



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2016/2017
Convocatoria: Septiembre

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU TRATAMIENTO EN ESPAÑA

**GESTATION BY SUBSTITUTION AND ITS
TREATMENT IN SPAIN**

Realizado por la alumna **Doña Fabiola Socas Toledo**

Tutorizado por el Profesor/a Don Luis Javier Capote Pérez

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil



ABSTRACT

Gestation by substitution consists of an assisted reproductive technique whose treatment in Spain is determined in the prohibition of the same and the nullity of the concluded contracts of surrogate maternity. It's a matter that is as complex as it is controversial, and that is because of the specially protected rights that are being faced, and it is also a matter of international public order. We will approach this matter from the position adopted by the doctrine, the resolutions issued, the position of our judges and the decision of the European Court of Human Rights, as well as the solution given by the General Directorate of Registries and Notaries to deal with the various cases that are raised today. The arguments for and against which keep the debate in its greatest intensity, the different modalities that it offers and the most recent public pronouncements on this subject, will also be presented, which will enable us to imagine the future of the surrogate gestation in Spain.

RESUMEN

La gestación por sustitución consiste en una técnica de reproducción asistida cuyo tratamiento en España se determina en la prohibición de la misma y la nulidad de los contratos celebrados de maternidad subrogada. Se trata de una materia tan compleja como controvertida y, ello es, debido a los derechos especialmente protegidos que se ven enfrentados, convirtiéndose, además, en una cuestión de orden público internacional. Se abordará esta materia desde la postura adoptada por la doctrina, las resoluciones emitidas, posición de nuestros jueces y pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como, la solución dada por la Dirección General de Registros y Notariado para hacer frente a los numerosos casos que se plantean en la actualidad. También se expondrán los argumentos a favor y en contra que mantienen el debate en su mayor intensidad, las distintas modalidades que ofrece y los pronunciamientos públicos más recientes sobre esta materia que ayuden a imaginar cuál será el futuro de la gestación subrogada en España.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.....	5-7
III. FILIACIÓN	
1. Aspectos generales.....	7-9
2. Determinación de la filiación derivada de la gestación por sustitución.....	9-10
2.1. Determinación de la maternidad derivada de contrato de gestación por sustitución: <i>Mater semper certa est</i>	10-12
2.2. Determinación de la paternidad derivada de contrato de gestación por sustitución: La acción de reclamación de la paternidad (artículo 10.3 LTRHA).....	12-13
2.3. Determinación de la paternidad derivada del contrato de gestación por sustitución: supuesto de pareja comitente homosexual masculina.....	13-14
3. La adopción como alternativa.	
3.1. Filiación adoptiva. Aspectos generales: a) Regulación de la adopción; b) Requisitos y prohibiciones de la adopción; c) Constitución de la adopción y resolución judicial; d) Efectos de la adopción.....	14-17
3.2. La adopción como alternativa legal de determinación de la paternidad y maternidad en favor del o los comitentes.....	17-19
3.3. Fraude de ley.....	19
IV. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.	
1. La gestación por sustitución: a) concepto, b) sujetos y c) modalidades.....	19-23
2. Posiciones al respecto: a favor y en contra de la gestación por sustitución.....	23-29
V. JURISPRUDENCIA.	
1. Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, sobre inscripción del nacimiento acaecido en el extranjero.....	29-31
2. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010.....	31-32

3. Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE 7/10/2010).....	32-33
4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre de 2011.....	33-34
5. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 247/2014 (Sala de lo Civil, Sección 1º), de 6 de febrero de 2014	35-38
6. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014 (65192/11) Menneson vs. Francia; (65941/11) Labassee vs Francia; y de 27 de enero de 2015 Paradiso et Campanelly vs Italia.....	38-39

VI. Y AHORA, ¿EN QUÉ PUNTO ESTAMOS?

1. Memoria del Fiscal General del Estado.....	40
2. Propuesta de Bases Generales para la regulación en España de la gestación por sustitución (Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad).....	40-42
3. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.....	42
4. Proposición de ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación del Grupo Parlamentario Ciudadanos.....	43-45

VII. BIBLIOGRAFÍA.....	46-48
------------------------	--------------

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene como finalidad la realización de un estudio acerca de una figura tan compleja como controvertida como es la gestación por sustitución, maternidad subrogada, gestación subrogada o cualquiera que sea el concepto que se utilice para referirse a la misