ “*The procedure for establishing or recognising a legal parent-child relationship between children born through a surrogacy arrangement and the intended parents varies from one State to another, and several different procedures may be available within a single State.*” EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Advisory opinion p16-2018-00 comparative-law materials

¹¹ CALVO CARAVACA, A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho internacional privado Vol II: La gestación por sustitución en los casos internacionales. Filiación de los nacidos a través de prácticas de reproducción asistida*, Comares, Madrid, (2018) pp.340.

nombre de “el sueño californiano”¹². De este permisivo Estado surge el principal precedente judicial sobre esta materia en nuestro país, derivado de un contrato de gestación por sustitución con una pareja de españoles, al que haremos referencia posteriormente.

No obstante, ante estos países que podemos denominar “*surrogacy friendly*”¹³ en términos anglosajones, también nos encontramos con otros Estados que prohíben el desarrollo de esta técnica de reproducción humana asistida. Ejemplos de esta vertiente son países como Alemania, Italia o Francia. En ellos el contrato de gestación por sustitución se considera nulo de pleno derecho y por lo tanto se considera que la madre del niño, es la que gesta y alumbrará al mismo, ya que la maternidad se halla determinada por el parto.

3.1.1 EL TURISMO REPRODUCTIVO Y EL FORUM SHOPPING. EFECTOS EN EL ESTADO ESPAÑOL.

La falta de armonización legislativa a nivel internacional, y en nuestro caso la escasa y prohibitiva regulación del contrato de gestación subrogada en España, da pie a que se fomente cada vez más el fenómeno conocido como turismo reproductivo.¹⁴

Entendemos por turismo reproductivo, aquel movimiento de personas de un país a otro en búsqueda de un posible tratamiento de reproducción asistida, que suponga la solución a sus problemas de fertilidad¹⁵, puesto que en su país de origen no pueden conseguir tener un hijo por medio de estas TRHA. De este movimiento de personas surge un problema de solapamiento de normas jurídicas, a raíz de la disparidad normativa sobre esta materia en los distintos países de origen y destino en los que se lleva a cabo esta práctica.

¹² FARNÓS, AMORÓS, E. *Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California*, Barcelona, InDret, revista para el análisis del derecho, (2010), pp.7. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf

¹³ TROLICE, MARK P. y Álvarez, N. *Gestación subrogada en Estados Unidos: precio, legislación y requisitos 19, septiembre 2019* Recuperado de <https://babygest.com/es/estados-unidos/>

¹⁴ Este término de “turismo reproductivo” aporta ciertamente connotaciones negativas, puesto que se considera que al denominarlo turismo se presenta como una situación que es tan solo accesible para aquellas personas que se lo pueden permitir económicamente y por lo tanto esta idea fomenta la degradación de las mujeres que son madres de alquiler por razones de necesidad económica. Por ello la European Society of Human Reproduction and Embriology, prefiere cambiar este término por uno menos ofensivo como es “*Cross- border reproductive care*” DURÁN AYAGO, A. *op. Cit.* 8 pp 271-272

¹⁵ RODRIGO, A. *Turismo reproductivo o de fertilidad. Definición, características y destinos*. Babygest. 25 enero, 2017 Recuperado de <https://www.babygest.es/turismo-reproductivo/>

Uno de los Estados en los que crece este turismo reproductivo es España. Al no permitirse la práctica de la gestación subrogada en el país de origen, las familias optan por buscar posibles gestantes en un país extranjero, en el que sí se reconozca la gestación por sustitución y pueda hacerse efectivo dicho contrato.

Como hemos anticipado, el solapamiento de normas jurídicas entre Estados supone que, con esta huida del país de origen, para conseguir un contrato de gestación por sustitución con plenos efectos, se crea un problema para los contratantes a la hora de regresar a su país con su bebé. Y es que si el país al que pertenecen es uno de aquellos que considera nulo el contrato de gestación por sustitución o no lo regula, esto causa problemas a la hora de reconocer al menor como hijo de los comitentes.

Así pues, una vez practicada la gestación por sustitución en el extranjero, los comitentes que vuelven a su país de origen, se encuentran con un problema de reconocimiento de la filiación de sus hijos, ya que no se puede hacer efectivo el contrato de gestación por sustitución extranjero. Esto se debe a que en el país de origen se ha declarado nulo y por lo tanto no se pueden desplegar los efectos jurídicos de éste. En consecuencia quedan desprotegidos tanto padres como hijos a efectos legales.

La proliferación de este turismo reproductivo supuso en nuestro país, la necesidad de decidir sobre el acceso al Registro Civil de la filiación de los nacidos mediante estas técnicas en el extranjero. Residiendo la importancia de esta decisión en el fundamento del interés superior del menor. Este supone que se debe mirar por la protección superior del menor de edad, ya que si no se le reconoce la filiación respecto de sus padres se verá desamparado.¹⁶

En este sentido, el no reconocimiento de la filiación respecto de los padres de un menor concebido por gestación subrogada en el extranjero, supone una vulneración de derechos reconocidos en la Convención sobre Derechos del Niño. Nos referimos por ejemplo, al derecho del menor a tener los mismos padres en todos los países y a tener una nacionalidad estable o conocer su origen¹⁷, entre otros.

¹⁶ Regulado este principio entre otros en Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990

¹⁷ Véase, por ejemplo, Mikulić v. Croacia, no. 53176/99, pp. 54-55. TEDH2002-I. Contenido del Dictamen TEDH 10 de abril de 2018. Párr. 41

Así mismo esta situación afectará también a sus derechos como persona física. Y es que, como señala CALVO CARAVACA, A., esto afectará a sus posibles derechos hereditarios, ya que si no se le reconoce la filiación respecto de sus padres (comitentes) no podrá ser beneficiario de la herencia¹⁸ a título de heredero legítimo¹⁹.

Además de este fenómeno del turismo reproductivo, nos encontramos con un mayor problema que se nutre de la falta de armonización legislativa, la existencia y proliferación del *fórum shopping*.

El hecho de que no haya normativa armonizada sobre esta materia a nivel internacional, produce situaciones en las que los sujetos de determinado Estado, en el que no se reconoce dicha TRHA, se vean inmersos en un proceso como es el turismo reproductivo, con la única intención de lograr que una resolución extranjera surta efectos en un país, en el que el contenido de dicho contrato no tiene validez.

En nuestro caso, por ejemplo, los comitentes se desplazan a países extranjeros con el fin de huir del derecho imperativo español, que no permite la gestación por sustitución. Es decir, podemos entender el *fórum shopping* como aquella situación en la que, según apuntan CALVO CARAVACA A. Y CARRASCOSA GONZALEZ, J., se produce una “*deslocalización artificial de la relación jurídica*”²⁰ y que es considerada por nuestro Tribunal Supremo (de aquí en adelante lo expresaremos como “TS”) como una actividad fraudulenta por parte de quienes la practican. Ya que se aprovechan de un oportunismo de deslocalizar la aplicación de la normativa nacional, consiguiendo así los efectos de su contrato de gestación subrogada, aprovechando una legislación extranjera.²¹

¹⁸ Fundamento párr. 40 del dictamen del TEDH 10 de abril de 2019 sobre el caso P16-2018-001

¹⁹ CALVO CARAVACA A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., op. Cit, nota 11 pp.348.

²⁰ CALVO CARAVACA, A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.” Cuadernos de derecho transnacional, vol. 7, n° 2, (octubre 2015) pp.91

²¹ También en este sentido se pronuncia QUIÑONES ESCÁMEZ, A. “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RGRN de 18 de febrero de 2009”. Indret, julio 2009, pp.1-42.

3.2 REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

3.2.1 EVOLUCIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.

La necesidad de regular jurídicamente las TRHA surge a partir del nacimiento del primer bebé nacido por medio de estas técnicas, conocido como el primer “bebé probeta”²². A partir de aquí nace en la sociedad la idea revolucionaria de que puede crearse vida en los laboratorios, y por lo tanto se pueden erradicar problemas sociales como la infertilidad²³. A su vez, también se injerta en la sociedad la idea de que no es necesario recurrir a las relaciones interpersonales entre sujetos de distinto sexo para poder tener un bebé. Por lo que se abren las puertas a parejas homosexuales y familias monoparentales²⁴, a la posibilidad de poder tener un hijo por medio de otras técnicas que no sean la adopción²⁵.

De todo este revuelo y desarrollo surge pues en la sociedad, tanto a nivel interno como internacional, la necesidad de crear una normativa que regule el contenido, derechos y garantías de este tipo de reproducción.

Actualmente, en nuestro ordenamiento jurídico, las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran reguladas en la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida* que, si bien incluye en su art. 10 la gestación por sustitución, sin embargo, lo hace para declarar la nulidad²⁶ del contrato de gestación por sustitución en nuestro país.

²² El primer bebe probeta fue dado a luz el 25 de julio de 1978, en Reino Unido. Louise Brown, fue la primera bebé que se creó a partir del uso de las TRHA, por medio de la técnica de fecundación in vitro (FIV) que emplearon los doctores Edwards y Steptoe. LÓPEZ LÓPEZ, et al. Op. Cit nota 9 pp.17.

²³ De hecho, debido al creciente uso de estas técnicas de reproducción humana asistida, cada vez son menores las adopciones internacionales que se realizan, y es que, aunque pueda ser una solución válida, la adopción internacional no es en sí misma considerada como una solución a problemas de infertilidad. Anuario español de Derecho internacional privado XVI, 2016, pp. 415-462. ISSN 1578-3138

²⁴ “estas técnicas no solo servían para superar los problemas de infertilidad de las parejas, sino también para liberar a los seres humanos de las “imposiciones” biológicas de la reproducción humana”. LÓPEZ LÓPEZ, et al.op, cit nota 9 pp.18

²⁵ “[...]resulta por tanto posible concebir una filiación completamente disociada de la reproducción” TAMAYO HAYA S. *La maternidad y paternidad del siglo XXI*; Reproducción asistida, doble maternidad legal y novedades jurisprudenciales. Comares Granada, 2015 pp.60.

²⁶ Artículo 10. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

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

Las normas que han regulado en nuestro país, la gestación por sustitución, y resto de TRHA han sido:

- *Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida*

En España esta es la primera norma que regula el contenido de estas TRHA.

En esta primera manifestación legislativa ya se contemplaban modalidades de reproducción mediante estas técnicas, empleando gametos donados por un tercero o incluso se recogía la posibilidad de practicar la fecundación *postmortem*. No obstante, no regulaba condiciones muy específicas sobre la materia, sino que establecía las bases para que la sociedad fuera autorregulando la reproducción asistida mediante su práctica.

Con la sucesiva práctica de este tipo de reproducción, se puso de manifiesto las carencias a nivel social que la regulación tenía, ya que el avance tecnológico y práctica de estas técnicas iba más allá del alcance de los supuestos regulados en la legislación. Se vio por ello la necesidad de modificar la regulación vigente hasta el momento.

- *Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.*

Esta nueva Ley reformaba parte del contenido de la anterior, intentando que la legislación se acercara un poco más a la realidad social que se vivía y sus continuos avances técnicos. La principal reforma que incluye esta nueva legislación es dar solución al problema de la gran acumulación de preembriones sobrantes de los procesos de fecundación *in vitro* que se estaban almacenando. Estos se almacenaban durante un periodo de 5 años, pero ahora, para controlar dicho excedente, establece esta nueva norma un límite máximo de embriones que pueden transferirse a cada mujer para evitar los embarazos múltiples y esta gran cantidad de sobrante. Tras la fecundación de la mujer, ahora los preembriones sobrantes son autorizados para ser utilizados con fines de investigación y no quedan almacenados como antes.

Sin embargo, esta modificación no fue suficiente y la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida instó a que se realizara una nueva modificación de la normativa para adaptar la norma a la realidad.

- *Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.*

Esta Ley, que deroga las anteriormente citadas Leyes 35/1988 y 45/2033, intenta ser lo más completa posible y regula las técnicas de reproducción humana asistida que se permiten en nuestro país. Sobre la gestación por sustitución, no obstante, se sigue manteniendo el mismo criterio, ya que la Ley TRHA/2006 sigue determinando la filiación bajo el concepto pauliano de “*mater semper certa est*” y establece la nulidad de los contratos de gestación subrogada en nuestro Ordenamiento Jurídico.

La imposibilidad de acudir a esta técnica en España, centra el debate, desde el punto de vista de nuestro ordenamiento, en la posibilidad o no de reconocer la filiación a los nacidos mediante gestación por sustitución que se ha llevado a cabo en el extranjero.

3.2.2 SITUACIÓN ACTUAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA. POSTURAS QUE SE ADOPTAN AL RESPECTO SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LOS MENORES GESTADOS POR ESTA TRHA.

Actualmente, como ya se ha establecido, la gestación por sustitución en nuestro Ordenamiento Jurídico está prohibida y no es reconocida legalmente por nuestra ley material. Se considera nula en virtud de lo que establece el contenido del art. 10 de la LTRHA²⁷. Esta prohibición trae origen en el Informe de la Comisión Especial de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial, aprobado por el Congreso de Diputados el 10 de abril de 1986, conocido como “Informe Palacios”²⁸ y que se considera antecedente de la LTRHA/1988²⁹.

El contenido de dicho informe considera que lo mejor es hacer efectiva la prohibición de la práctica de dichas técnicas. Además propone la imposición de sanciones a aquellas personas que participen en un contrato de gestación por sustitución, puesto que no solo se está vulnerando la ley nacional, sino que también se está atentando contra los derechos fundamentales de las personas.

Esto afecta, por ejemplo, al derecho de la dignidad, que se entiende perdida por la mujer que comercia con su cuerpo. Supone una agresión también contra la vida del

²⁷Art. 10 de la LTRHA “1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.* 2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*”

²⁸ SOUTO PAZ JOSE, A. El informe palacios y la ley de reproducción asistida. Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas. Vlex España pp. 187-196

²⁹ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. Retos actuales de la filiación: Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución. Tecnos, Madrid, 2018 pp.235-236.



niño, al que se trata como una “res intra commercium” al estar atado a los comitentes por medio de un contrato regulador. No obstante, debemos destacar ante esta idea de la imposición de sanciones, la postura que defienden CALVO CARAVACA, A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J³⁰. y que más tarde desarrollaremos. En ella se defiende que no se puede paliar el *fórum shopping* fraudulento con la imposición de sanciones que afecten al menor, puesto que esto iría entonces en contra del principio del interés superior del menor, que, recogido en la Convención del Niño de 1989, es principio fundamental y debe respetarse.

Sin embargo, el hecho de que el criterio actual de la regulación se base en la prohibición de la práctica y tenga como consecuencia sanción, no significa que en un futuro no pueda haber en nuestro ordenamiento jurídico una evolución legislativa, que se decante por adoptar un criterio más benévolo en cuanto a la aceptación de esta TRHA³¹.

De hecho, cabe destacar que en 2017, bajo la iniciativa del Grupo Parlamentario Ciudadanos, se presentó una Proposición de Ley sobre gestación por sustitución, que planteaba un cambio radical de concepción frente a la prohibición de esta TRHA³². Sin embargo, esta iniciativa caducó como consecuencia de la finalización de la Legislatura³³

En esta proposición de ley se esgrimía la idea de que la sociedad ha evolucionado de tal manera que el modelo familiar es ya muy distinto del tradicional modelo que se reconocía antes.³⁴ Los avances tecnológicos y científicos han abierto la

³⁰ “Como antes se ha indicado, incluso en los casos en los que haya existido tal movimiento legal estratégico, éste no puede castigarse con mecanismos jurídicos que supongan un perjuicio para el menor, pues ello vulnera el principio del interés superior del menor”. CALVO CARAVACA, A. Y CARRASCOSA GONZALEZ, J. ob. Cit nota 20, pp.91

³¹ Es el caso de Portugal, que ha sustituido una norma prohibitiva como la española por una que admite y regula la gestación por sustitución. La ley 25/2016 de 22 de agosto, que permite la gestación por sustitución en aquellos casos en los que por problemas médicos la mujer no tenga posibilidad alguna de quedarse embarazada, siendo esta práctica obligatoriamente gratuita y haciéndose uso imperativo de al menos uno de los gametos de alguno de los comitentes. MUÑOZ RODRIGO, G. *La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019*. Actualidad jurídica iberoamericana, nº 10 bis 2019 ISSN 2386-4567 pp 733

³² Proposición de Ley reguladora de la gestación por subrogación (122/000117). DCG. Congreso de los Diputados. Núm. B-145-1, de 8 de septiembre de 2017

³³ DCG. Congreso de los Diputados. Núm. D-519, de 27 de marzo de 2019

³⁴ “[...] El ciudadano de hoy, no es el de los siglos pasados; la libertad de hoy no es la de los tiempos pasados. Ha evolucionado el ciudadano, tanto como la familia y las formas de concebir y vivir la familia. Cerrar los ojos a esta evidencia es como cerrar los ojos a la luz que ilumina nuestro progreso como sociedad y Estado” Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Exposición de motivos II.

posibilidad de crear vida, dando solución a los problemas de esterilidad en la pareja, como ya hemos apuntado.

Claro está que una modificación de la naturaleza de este tipo de contrato y la aceptación de esta situación supone un gran avance y cambio en la sociedad actual, que requiere un consenso legislativo y político. En estos momentos una situación como esta en nuestro país es impensable, ya que los distintos partidos políticos toman posiciones muy diferentes en cuanto a la posible regulación de este método de reproducción asistida.

Y es que no solo los partidos políticos toman posiciones muy distantes en lo que respecta al reconocimiento de la gestación por sustitución y su inscripción en nuestro país. Si no que la doctrina y la jurisprudencia se encuentran divididas y no son capaces de establecer una única solución que no sea contraria al orden público español.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (a partir de ahora nos referimos a ella como “DGRN”) ha ido modificando su punto de vista sobre el asunto a medida que se ha avanzado en el conocimiento y regulación de estas técnicas y los efectos que producen en nuestra sociedad. Así mismo, ha ido modificando el contenido de las resoluciones que regulan la situación de la aceptación de los menores gestados por sustitución en el extranjero, creando así una multitud de Instrucciones sobre el asunto para intentar dar con la respuesta acertada de cómo y cuándo puede acreditarse la filiación de un menor gestado por sustitución en el extranjero respecto de un padre español.

A). LAS POSTURAS DE LA DGRN. EVOLUCIÓN DE LAS DIVERSAS RESOLUCIONES REGULADORAS Y REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO.

- **Regulación previa a la Resolución de 18 de febrero de 2009**

La doctrina de la DGRN que se extrae sobre el reconocimiento de la filiación de los menores gestados mediante gestación por sustitución, anterior a la Resolución de 18 de febrero de 2009, determina que el contrato de gestación por sustitución es nulo y que el reconocimiento no puede efectuarse, puesto que la filiación viene determinada por el parto.

Por lo tanto, en nuestro país antes de febrero de 2009, la Resolución de 23 de mayo de 2003³⁵ entre otras, establecían que si no existía un vínculo biológico entre el menor y alguno de los padres de intención (y por lo tanto también biológicos) la inscripción del menor como hijo legítimo de éstos en el Registro se vería rechazada³⁶. Tan solo se aceptarían las inscripciones de aquellos menores cuyos padres justifiquen mediante los medios necesarios la verdad biológica³⁷ del vínculo con el menor.

Podemos denominar esta postura, como determina CALVO CARAVACA, A., “*la tesis legeforista*”, que defiende la aplicación del derecho sustantivo español, negando el reconocimiento de estos menores en España. La doctrina que apoyaba esta postura de la determinación de la verdad biológica se centraba en la aplicación absoluta del contenido del art. 10.4 de la Ley 14/2006, quedando por lo tanto determinada la filiación siempre en favor de la madre que da a luz al hijo, y siendo nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución. Los defensores de esta postura entendían que el contrato realizado por las partes había sido hecho en fraude de ley y por lo tanto la resolución extranjera no puede surtir efectos, ya que la intención de los padres al trasladarse al extranjero para tener un hijo por gestación subrogada fomenta el “*fórum shopping*”³⁸.

De esta regulación previa a las Instrucciones de la DGRN surgen situaciones como la que comenta en su estudio DÍAZ FRAILE, J., en la que se deniega la inscripción de filiación de unas niñas gemelas californianas, puesto que sus padres de intención tienen

³⁵ En esta Resolución de la DGRN se establece que se han encontrado evidencias en las que se determina que algunas familias hacían uso de esta práctica registral para conseguir un reconocimiento fraudulento de la paternidad con el fin de obtener la nacionalidad española por medio de este método irregular. *La gestación por sustitución ante el registro civil español*. DIAZ FRAILE, J. “Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea” *Revista de Derecho Civil* vol VI num 1. Nota al pie núm. 24, 2019 pp. 71.

³⁶ “[...] la DGRN vino rechazando hasta la Resolución de 18 de febrero de 2009, aún sin referirse específicamente al fenómeno de la maternidad subrogada, las inscripciones de nacimiento y filiación en virtud de certificación de Registros extranjeros de niños nacidos en el extranjero, cuando la calificación o de las comprobaciones complementarias llevadas a cabo por el Encargado del Registro Civil español resultase evidente la falta de correspondencia entre el contenido de la certificación y la realidad de los hechos (esto es, la maternidad y la paternidad biológica de quienes figuraban en la certificación como progenitores del nacido)” DIAZ FRAILE, J. Op. Cit nota 35 pp.70-71.

³⁷ “Se considera verdad biológica a aquellas pruebas que permitan acreditar la correspondencia entre el contenido de la certificación registral en la que el menor es inscrito como hijo de los padres y la realidad de los hechos”. Ídem, op cit. Nota 35 pp.71.

³⁸ Esta tesis es apoyada por el contenido de sentencias como la SAP Valencia, Sec. 10.ª, de 23 de noviembre de 2011. SALAS CARCELLER, A., *El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución*, Revista Aranzadi Doctrinal n.º 10/2011 Aranzadi, Pamplona, 2011 pp.2 Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3416565>

64 y 65 años y por lo tanto se considera, tras realizar el pertinente estudio, que no puede existir verdad biológica en su filiación.³⁹

- **Resolución de 18 de febrero de 2009**

Con la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009⁴⁰ se produce un cambio de rumbo en la inscripción de los menores gestados en el extranjero. Hasta el momento, como hemos dicho, solo se consideraba posible el reconocimiento en aquellos casos en los que existía un vínculo biológico entre padres e hijos. Ahora bien, a raíz del caso California, esto se modifica.

En esta Resolución se plantea la posibilidad de acceso al Registro Civil español de una certificación registral expedida por las autoridades californianas, en la que consta la filiación de dos menores nacidos en California mediante gestación por sustitución.

Con anterioridad a la inscripción de los menores en el Registro del citado país, las autoridades judiciales del mismo, habían declarado que los nacidos debían ser considerados como “hijos” de los varones españoles. Obtenida la certificación registral extranjera, el matrimonio instó la inscripción del nacimiento de los menores en el Registro Civil consular español, lo que les fue denegado con fundamento en lo dispuesto en el art. 10 LTRHA, al encontrarse prohibida en España la gestación por sustitución.

Contra esta denegación se interpuso recurso ante la DGRN, resuelto por la Resolución de 18 de febrero de 2009, en la que se establece que se aceptará la inscripción de los menores gestados por sustitución siempre y cuando exista una certificación registral extranjera, que acredite tal relación entre el menor y el padre o madre de intención. Se aceptará por lo tanto la inscripción del menor siempre y cuando exista un contrato homologado en el país de origen de la situación y una resolución que acredite la validez del mismo.

En cuanto a la inscripción del nacimiento en el Registro Civil español, debemos establecer que, como bien determina CALVO CARAVACA A., sólo será posible para españoles que residan en España o en el extranjero, puesto que si no fuera de este modo el Registro Civil español pierde la competencia sobre el asunto.

³⁹ Resolución DGRN de 15 de abril de 2013. Extraída de op. cit 35, pp.71

⁴⁰ Boe núm. 60, de 10 de marzo de 2008.



El registro civil español, como bien establece DIAZ FRAILE J., “*solo es competente para reflejar hechos o actos relativos al estado civil que afecten a un español o que hayan acaecido en España*”, como así se establece en el art. 15 de la aún vigente Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957⁴¹ y art. 9 de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, que entrará en vigor el 30 de abril de 2021⁴².

Así pues, la inscripción registral de aquellos menores cuyos padres justifiquen por los medios determinados que hemos descrito, será aceptada y podrá hacerse por alguna de las siguientes vías que se regulan en la Resolución de febrero de 2009:

- *Inscripción por declaración de la persona interesada.*

Establece la DGRN que se podrá proceder a la inscripción de un menor por el Encargado del Registro Civil, siempre y cuando se realice un control de legalidad de los hechos que se hayan referido en la pertinente declaración. Para ello, el Encargado deberá aplicar las normas jurídicas pertinentes y si el supuesto presenta elementos extranjeros, deberá en primer término, concretar la Legislación, española o extranjera, reguladora de dichos hechos y declaraciones. A tal efecto, el Encargado deberá aplicar inexcusablemente, las normas de conflicto españolas, que son aplicables de oficio, como así lo establece el art. 12.6 del Código Civil. Es decir, en estos supuestos surge una cuestión de "Derecho aplicable" a ciertos hechos y declaraciones y ello exige la precisión de la Ley reguladora de los mismos a través de las normas de conflicto españolas.

- *Inscripción mediante presentación de la certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido.*

Por el contrario, en el caso de inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera, señala la DGRN que la solución legal es completamente distinta. En este caso el acceso de estas certificaciones al Registro Civil español debe valorarse, no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español, ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las

⁴¹ Artículo quince. “*En el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros.*” Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil. «BOE» núm. 151, de 10/06/1957.

⁴² Artículo 9. Competencias generales del Registro Civil. “*En el Registro Civil constarán los hechos y actos inscribibles que afectan a los españoles y los referidos a extranjeros, acaecidos en territorio español.*” Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

normas específicas que en Derecho español permiten el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español.

En consecuencia, siempre y cuando conste una certificación extranjera adoptada por una autoridad que le confiera valor a la misma, se considerará como válida en España siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos⁴³, aunque haya sido realizada por autoridad extranjera:

- Que el documento sea auténtico y tenga fuerza en España.⁴⁴ Para que el documento tenga fuerza en España se le debe efectuar un control de legalidad que establezca que el documento que se intenta acreditar es efectivamente público.⁴⁵

- Que se haya dictado por una autoridad extranjera con funciones equivalentes a una autoridad española. En cuanto a esto establece en su estudio DIAZ FRAILE J. que cuando nos referimos a autoridad equivalente no nos estamos refiriendo a que la autoridad extranjera deba tener exactamente las mismas características que la española. Forzar esta situación supondría la formación de un doble procedimiento, ya que con iguales funciones y características ambas autoridades dictaminarían el mismo resultado. Esto no puede darse en la práctica, ya que cada Estado dispone de su propio derecho y su propio derecho internacional privado y por lo tanto no puede haber una situación en la que dos autoridades de distinta jurisdicción resuelvan de igual modo un proceso.

⁴³ Art. 60 “*Inscripción de documentos públicos extranjeros. Los documentos públicos extranjeros extrajudiciales podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen.*” Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. «BOE» núm. 182, de 31/07/2015.

⁴⁴ Artículo 81. “*El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales.* Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. «BOE» núm. 296, de 11/12/1958.

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

⁴⁵ Disposición adicional tercera. Inscripción en los registros públicos de documentos públicos extranjeros: “*1. Un documento público extranjero no dictado por un órgano judicial es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que cumpla los siguientes requisitos: c) Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado*” Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria. <<BOE>> núm. 150, de 3 de julio de 2015.

- Que no tenga efectos contrarios al orden público español afectando por ejemplo a la discriminación de los comitentes, puesto que la Constitución Española garantiza la no discriminación de los españoles⁴⁶.

Además de todos estos requisitos se debe cumplir también con el interés superior del menor, un concepto jurídico indeterminado que se ha establecido como concepto clave para parte de la doctrina en lo referido a las inscripciones registrales.

Tal como establece DIAZ FRAILE, J., en su estudio, igual que entre otros CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.⁴⁷, si denegamos el derecho a inscribir un hijo como legítimo, no solo estamos perjudicando a los padres sino también al menor que queda desamparado al no gozar de una estabilidad familiar que se le debe garantizar.

Según el contenido de la Convención de Nueva York⁴⁸ los menores deben tener el derecho asegurado a poseer una familia y ser cuidados por esta para mantener su bienestar. Además, debe garantizarse su derecho a tener una misma identidad en todos los Estados del mundo y por lo tanto si modificamos su filiación les estamos privando del derecho a garantizar su identidad.⁴⁹

No obstante y en relación con el interés superior del menor, establecen los tribunales españoles, con base en el contenido de la Convención de los derechos del niño de 1989 (a partir de ahora CDN), que estos pueden constatar que determinar cómo madre legal a la madre que ha dado a luz al menor perjudica el interés superior del menor. Por lo tanto los tribunales en ese caso deberán dar primacía al contenido del CDN, sobre las normas de derecho interno español, determinando como madre o padre del menor aquellos que no tengan vínculo biológico con él.

Debe garantizarse también el consentimiento expreso de la mujer que se presta como gestante y la ausencia de fraude de ley en el contrato realizado.

Sobre todo con esto se pretende asegurar que todas las partes, y en particular la madre gestante, tengan garantizados sus derechos procesales. Que no se haya vulnerado ni el

⁴⁶ Artículo 14 de la Constitución Española; “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*”

⁴⁷ CALVO CARAVACA, A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., op, cit, nota 20, pp. 340.

⁴⁸ Instrumento de Adhesión de España al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958. «BOE» núm. 164, de 11 de julio de 1977

⁴⁹ Véase STJUE 14 de Octubre de 2008. (Caso Grunkin-Paul)



interés superior del menor, ni los derechos de la madre gestante, y en especial el derecho a dar su libre consentimiento para la renuncia de la maternidad, respecto del menor gestado en su vientre. Estableciendo que claramente existe libre consentimiento prestado en pleno ejercicio de sus facultades y ausencia de violencia o intimidación para tomar decisiones y que el contrato no es objeto del tráfico mercantil.

- **Anulación de la Resolución de 18 de febrero de 2009**

Pero el contenido de esta Resolución de 2009 pelagra cuando el 28 de enero de 2010 el Ministerio Fiscal presenta en los Juzgados de Valencia una demanda contra ésta. Impugnando su contenido a raíz de la inscripción de dos menores nacidos en California, e inscritos en el registro civil consular de Los Ángeles, como hijos de los padres comitentes. Los padres en cuestión eran una pareja de varones que había solicitado su inscripción, aportando los certificados de nacimiento de los menores ya inscritos en el registro civil californiano y el libro de familia como prueba de su matrimonio. El Encargado del Registro había denegado la inscripción de los menores, pero mediante la Resolución de 2009 que hemos analizado, al establecerse que existe certificación registral extranjera válida en España, se acepta su inscripción de filiación en el Registro Civil español.

Tras la impugnación por parte del Ministerio Fiscal, la Sentencia 15 de septiembre de 2020 del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia estima que se debe dejar sin efecto la inscripción de los menores realizada en el registro civil consular de Los Ángeles y que por lo tanto se establece la cancelación no firme de la misma. Así pues, el juzgado de primera instancia de Valencia, encargado de resolver la demanda del Ministerio Fiscal, deja sin efecto la resolución de 2009, impidiendo la inscripción registral de los menores gestados en el extranjero por esta TRHA. Ante esto la pareja interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, quien confirma mediante Sentencia de 23 de noviembre de 2011 el fallo de la Sentencia de Primera Instancia. Ante esta respuesta la pareja intenta conseguir un resultado favorable para su situación recurriendo al último recurso que tienen disponible, recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Este recurso también es desestimado por la Sentencia de 6 de febrero de 2014.

Sin embargo, la DGRN, ya desde el primer pronunciamiento desfavorable del Juzgado de Primera Instancia y sin esperar a la resolución de los posteriores recursos

intentó buscar una solución para que no se denegase por completo la inscripción de estos menores en el Registro Civil español y no se volviera a tener tan solo en cuenta el principio de verdad biológica para aceptar el reconocimiento de la filiación. Por ello el 5 de octubre de 2010 publica una Instrucción sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

- **Instrucción de 5 de octubre de 2010**

Con la publicación de esta nueva instrucción la DGRN pretende paliar los efectos de la Sentencia del Juzgado de Valencia contra la Resolución de febrero de 2009. Esgrimiendo ahora como principal fundamento la garantía de los principios fundamentales en los que se basaba su Instrucción. La protección del interés superior del menor, la protección de la madre gestante y el evitar el fraude por parte de los padres comitentes, añadiendo requisitos específicos al contenido que ya había determinado en la Resolución de 2009.

A partir de octubre de 2010 la DGRN pide como requisitos para aceptar la inscripción de los menores gestados por sustitución en el extranjero, que se presente una resolución judicial dictada por un tribunal extranjero competente ante el Encargado del Registro Civil en cuestión. Se excluye ahora pues, como título suficiente, la certificación registral y en su lugar se exige una resolución judicial. Esta resolución judicial deberá además estar reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que se podrá certificar su reconocimiento mediante dos vías:

- Instando exequatur.

- Reconociendo la inscripción por medio de reconocimiento incidental a cargo del Encargado del Registro Civil.

En aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento que sea equiparable a un procedimiento español por jurisdicción voluntaria, se permitirá también, por doctrina del TS que su inscripción no esté sometida a exequátur, sino que se efectúe directamente a cargo del Encargado del Registro Civil por medio del

reconocimiento incidental⁵⁰. Para ello deberá establecerse un control previo realizado por el Encargado del Registro Civil asegurándose de que;

- El documento es auténtico y cumple con todas las formalidades.
- El tribunal de origen es competente para dictar la resolución judicial en términos equivalentes a los contemplados en nuestra legislación española.
- Que se han garantizado los derechos procesales de ambas partes y no se ha vulnerado en ningún momento ni el interés superior del menor, ni los derechos de la madre gestante.
- Que la resolución judicial dictada es firme.

Si no cumplen con alguna de estas dos modalidades de reconocimiento tan solo se entenderán como anotadas preventivamente.⁵¹

A raíz de este cambio, la DGRN dicta una veintena de resoluciones que aplican estas reglas doctrinales establecidas en 2010⁵². La primera Resolución dictada fue el 3 de mayo de 2011, en la que se pretende solventar el problema de reconocimiento de una menor nacida en mayo de 2010 en Los Ángeles.

El supuesto de hecho era muy similar al que llevó a la DGRN a realizar la modificación de sus criterios doctrinales de aceptación de inscripción de los menores gestados por sustitución. En este caso, la menor había sido gestada en el vientre de una madre subrogada en California, pero el material genético era en parte de uno de los padres varones y de una tercera mujer donante distinta a la gestante. El Registro Civil español deniega la inscripción de la menor, por falta de reconocimiento de la certificación registral extranjera y rechaza la inscripción de la menor en el asiento del registro. No obstante, la DGRN, aplicando los nuevos criterios de aceptación de las inscripciones registrales de menores gestados en el extranjero, determina que, al tratarse de un procedimiento no litigioso, puede equipararse a un procedimiento de jurisdicción

⁵⁰ Artículo 12.2 “Efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras.2. El órgano judicial español o el Encargado del registro público competente lo será también para otorgar, de modo incidental, el reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras. No será necesario recurrir a ningún procedimiento específico previo.” Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

⁵¹ “[...]previa superación del trámite de exequatur o de reconocimiento incidental en España. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación preventiva” DIAZ FRAILE, J. Op. Cit nota 35, pp.93.

⁵² Resolución 9 de junio de 2011, Resolución 27 de junio de 2011 y Resolución 12 de diciembre de 2011 entre otras.

voluntaria español. Por ello se establece que como cumple con todos los requisitos que se exigen para la inscripción esta no puede denegarse. Se procede entonces a inscribir a la menor Californiana, como hija de los padres comitentes, por reconocimiento incidental.

Esta Instrucción, no obstante, fue bastante criticada por la doctrina civilista, que la tachaba incluso de inconstitucional por permitir la validez indirecta en nuestro ordenamiento jurídico de un contrato extranjero de gestación subrogada, nulo en nuestro país.⁵³

Una vez determinado este cambio de criterio por la DGRN, el próximo gran cambio importante se produce por la Instrucción de 14 de febrero de 2019, cuyo contenido proviene de la necesidad de dotar de un marco jurídico a la situación que se estaba dando en la práctica en los Registros Civiles.

- **Instrucción de 14 de febrero de 2019**

En ella se establece que debe permitirse la inscripción registral de estos menores en nuestro Registro Civil, cuando se aporte prueba irrefutable por parte de los padres de que alguno de ellos fuera padre biológico del menor. Por lo tanto, la novedad de la Instrucción de 2019 establece que ya no es necesario conseguir una sentencia firme extranjera que acredite la filiación, sino que bastaba para acreditar la misma mediante una prueba de ADN realizada con garantías tanto médicas como jurídicas.

Con prueba de ADN⁵⁴ válida y el consentimiento expreso de la madre gestante, a fin de que quede clara la renuncia a su maternidad, el menor gestado en el extranjero por sustitución podría ser inscrito en nuestro Registro Civil como hijo del padre biológico. A fin de asegurar aún más la posibilidad del reconocimiento, la DGRN también incluye una solución para que el segundo padre o la madre comitente, en caso de haberlo, pueda reconocer al hijo como legítimo por medio de un proceso de adopción del menor tramitado en nuestro país y bajo los requisitos del art. 117 del Código civil español.

Así pues, según el nuevo criterio de la DGRN, el padre varón que hubiera aportado su material biológico podrá reconocer al menor como hijo en nuestro Registro Civil sin necesidad de resolución judicial extranjera. Y la madre o padre cuyo material biológico

⁵³ MUÑOZ RODRIGO, G. Op, cit. Nota 31. pp. 728

⁵⁴ ANDREU MARTÍNEZ, M “Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019.” *Actualidad jurídica iberoamericana n°10 bis*. junio 2019 pp.66

no se hubiere utilizado, podrá optar a reconocer al menor como hijo por medio del procedimiento de adopción.

Además, en el caso de que la madre comitente tuviera algún vínculo genético con el menor (en el caso de que el óvulo fecundado fuera suyo y la madre gestante simplemente lo hubiera gestado durante los 9 meses de gestación) se determinará, según lo que se establece en el contenido de la LTRHA, que ésta es la madre del menor a efectos legales.

Esta posibilidad ha sido criticada por autores como MUÑOZ RODRIGO, G. que establece que “[...] *la solución a la que llega la Instrucción es contraria a las normas legales de determinación de la filiación, habida cuenta que a efectos de la legislación española la madre gestante será siempre la madre biológica*”. Por lo que no podrá ser la madre biológica la madre que aporta el óvulo fecundado, si la madre gestante es determinada como la madre biológica por nuestra legislación. También determina como necesario esta nueva Instrucción, que se constate en un momento posterior al parto (un mínimo de seis semanas) el consentimiento y renuncia de maternidad por parte de la madre gestante y que el niño tiene pleno derecho a conocer sus orígenes biológicos cuando sea mayor de edad.⁵⁵

Tras establecer esta posibilidad, con la Instrucción de 14 de febrero de 2019, la DGRN dicta unos pocos días después una nueva instrucción sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. La Instrucción 18 de febrero de 2019, que deja sin efecto la anterior y cuyo contenido devuelve el panorama registral a una situación muy similar al de la anterior Instrucción de 5 de octubre de 2010. Deterna ahora de nuevo la necesidad de resolución judicial.

Este inusual proceder por parte de la DGRN, dictando dos Instrucciones en apenas cuatro días, se debió a la desfavorable reacción por parte del Ministerio de Justicia al contenido de la Instrucción de 14 de febrero de 2019.⁵⁶

⁵⁵ ANDREU MARTÍNEZ, M. op, cit nota 53 pp. 71-72

⁵⁶ Nota de prensa del Ministerio de Justicia: “*El Ministerio de Justicia ha decidido dejar sin efectos la instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) enviada a los registros consulares en la que se abría la puerta a la inscripción de niños concebidos en el extranjero por gestación por sustitución mediante la presentación de una prueba de ADN que certificara la paternidad o maternidad de uno de los progenitores*”.

Extraída de:

<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2019/160219gestacion-su-brogada.aspx>

- **Instrucción de 18 de febrero de 2019.**

Así pues, la Instrucción más reciente que poseemos sobre el régimen registral de los nacidos por gestación por sustitución, es la Instrucción de 18 de febrero de 2019⁵⁷. En ésta, tras estudiar la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y el informe del Comité de Bioética, la DGRN establece que la gestación subrogada es una grave vulneración de los derechos de los menores y las madres gestantes. Determina que se debe buscar una solución armonizada a nivel internacional que facilite la práctica de este reconocimiento registral y propone que cada caso sea estudiado individualmente, para así poder tomar la mejor solución posible que no perjudique ni al menor, ni a la madre gestante, ni en general al orden público.

Además de realizar estos incisos, influenciados por el contenido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, establece como nuevos criterios para la inscripción de los menores gestados por sustitución los siguientes:

Determina la DGRN que la eficacia temporal de esta nueva Instrucción se aplicará para todos aquellos niños nacidos a partir del 21 de febrero de 2019 (momento en el que entra en vigor esta Instrucción) o cuyas solicitudes se hayan hecho con posterioridad a este preciso momento. Por lo tanto, para todas las inscripciones de menores nacidos antes del 21 de febrero de 2019 será aplicable la anterior instrucción de 14 de febrero de 2019 que no requiere exequatur.

Sobre el contenido del asunto, establece esta Instrucción que para la aceptación de las inscripciones de los menores en el Registro Civil español, deberá aportarse resolución judicial con exequatur para que el encargado del Registro-pueda proceder a la inscripción o bien se realizará la misma por reconocimiento incidental. Si no pudiera conseguir la resolución judicial extranjera que acredite la filiación, la solución establecida será permitir la obtención de pasaporte y permisos para acudir a España con el menor y una vez en el país de origen realizar el proceso de determinación de la filiación, por medio de las vías establecidas en nuestro ordenamiento jurídico: expediente de inscripción de filiación o bien interposición de acción judicial de reclamación de la filiación o proceso de adopción.

⁵⁷ Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. «BOE» núm. 45, de 21 de febrero de 2019

En resumen, la nueva Instrucción de 18 de febrero de 2019 devuelve la situación al contenido de la anterior instrucción de 5 de octubre de 2010 como ya habíamos adelantado, sin realizar cambios de gran importancia.

De hecho, lejos de mejorar la situación, este repentino cambio de criterio de la DGRN supone un duro golpe para aquellas familias que previo a la publicación de esta Instrucción en concreto, acudieron a países extranjeros, en los que la legislación estatal no exige resolución judicial en la que aparezca renuncia por parte de la madre gestante a su condición de madre biológica del menor.

En estos casos, la familia no cumple con los requisitos establecidos en la Instrucción de la DGRN, que siempre pide el consentimiento y renuncia expresas de la madre gestante a su condición de madre biológica. Por lo que eliminada la vía de determinación de la filiación por prueba de ADN aprobada por la Instrucción de 14 de febrero de 2019, estas familias deberán ahora hacer efectiva la determinación de la filiación mediante otras vías, pudiendo esperar varios meses para conseguir un pasaporte y poder volver a España con el menor.

B) LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL.

Como hemos establecido anteriormente, el Tribunal Supremo toma parte en todo este proceso de reconocimiento de la filiación de los menores gestados por sustitución, a raíz de la sentencia emitida por el mismo el 6 de febrero de 2014 en el recurso de casación interpuesto por los padres comitentes de unos menores nacidos en California, cuya filiación es impugnada por el Ministerio fiscal en 2009.

El TS determina en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, que se debe respetar en todo momento el orden público internacional español buscando por encima de todo la protección de la familia, los menores y la infancia, además de la no cosificación o mercantilización de los menores ni de la mujer, que como gestante renuncia a su derecho a la maternidad. Mantiene por lo tanto que el reconocimiento de la filiación de un menor gestado en el extranjero por medio de la gestación subrogada, vulnera el

orden público español⁵⁸ y por ello no debe permitirse. Para el TS a todos los efectos, la madre del bebé es la madre gestante y que da a luz al menor.

Para establecer que efectivamente la inscripción de filiación en favor de los padres comitentes choca con el mantenimiento del orden público español, el TS esgrime los siguientes argumentos:

- *El interés superior del menor.*

Determina el TS que el interés superior del menor es un principio fundamental que debe asegurarse, pero que éste no es el único que debe tenerse en cuenta⁵⁹. Por lo tanto, este principio no puede justificar toda acción de los padres comitentes, que aseguran que es mejor para los menores ser reconocidos hijos de los mismos⁶⁰. De hecho, algunos autores como J. FERNÁNDEZ ROZAS, entre otros, establecen que centrar la determinación de la filiación de estos menores en este único principio no es objetivo, puesto que aunque es una decisión con intenciones puras, no se puede fundamentar la garantía del interés superior del menor con el argumento del favor *fili* solamente⁶¹.

Para la correcta aplicación de este criterio se regula en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil una serie de criterios para la interpretación y aplicación en cada caso de este principio fundamental.

⁵⁸ «El segundo gran error de la STS estriba en su incorrecta construcción de la cláusula de orden público internacional en este ámbito. Por lo pronto la sentencia olvida que el control del orden público, tal y como el propio TS ya ha proclamado en otras ocasiones, no se realiza respecto de una determinada institución, sino respecto de los efectos que supondría la inscripción del concreto documento extranjero en España». HEREDIA CERVANTES, I. “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, n.º 54, 9 de abril, 2014.

⁵⁹ STS 6 DE FEBRERO 2014 FD. 5.7 “En el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor tiene la consideración de “una consideración primordial” a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños. Pero, además de lo expuesto respecto de la pertinencia de concretar tal principio conforme a las pautas de la legislación en la materia, ha de tenerse en cuenta que tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración. Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”

⁶⁰ DIAZ FRAILE, J, “La gestación por sustitución ante el registro civil español”, *Revista de derecho civil* vol VI núm 1 enero-marzo 2019 ,pp.113

⁶¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J. Y SÁNCHEZ LORENZO S., *Derecho Internacional Privado: Filiación-derecho aplicable*. Civitas. Thomson Reuters, Madrid, Edición 9ª, 2016, pp. 480.



Entre estos criterios se incluyen algunos como *“La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.”*

Así como *“La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior”*⁶²

Estos criterios deberán aplicarse siempre en función de la edad, madurez y necesidades del menor, como se establece en el artículo 2 de dicha norma legal.

- La dignidad.

Establece el TS, que la práctica de la gestación subrogada supone una vulneración de la dignidad, tanto de la madre como del menor, siendo ambos cosificados y tratados como fruto de comercio a terceros⁶³. El TS se ampara en que esta situación posibilita la explotación por parte de terceros de las mujeres, por el estado de necesidad en el que se encuentran algunas de ellas que no poseen recursos económicos suficientes.⁶⁴

- El fraude del Fórum shopping.

Acaba el TS refiriéndose a un concepto que ya hemos explicado, el fraude del fenómeno conocido como fórum shopping.

Establece en cuanto a esto que con el reconocimiento de los documentos extranjeros que acrediten la filiación respecto de los padres comitentes, lo que se está incentivando es el fraude que se comete a través del fórum shopping.

⁶² Art. 2 in fine de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁶³ *“Nuestro TS, [...]impide el acceso a la inscripción de la filiación, para proteger, dice, la dignidad del menor y de la madre portante e impedir con ello las llamadas «granjas de mujeres”*: NÚÑEZ BOLAÑOS, M., M.^a NICASIO JARAMILLO, I., PIZARRO MORENO, E. *El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción*, Sevilla, 2015, pp.20.

⁶⁴ Para CALVO, A. y CARRASCOSA, J, este argumento del TS es débil puesto que tan solo vulneraría el orden público en aquellos casos en los que efectivamente se trate a la madre y el menor como objeto de comercio aprovechando su situación de necesidad. En aquellos casos en los que la mujer haya prestado consentimiento voluntario y no haya sido engañada ni forzada a prestar sus servicios no podemos decir que se haya dañado su dignidad como tal. Apunta la doctrina pues, que las afirmaciones generales no prueban nada y que por lo tanto *“debe descenderse al supuesto concreto y probar que el niño ha sido objeto de comercio.”* CALVO CARAVACA, A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., op, cit, nota 11 pp.345.

Esto es así, puesto que las familias que desean tener un hijo por medio de la TRHA de la gestación subrogada, acuden a ordenamientos jurídicos extranjeros para poder hacer efectivo un contrato, que saben que en su país es considerado nulo. Es decir, en todo momento los padres comitentes tienen pleno conocimiento de que la actividad que están realizando no es jurídicamente aceptada en su país de origen. Pero de igual forma, realizan dicha acción a sabiendas de que, aportando el documento acreditado extranjero, pueden hacer valer el contenido de este contrato en nuestro país como si estuviera permitido. Por ello, establece el TS que se está vulnerando el orden público español⁶⁵ y que la consecuencia que se debe aplicar a esta desobediencia del derecho interno y ejercicio del fraude es castigar a la familia con el no reconocimiento del menor en nuestro país, negando los efectos de la resolución artificial extranjera conseguida en otro Ordenamiento Jurídico.

No obstante, como crítica ante este argumento, debemos esgrimir la importancia del principio esencial que ya citábamos para el reconocimiento de esta filiación y de la afectación sobre el orden público internacional; el interés superior del menor. Autores como CALVO CARAVACA, A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., determinan que el argumento esgrimido por el TS es improcedente, ya que imponer una sanción a dicho comportamiento no solo supondría un perjuicio para los padres comitentes, sino que también afectaría al menor de edad del que se intenta reconocer la filiación. En tal caso se estaría vulnerando el principio del interés superior del menor, que jerárquicamente se entiende como superior al orden público internacional.

En palabras de GOUTTENOIRE, A. *“el recurso al interés superior del menor permite recordar que en ningún caso son los menores los que deben pagar el precio de las consecuencias de los actos de los adultos, aunque estos resulten contrarios a los principios esenciales del derecho civil o penal.”*⁶⁶

Así pues, finaliza el TS estableciendo que la mejor solución es la valoración aislada de cada caso concreto para así poder determinar, según las condiciones de cada unidad familiar, si el reconocimiento de la filiación de los menores gestados por sustitución, vulnera el orden público lo suficiente como para imponer una sanción o si

⁶⁵ STS 6 Febrero 2014, FD 3.10. *“La decisión de la autoridad registral de California [...] es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.”*

⁶⁶ Sent. Cour Cass. Francia 3 julio 2015, *Lizie*. Extraída DE CALVO CARAVACA, A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. op, cit, nota 11 pp.346.

en favor del interés superior del menor deben adoptarse otras medidas a fin de proteger la infancia y el resto de derechos constitucionales que deben garantizarse en estos casos⁶⁷.

3.3 POSTURA DEFENDIDA POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Como hemos podido apreciar a lo largo de este trabajo, existe una gran disparidad normativa entre los distintos Estados. Del mismo modo a nivel nacional, no se consigue adoptar una solución que ponga fin a los múltiples casos problemáticos que surgen de este reconocimiento de menores gestados por sustitución en el extranjero. Por ello, a nivel interno y a raíz del Caso Mennesson⁶⁸ el Estado francés realizó el 12 de octubre de 2018 una petición al TEDH para que este se pronunciara sobre diversos aspectos que no eran concluyentes sobre la sentencia de 26 de junio de 2014 del TEDH.

Esta petición de las partes se basaba en dos puntos clave. El primero, que el TEDH se pronunciara sobre el posible reconocimiento de los padres de intención en aquellos casos en los que se diera la gestación por sustitución. El segundo, que el Tribunal estableciera si era posible la inscripción del nacimiento de estos menores en el registro nacional correspondiente en favor de sus padres de intención.

Sobre estas cuestiones el TEDH se pronuncia pues, en su informe el 10 de abril de 2019, realizando un previo estudio, no solo del caso conocido como Mennesson, sino también examinando el contenido de otros casos internacionales con similares características, como los conocidos como el caso Labasse o el caso California entre otros.

De su pertinente análisis establece el TEDH las respuestas a las preguntas realizadas.⁶⁹

- El reconocimiento de los padres de intención como padres del menor:

⁶⁷ STS 6 FEBRERO 2014 FD 5.11 “*La protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual*”

⁶⁸ STEDH 26 DE junio de 2014 65192/11 Mennesson vs. Francia

⁶⁹ Debemos recordar que los informes del TEDH son meras recomendaciones para los Estados miembro y que este tan solo se pronuncia en sus informes sobre aquellas cuestiones que se le preguntan expresamente, ya que no entra a valorar el contenido de la legislación nacional en otras materias en las que no se ha pedido expresamente su opinión. Además, el contenido de sus recomendaciones no es vinculante para los estados miembro y son estos quienes tras el informe del TEDH deciden si aplicar el contenido de su recomendación o seguir aplicando el derecho nacional que venían aplicando hasta el momento.



Sobre la primera cuestión determina el Tribunal que se debe reconocer la filiación del menor respecto de los padres de intención, en aquellos casos en los que sea posible, habiendo respetado en este proceso todos los derechos del menor como individuo.

Del caso específico establece el TEDH que el padre donante de esperma es también padre biológico del menor y que por lo tanto se le debe reconocer su filiación respecto al niño. En cuanto a la madre, que en este caso no es donante de óvulos, ésta podrá ser reconocida como madre de intención del menor cuando haya sido reconocida como madre legal por un documento oficial del país de origen en el que se ha realizado la gestación por sustitución.

Por lo tanto, de esta primera cuestión extraemos del contenido del informe del TEDH, que debe existir para el reconocimiento de los padres de intención un vínculo biológico entre al menos uno de los padres comitentes. No obstante, especifica el tribunal que lo principal es mirar siempre por el interés superior del menor, puesto que se debe respetar en todo momento su derecho a la intimidad y vida privada y familiar, en virtud del contenido del art. 8 del Convenio de Derechos Humanos⁷⁰. En cuanto a esto entiende el Tribunal que el no reconocimiento de los padres de intención como padres legales del menor, supone un impacto negativo en el desarrollo de su personalidad y de su derecho a tener intimidad, dejando al menor en un estado de inestabilidad y vacío legal sobre su identidad en la sociedad⁷¹. Esto es así, ya que un rasgo de la personalidad de los seres humanos se forja en función de quienes son sus padres⁷².

Establece respecto a esto el TEDH que al denegarle el reconocimiento de su madre de intención como su madre legal se le niega por ejemplo, el derecho a la nacionalidad materna. Con esta actuación le estaremos también denegando parte de su identidad, ya que al nacer se le conceden al menor un nombre y apellidos en función de

⁷⁰ Artículo. 8 “Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar;” Derecho fundamental recogido en el contenido del artículo 8 del CEDH.

⁷¹ “In general terms, as observed by the Court in *Mennesson and Labassee*, cited above, the non-recognition in domestic law of the relationship between the child and the intended mother is disadvantageous to the child, as it places him or her in a position of legal uncertainty regarding his or her identity within society”. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Advisory opinion P16-2018-001, pp.11.

⁷² Establece aquí el tribunal que el hecho de saber quiénes son sus padres influye en la personalidad del menor, pero que esto no es comodín único para aceptar a los padres de intención como padres legales del mismo ya que la personalidad de un individuo es mucho más.

quiénes sean sus padres y por lo tanto si le denegamos al menor, el apellido de su madre o padre de intención estaremos también vulnerando el derecho a la vida privada del niño. Así pues, el TEDH recomienda el reconocimiento de los padres de intención como padres legales del menor.

En cada caso concreto lo más importante es velar por el interés superior del menor., término que ya entendemos y reconocemos como uno de los principios axiológicos⁷³ por los que se debe velar en todo momento, y que según el tribunal supone que el menor sea criado por una familia que le respete y cubra sus necesidades asegurando su desarrollo como persona, en un entorno estable y positivo para el mismo⁷⁴. Por todo ello es importante que esté clara la identidad de sus padres para un buen desarrollo personal⁷⁵. Apunta el TEDH que el principio del interés superior del menor es un principio superior en el ordenamiento jurídico español, ya que está recogido tanto en el contenido de la Constitución Española⁷⁶, como en la CDN de 20 de noviembre de 1989, y que por ello se impone este sobre cualquier otro.⁷⁷

- Inscripción de la filiación de los menores en los registros correspondientes:

Para determinar si se permite o no la inscripción de la filiación de los menores en los registros correspondientes, el TEDH debe realizar un estudio de cada caso específico y de todos los informes que las partes puedan aportar, analizando el contenido expreso de cada supuesto y estableciendo si este afecta negativamente al orden público internacional.

⁷³ AEDIPR T. XVI, Abriendo nuevas vías de protección; encorsetando el interés superior del menor. Buena voluntad frente a eficacia. 1. *A vueltas con el interés superior del menor*. 2016 pp. 415-462 (ISSN 1578-3138)

⁷⁴ “the child’s best interests also entail the legal identification of the persons responsible for raising him or her; meeting his or her needs and ensuring his or her welfare, as well as the possibility for the child to live and develop in a stable environment,” EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Op. Cit nota 70 pp.12

⁷⁵. “Padre o madre es quien asume las funciones que implican crianza, cuidado y educación de un niño con capacidad para garantizarle su desarrollo integral” SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. “Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española” *InDret, revista para el análisis del derecho*. (2018) pp-15

⁷⁶ Artículo. 20.4 “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, [...] y especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, y a la protección de la juventud y de la infancia” Constitución Española de 1979 <<BOE>> núm. 311, de 29/12/1978

⁷⁷ Artículo 2. Interés superior del menor. “1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.” Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia



Así pues, respecto del orden público internacional, se extrae de la postura del TEDH que solo se puede considerar que el reconocimiento de esta situación, afecta al orden público internacional cuando o bien la mujer o el menor hayan sido efectivamente objeto de comercio, o la gestante haya sido coaccionada, engañada o se haya visto obligada a rechazar la maternidad respecto del menor que ha gestado para un tercero, por una relación contractual o bien por una situación de extrema pobreza a la que se haya visto sometida.

Todas estas circunstancias no obstante, deben estudiarse en cada caso concreto para valorar su admisión. Ya que cada caso es distinto y es misión del tribunal valorar, en función de todas las circunstancias que se encuentren en el caso determinado, lo que más le conviene al menor.

Las conclusiones del TEDH respecto a todo esto se basan en que los Estados parte del CEDH son libres de regular como deseen la filiación de estos niños nacidos en el extranjero por gestación subrogada⁷⁸. Puesto que la CEDH no obliga a ningún Estado a reconocer o no reconocer a dichos menores de edad, por lo que podrán aceptar la práctica de esta técnica o denegarla si lo desean, aunque esto suponga ir en contra del principio de respeto a la identidad personal del menor. Asimismo, también podrán estos Estados imponer en sus ordenamientos jurídicos normas legales encaminadas a conseguir desincentivar la práctica de esta TRHA, todo esto siempre bajo una fundamentación fáctica de las medidas tomadas por el Estado y para cada caso concreto.

El TEDH no puede determinar lo que se reconoce y lo que no en cada Estado, ya que la elección de permitir o no de estas inscripciones es competencia de cada uno de ellos y las opiniones del TEDH no son obligaciones impuestas para los estados parte.

Así pues, en el informe que realiza el Tribunal y que estamos analizando, establece que si no se reconoce en el registro la inscripción del menor en favor de la madre de intención, el menor queda desamparado y se le estará vulnerando su derecho a la vida privada, por lo que debería en este caso procederse al reconocimiento del menor como hijo de los padres de intención.

En aquellos casos en los que no se permita la inscripción de los menores en los registros, determina el tribunal que se podrá recurrir a la técnica de la adopción, siempre

⁷⁸ “La elección de los medios para permitir el reconocimiento de la relación jurídica entre el menor y los progenitores comitentes se encuentra dentro del margen de apreciación de los Estados” Párr. 51 del Dictamen 10 de abril de 2018 del TEDH.

que haya vínculo genético con uno de los dos padres de intención. Mediante este método, a efectos registrales y legales se producirán los mismos resultados que el reconocimiento de los padres de intención mediante reconocimiento de la gestación por sustitución.⁷⁹

Así queda configurada a grandes rasgos la doctrina del TEDH sobre las cuestiones que se le formulan a raíz del caso *Mennesson*. No obstante, como hemos establecido, este pronunciamiento es una mera recomendación, por lo que a nivel internacional los Estados no se encuentran obligados cumplir con el contenido de su informe. Por ello, en el plano internacional seguimos encontrando gran disparidad normativa⁸⁰ y ética, ya que cada Estado acaba aplicando la norma de una forma distinta en función de los valores específicos de cada cultura.

Precisamente por esto la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado está planeando una proposición⁸¹ para poder armonizar de algún modo la legislación a estos efectos en aquellos Estados que la acepten y así regularizar un poco más esta compleja situación. En ella, se aboga por buscar la forma de garantizar los derechos de todas las partes que conforman el proceso. Pero sobre todo se busca como principal cuestión, garantizar el interés superior del menor, para que se pueda asegurar su estabilidad familiar y el próspero desarrollo de la vida del menor acompañado de sus padres comitentes.⁸²

4. JURISPRUDENCIA Y CASOS QUE DESTACAR

4.1 EL CASO UCRANIA EN PLENA PANDEMIA

Ya hemos tenido ocasión de comentar en páginas anteriores el caso California, resuelto por la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. Caso que en España

⁷⁹ “Depending on the circumstances of each case, other means may also serve those best interests in a suitable manner, including adoption, which, with regard to the recognition of that relationship, produces similar effects to registration of the foreign birth details.” EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Op, cit nota 70 pp.14

⁸⁰ “The Court notes that there is no consensus in Europe on this issue: where the establishment or recognition of a legal relationship between the child and the intended parent is possible, the procedure varies from one State to another” EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, op, cit. nota 70 pp. 11. Par. 51

⁸¹ PROPOSICIÓN DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA Report of the Experts’ Group on the Parentage / Surrogacy Project (meeting from 29 October to 1 November 2019)

⁸²DURÁN AYAGO, A. “Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. de por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema”. *Cuadernos de Derecho Transnacional Vol. 11, Nº 2, Octubre 2019*, pp- 582 parr. 20.

supone un antes y un después en el reconocimiento de los menores gestados por sustitución en el extranjero.

El siguiente suceso a destacar, ocurrió durante la cuarentena en mayo de 2020 en nuestro país y refleja claramente el problema que supone que la gestación por sustitución sea nula en España y las consecuencias que tiene el turismo reproductivo.

Uno de los países a los que más españoles suelen desplazarse para beneficiarse de la aceptación de la gestación subrogada es Ucrania. Por lo general, un bebé gestado en Ucrania al llegar a España con sus padres comitentes, podrá ser inscrito en el Registro, si se cumple con los requisitos a los que ya nos hemos referido. De este modo el niño obtendrá protección y una familia que vele por su bienestar.

No obstante, en pleno estallido de la pandemia mundial, en mayo de 2020, decenas de bebés recién nacidos por esta TRHA, y con padres comitentes españoles, quedaron atrapados en Ucrania, sin que pudieran ser recogidos.⁸³ Los futuros padres no podían acudir a Kiev a recoger a sus recién nacidos, porque la situación mundial y las cuarentenas estatales lo prohibían. Sin embargo, ante la petición de este colectivo de padres preocupados por sus bebés, de que les dejaran acceder al país, la embajada española en Kiev contestó que "*Las Autoridades españolas no pueden hacerse responsables de las promesas y afirmaciones hechas por agencias privadas que realizan fuera de España una actividad no amparada por la Ley española*"⁸⁴

Y es que la embajada había declarado ya desde 2006 que la gestación por sustitución no tenía cabida en el ordenamiento jurídico español y que por ello se desaconsejaba su práctica.

Asociaciones tanto pro-gestación subrogada, como partidarias de prohibir dicha práctica velaron por el bienestar de dichos menores, que no podían quedar desamparados.

⁸³ "*La embajada de España en Ucrania "no se responsabiliza" de los bebés por subrogación de futuros padres españoles*". (18 de Mayo 2020) Europa press *Recuperado de:* <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-embajada-espana-ucrania-no-responsabiliza-bebes-subrogacion-futuros-padres-espanoles-20200518123939.html>

⁸⁴ Europa Press, ob. Cit nota 82



De esta situación podemos ver cómo la falta de regulación afecta directamente al interés superior del menor. El hecho de que la embajada española en Kiev declarara que no podía hacerse cargo de las peticiones de los padres comitentes, no solo afectó a estos, sino que también dejó a decenas de menores recién nacidos encerrados en *el hall* de un hotel a la espera de ser recogidos durante meses.

4.2 OTROS CASOS INTERPUESTOS ANTE EL TEDH

En torno a esta situación que produce tanta controversia, el TEDH ha dictado diversas sentencias de gran importancia sobre los efectos jurídicos en un Estado, del reconocimiento de la filiación de un menor gestado por sustitución en otro Estado distinto. Algunas de las más importantes y que mayor eco han producido son el caso *Mennesson vs. Francia*⁸⁵ y el caso *Campanelli vs. Italia*.

4.2.1. El caso francés: (STEDH 26 DE junio de 2014 65192/11 *Mennesson vs. Francia*)

Este caso es protagonizado por un matrimonio francés, que se desplaza a los EE.UU, donde contrata los servicios de una mujer que gesta y da a luz a dos niñas gemelas.

Los padres, respecto de las niñas, fueron declarados por el tribunal del Estado correspondiente (California), como padres reconocidos mediante sentencia judicial estadounidense. Al instar la inscripción de las niñas en el registro civil francés esta situación fue denegada y supuso una apertura de periodo de pleitos entre la familia y el Estado francés. *La Cour de Cassation* consideró que no se puede aceptar la filiación, ya que en Francia el contrato de gestación por sustitución es nulo⁸⁶ por contradecir el orden público francés. Así pues, el Estado francés utiliza para denegar la inscripción de dichas niñas el argumento de la infracción del orden público internacional, cuya decisión fue recurrida por los padres ante el TEDH, por vulnerar el derecho a la vida privada que se recoge en el contenido del art. 8 de la CEDH.

Según el TEDH los padres estarán vulnerando el orden público internacional con su solicitud de reconocimiento. Pero si estudiamos la misma situación desde el punto de

⁸⁵ También el caso *Labasee vs. Francia* que tiene contenido muy similar a este. Padres comitentes que reclaman la filiación respecto de una menor nacida en Minnesota y cuya filiación es reconocida por el TEDH. (STEDH 26 junio 2014 65941/11, *Labasee vs. Francia*)

⁸⁶ Arts. 16.7 y 16.9 del Código Civil Francés. “[t]oute convention portant sur la procréation ou la gestation par le compte d’autrui est nulle”

vista de las menores, el hecho de privarles de unos padres que las han cuidado desde su nacimiento supone un peor perjuicio para ellas. Por lo que el TEDH opta en este caso por proteger el derecho a la vida privada de los menores y su derecho a tener una familia⁸⁷. Es por ello por lo que le da la razón a los padres recurrentes y considera que, aunque como padre biológico solo podrá constar el padre (que aportó el material genético desde un principio) ambos padres deben ser considerados como tal en respecto de las hijas menores.

4.2.2. El caso italiano: (STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*)

En este caso se decide la filiación respecto de un menor nacido en Rusia, por medio de un contrato de gestación por sustitución realizado en Moscú con los padres comitentes, de procedencia italiana.

Según el derecho ruso el menor es considerado hijo de los comitentes. Sin embargo, el Estado italiano considera no solo que los padres no pueden ser reconocidos como tal, sino que además se les acusa de varios delitos, ya que ni el óvulo ni el material genético pertenecían a ninguno de los padres comitentes, sino que provenía de la donación de terceros. Al regresar a Italia pues, no solo se acusa a la pareja de diversos delitos, sino que además se les arrebató el menor y este es entregado a una casa de acogida y puesto en adopción por las autoridades italianas. Además, se deniega todo efecto del certificado ruso de nacimiento por considerarse que vulnera el orden público internacional.

Ante esta situación los padres reclaman ante el TEDH, quien decide que en efecto las autoridades italianas están vulnerando con sus actuaciones el contenido del art. 8 del CEDH. Puesto que la total separación del menor respecto de sus padres de intención es una medida extrema que causa un perjuicio en el menor desamparado. En este caso el TEDH opta por pronunciarse sobre la existencia del derecho de los implicados a tener una vida familiar, que sería imposible si el menor es apartado completamente de ellos sin una causa justificada y no se pronuncia sobre la validez del vínculo de filiación otorgado por Rusia. No obstante, en su posterior pronunciamiento el

⁸⁷ GARCÍA SAN JOSÉ, D. “La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los estados parte en el convenio europeo de derechos humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del tribunal europeo de derechos humanos en relación con la gestación por sustitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, pp 110-111



24 de enero de 2017, establece el TEDH que no se produce aquí vulneración del CEDH, puesto que el material genético del menor no pertenece a ninguno de los padres y la convivencia de estos como familia no supera los 8 meses. Por ello, no se puede llegar a considerar que exista un vínculo familiar real. Y según el Tribunal, están justificadas las medidas tomadas por las autoridades italianas, ya que como señala GARCÍA SAN JOSÉ, D. en su estudio, el TEDH establece que *“En su opinión, la retirada del niño de sus padres de intención se habría hecho exclusivamente por consideraciones legales, esto es, de cumplimiento con el orden público y para desmotivar a otros padres potenciales italianos de proceder de similar modo al que ellos habían actuado”*⁸⁸

Aunque el TEDH no se pronunció sobre la posible validez o no de la filiación establecida en Rusia, sí estableció que al no existir una vida familiar que proteger con respecto al contenido del CEDH, las autoridades italianas podrán tomar las medidas necesarias, para encontrar una solución equilibrada para todos los intereses de las partes afectadas y por lo tanto la familia acabó siendo separada de su bebé.

5. POSIBLES SOLUCIONES A ESTA DISPARIDAD NORMATIVA Y SUS EFECTOS.

La conclusión a todo este estudio deja claro que la disparidad normativa y los vacíos legales en los que se sostiene la figura de la gestación subrogada, supone un problema a nivel, no solo nacional, sino también internacional para los Estados y familias que se ven afectadas por estas situaciones.

La regulación actual que se adopta en nuestro país, como bien establece en su informe el Comité de Bioética, no impide en absoluto la proliferación de estas técnicas, sino que lejos de solucionar los problemas que se desprenden de ella, lo que consigue es que *“prolifere la maternidad subrogada internacional de carácter comercial.”*⁸⁹

El vacío legal existente en nuestro país⁹⁰, supone que determinados menores puedan ser reconocidos, mientras que otros no y esto afecta a nuestra ciudadanía, que pierde la fe en la protección legal del estado Español.

⁸⁸ GARCÍA SAN JOSÉ, D. op, Cit nota 87 pp. 121 que hace referencia a: Puntos 11 y 12 del voto disidente conjunto de los jueces Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev en la sentencia de 24 de enero de 2017 (Gran Sala) del TEDH en el caso Paradiso y Campanelli c. Italia, demanda núm. 25358/12

⁸⁹ LÓPEZ LÓPEZ, et al. Op, cit nota 9 pp. 84

⁹⁰ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. establece en su estudio a partir del contenido del Informe del comité de bioética que evidentemente existe un vacío legal en nuestro país, aunque el TS en su sentencia de 2014 estableciera la inexistencia del mismo. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. op, cit. Nota 74 pp.23



Una de las posibles soluciones al respecto, es la propuesta por el Comité de Bioética en su informe realizado en 2017. En él se plantea el no reconocimiento de esta técnica de reproducción humana asistida, ni la posible inscripción de los menores gestados mediante esta técnica en nuestro país bajo ninguna circunstancia. Y es que, en el presente la normativa determina dicha práctica como nula, pero el hecho de que se reconozcan una serie de requisitos que pueden permitir el reconocimiento e inscripción de estas técnicas, no desincentiva su práctica como ya hemos analizado.

Por ello, si deseamos optar por la vía del mantenimiento de la nulidad de esta TRHA en nuestro país, una solución podría ser imponer una barrera total que desincentive a las familias a practicarla. Para ello, la posibilidad de reconocer a sus hijos posteriormente debe ser inalcanzable. La posible solución sería, denegar toda inscripción en el Registro Civil de cualquier menor, sea el caso que sea y eliminar el posible reconocimiento judicial y registral.

Como establece ROMEO CASABONA, en defensa de esta ideología; *“no cabe a día de hoy otra respuesta mejor que la de asumir la nulidad del contrato de gestación por sustitución que señala la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”*⁹¹

Siguiendo en la misma línea podría realizarse por organismos internacionales un estudio sobre una posible legislación conjunta a nivel mundial que suponga una destipificación de esta práctica y por lo tanto, una prohibición expresa de practicarla en cualquier país. De este modo, se conseguiría como apunta SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C *“la nulidad de los contratos de gestación subrogada independientemente del lugar en que se celebren, para evitar así la explotación de las mujeres y la lesión del interés superior de los niños”*.⁹²

Una tercera opción encaminada a desincentivar la práctica de estas técnicas que podría funcionar, sería la imposición de sanciones por su práctica. No nos referimos, no obstante, a sancionar a las familias que la practican. Porque como ya hemos analizado esto afectaría al menor, al que se debe proteger por encima de todo. Sin embargo, podría optarse por sancionar a las organizaciones y empresas que ofrecen este tipo de servicios y que organizan todo el procedimiento y puesta en contacto entre las familias comitentes y la gestante, con ánimo de lucro y que puede promover la efectiva

⁹¹ Ídem pp.24.

⁹² SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. op, cit. Nota 74 pp. 23

explotación de las mujeres. De hecho, esta es una de las propuestas en las que hace hincapié el Comité de Bioética en su informe sobre la gestación subrogada, ya que se establece que sancionando a estos promotores no habría práctica de estos contratos que tantos derechos vulneran.⁹³

Del mismo modo que hay iniciativas que defienden el fin de esta práctica, otras soluciones están encaminadas a conseguir una regulación más permisiva que suponga una nueva forma de concebir la gestación subrogada en nuestro país y no verla tan solo como una técnica de reproducción egoísta por la que se explota a la mujer y se compran niños.

Un ejemplo de estas a destacar, es la ya mencionada proposición de ley sobre gestación por sustitución realizada por el grupo parlamentario Ciudadanos⁹⁴. Esta regulaba todo el contenido de lo que, a su parecer, supondría un buen uso de la gestación por sustitución. Esta proposición de ley concebía la gestación subrogada como una técnica alternativa a aplicar en aquellos casos en los que el resto de las técnicas no funcionen. De forma que no se discrimine a las familias que no pueden adoptar, por ejemplo, o que tienen problemas de infertilidad. Desarrolla también la necesidad de que exista una relación biológica de algún tipo entre el menor y los comitentes. Es decir, el material genético del bebé tiene que ser de alguno de los comitentes, para así justificar la filiación respecto de estos fácilmente. Recordemos de hecho que esta solución es la que ha adoptado Portugal⁹⁵ con su reciente normativa sobre gestación por sustitución. Este país permite dicha práctica, pero tan solo en los casos médicos justificados a los que nos hemos referido y bajo unas condiciones específicas que también ya hemos apuntado, como por ejemplo la obligatoriedad de que el contrato sea siempre gratuito.

Otra solución al respecto, sería acotar la posible aplicación de estas técnicas a un ámbito muy concreto, permitiendo la práctica de la gestación subrogada tan solo a aquellas personas que no puedan conseguir satisfacer sus necesidades de ser padres por medio del resto de opciones posibles. Llevando la aplicación de la gestación subrogada al contexto médico, se podría asegurar la buena práctica de esta técnica y la inexistencia de abuso por las partes. Establece el Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la

⁹³ LÓPEZ, LÓPEZ, et al. Op. Cit. Nota 9 pp. 86

⁹⁴ Véase Op. Cit. nota 32

⁹⁵ Véase op. Cit. Nota 21

Sociedad Española de Fertilidad (SEF) que la gestación por sustitución, solo debería ser permitida para aquellos sujetos que padecen “*esterilidad estructural*”⁹⁶, es decir parejas del mismo sexo y familias monoparentales.

La mayoría de las posturas que defienden el mantenimiento de la gestación subrogada como técnica de reproducción accesoria, coinciden en determinar que para que esto sea posible, se necesita establecer una serie de requisitos fundamentales. Como por ejemplo, que la gestante tenga una edad determinada (suele ser mayor de 25 años), que se lleve un registro de las posibles gestantes para el control de esta técnica y que el proceso no sea lucrativo (aunque sí pueda otorgarse compensación económica de algún tipo por los comitentes si lo desean).

Existen muchas soluciones, tanto a favor como en contra de legalizar la práctica y reconocimiento de la gestación subrogada, pero centrándonos en el aspecto ético de esta situación, lo que nos queda bien claro es que, como defiende el TEDH, cada caso concreto debe ser estudiado al detalle para poder tomar una decisión. Para que esta sea acorde con todos los elementos existentes en la relación contractual que se efectúa, ya que no podemos generalizar y determinar que la gestación subrogada siempre implica discriminación, explotación y beneficio comercial. No obstante, parece que estas soluciones van a tardar en materializarse y por el momento seguiremos encontrándonos con esta irregularidad nacional e internacional. Esto se debe a que los pilares fundamentales de la sociedad, como es la composición de la familia, siempre son muy difíciles de modificar, como en su estudio establece ELISABETH ROUDINESCO, que destaca que “*cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la sociedad al pánico*”⁹⁷

6. CONCLUSIONES

Por ende, del estudio realizado podemos entender que es difícil el consenso de las diferentes posturas sobre este asunto. Establecer un patrón lógico para la resolución

⁹⁶ NUÑEZ R., FEITO L. Y ABELLÁN F. GRUPO DE ÉTICA Y BUENA PRÁCTICA CLÍNICA DE LA SEF *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución* 2016, pp.6 Recuperado de <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>

⁹⁷ “*No deberíamos tener cambiar las leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y en la ciencia. La gestación por sustitución es la continuación de la procreación medicamente asistida. Desde finales del siglo XIX, cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la sociedad al pánico: el divorcio, la igualdad de derechos de los padres, el aborto... ¡Siempre se nos está diciendo que un apocalipsis está a punto de pasar, y nunca pasa! Apocalipsis sería una humanidad que no quiera hijos*”, DURÁN AYAGO, A. Op. Cit. 8 pp. 265-308



de estos casos controvertidos a nivel internacional, que pueda aplicarse del mismo modo para el ordenamiento jurídico de los distintos Estados, es algo que muy difícilmente puede lograrse cuando en el objeto de la discusión, se encuentra un tema tan controvertido y que afecta no solo a aspectos legales, sino también éticos de nuestra sociedad.

La ética de cada Estado, por su costumbre y sistema legal es distinta y por lo tanto no es posible una única respuesta.

La actual situación, que descarta el posible reconocimiento de la filiación de los menores gestados por sustitución, si no se cumplen los requisitos necesarios, supone que las familias españolas, de momento, deben dejar de hacer uso de esta práctica. De no ser así, las consecuencias que esto tendría suponen la indefensión de su hijo en nuestro país. No obstante, lo que parece claro es que determinar como nula esta práctica no aleja a la sociedad de seguir realizándola, pero abrir las barreras totalmente al libre albedrío puede entrar en conflicto con el orden público internacional.

Lo ideal para el avance de la sociedad, bajo mi punto de vista, sería permitir la gestación por sustitución solo para aquellas personas que no pudieran hacer efectiva, de ningún modo, cualquier otra TRHA. Es decir, permitir el desarrollo de esta técnica a aquellas familias, monoparentales o no, sea cual sea su sexo, que por factores biológicos, determinados por un médico, no puedan tener hijos de otra forma.

Aunque para estos casos existe el procedimiento de adopción, que tiene un proceso mucho más largo y complejo, opino que todo individuo debería tener derecho biológicamente a satisfacer la necesidad de ser padre o madre. Por ello, para mí, la solución sería permitir la gestación por sustitución por razones médicas, estableciendo unos requisitos que regularan por completo esta situación, con el pleno reconocimiento del hijo como legítimo que esto supone.

Muchas organizaciones regulan la gestación por sustitución, pero muchas de ellas son creadas con fines lucrativos. Si se consiguiera cambiar el núcleo de estas organizaciones por un conjunto de médicos especializados en ginecología y cuidados en el embarazo. Apoyado, tal vez, por un programa de salud público que eliminara la mercantilización de esta práctica, esta se realizaría de una forma mucho más humana y segura para todas las partes, tanto madres gestantes como menores gestados.

Esta puede parecer una solución poco realista, puesto que seguramente entre en conflicto con el principio del orden público español, pero desde luego, bajo mi punto de vista, es una solución alcanzable si la sociedad española sigue pidiendo el desarrollo de esta TRHA. Ya que, prohibiendo esta práctica en nuestro país lo único que se consigue es fomentar el turismo reproductivo, como hemos podido apreciar. Y sin embargo, dotar a la ciudadanía de un derecho a acceder a este tipo de prácticas, cuando le sean necesarias, y bajo la tutela del ordenamiento jurídico español, puede suponer un desarrollo natural de este procedimiento que tanto se criminaliza y que tantos problemas aporta a nivel internacional entre ciudadanos y el derecho.

Por ello, lo correcto desde mi punto de vista, por el momento, es analizar las distintas soluciones que pueden existir al respecto e intentar hallar la mejor manera de mantener un control sobre la situación, sin que haya discriminación ni desamparo de ningún tipo.

Y así esperar que en algún momento, el avance científico, político y social de nuestra comunidad, halle una solución que permita a los ciudadanos que puedan hacer uso de esta TRHA, sin encontrarse problemas para ello.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ACEBEDO BERMEJO, A *Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad: La maternidad por sustitución o <<madre de alquiler>>*, Tecnos. Madrid, (2013).
- ANDREU MARTÍNEZ, MB “Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: La instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019”. *Actualidad jurídica iberoamericana n°10 bis*. (junio 2019)
- ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, T XVI, 2016
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. *Retos actuales de la filiación: Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución*. Tecnos. Madrid, (2018)
- CALVO CARAVACA, A. Y CARRASCOSA GONZALEZ, J. “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. más allá del tribunal supremo y del tribunal europeo de derechos humanos.” *Cuadernos de derecho transnacional* vol. 7, n° 2, (octubre 2015)
- CALVO CARAVACA, A. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho internacional privado Vol II: La gestación por sustitución en los casos internacionales. Filiación de los nacidos a través de prácticas de reproducción asistida*, Comares, Madrid, (2018)
- DIAZ FRAILE, J. “La gestación por sustitución ante el registro civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea.” *Revista de Derecho Civil* vol VI num 1. (2019)
- DOMINGO, F. *Abandonado por ser un niño Down*, El Mundo (2 Agosto, 2014). Recuperado de <http://www.mundo.es/internacional/2014/08/02/53dd0a8f268e3e7e638b4573.html>



- DURÁN AYAGO, A. “Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. de por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 11, Nº 2. (Octubre 2019)
- FARNÓS, AMORÓS, E. “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California” Barcelona, *InDret, revista para el análisis del derecho* (2010), Recuperado de http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. Y SÁNCHEZ LORENZO S., *Derecho Internacional Privado: Filiación- derecho aplicable*, Thomson Reuters Edición 9ª Madrid, (2016)
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. *Aprobación de la adopción de una niña nacida en Kiev de gestación subrogada por parte de un matrimonio español que obtuvo la inscripción de dicha filiación en el consulado de esa localidad (SAP Murcia 31 enero 2019)*. (10 abril, 2019). Recuperado de <https://fernandezrozas.com/2019/04/10/aprobacion-de-la-adopcion-de-una-nina-nacida-en-kiev-de-gestacion-subrogada-por-parte-de-un-matrimonio-espanol-que-obtuvo-la-inscripcion-de-dicha-filiacion-en-el-consulado-de-esa-localidad-sap-murcia/>
- GARCÍA SAN JOSÉ, D. “La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los estados parte en el convenio europeo de derechos humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del tribunal europeo de derechos humanos en relación con la gestación por sustitución.” *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113,
- GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M. *La verdad biológica en la determinación de la filiación: El principio mater Semper certa est* Dykinson, Madrid,. (2013)
- LOPEZ LÓPEZ, MARÍA TERESA Y DE MONTALVO JAASKELAINEN, FEDERICO Y ALONSO BEDATE, CARLOS Y BELLVER CAPELLA, VICENTE Y CADENA SERRANO, FIDEL Y DE LOS REYES LÓPEZ, MANUEL Y FERNÁNDEZ MUÑIZ, PABLO IGNACIO Y JOUVE DE LA BARREDA, NICOLÁS Y LÓPEZ MORATALLA, NATALIA Y NOMBELA CANO, CÉSAR Y ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA Y SERRANO



- RUIZ-CALDERÓN, JOSÉ MIGUEL. *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. (2018) Recuperado de <https://eprints.ucm.es/42816/>
- MUÑOZ RODRIGO, GONZALO. “La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019”. *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº 10 bis (2019) ISSN 2386-4567
 - NÚÑEZ BOLAÑOS, M., M.^a NICASIO JARAMILLO, I., PIZARRO MORENO, E. *El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción*, Sevilla. (2015)
 - NUÑEZ R., FEITO L. Y ABELLÁN F. Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF (2016) *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*. Recuperado de <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>
 - PETURSA RODRIGUEZ, L *Dimensión consular de la gestación por sustitución en derecho internacional privado*. (2018)
 - RODRIGO, A *Turismo reproductivo o de fertilidad. Definición, características y destinos*. *Babygest*. (25 enero, 2017) Recuperado de <https://www.babygest.es/turismo-reproductivo/>
 - SALAS CARCELLER, A., “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal* n.º 10/2011 Pamplona, Aranzadi. (2011) Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3416565>
 - SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. “Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española” *InDret, revista para el análisis del derecho*. (2018) Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/1416.pdf>
 - TAMAYO HAYA S. *La maternidad y paternidad del siglo XXI; Reproducción asistida, doble maternidad legal y novedades jurisprudenciales*. Comares, Granada, (2015)
 - TROLICE, MARK P. y Álvarez, N. *Gestación subrogada en Estados Unidos: precio, legislación y requisitos* 19, septiembre 2019 Recuperado de <https://babygest.com/es/estados-unidos/>

Legislación:

- Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. «BOE» núm. 296, de 11/12/1958.
- Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.«BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 15, de 17/01/1996.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. «BOE» núm. 126, de 27/05/2006.
- Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria. <<BOE>> núm. 150, de 3 de julio de 2015.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015.
- Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. «BOE» núm. 182, de 31/07/2015.
- Proyecto de ley 122/000117 Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos.

Jurisprudencia:

- STS 835/2013 de 6 de febrero de 2014
- STS 835/2013 de 24 de marzo de 2014
- STEDH 26 junio 2014, 65192/11 *Menesson vs. Francia*.



- STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*.
- Auto TS 335/2015 de 2 de febrero de 2015
- Sent. Cour Cass. Francia 3 julio 2015, *Lizie*.
- STEDH 21 julio 2016, *Foulon y Bouquet vs. Francia*.
- Dictamen de 10 de abril de 2018, P16-2018-001 del TEDH
- SAP Murcia, 31 de enero de 2019
- Report of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project (meeting from 29 October to 1 November 2019) Recuperado de:
<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/>

Otras fuentes de consulta:

- Comunicado 31 ministerio de asuntos exteriores que deja sin efecto la DGRN.
Recuperado de
http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Comunicados/Paginas/2019_COMUNICADOS/20190217_COMU031.aspx
- Nota de prensa del Ministerio de Justicia del día Sábado 16 de febrero de 2019 sobre la inscripción de menores subrogados en el extranjero en España.
Recuperado:
<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2019/160219gestacion-subrogada.aspx>
- “La embajada de España en Ucrania “no se responsabiliza” de los bebés por subrogación de futuros padres españoles”. (18 de Mayo 2020) Europa press
Recuperado de:
<https://www.europapress.es/sociedad/noticia-embajada-espana-ucrania-no-responsabiliza-bebes-subrogacion-futuros-padres-espanoles-20200518123939.html>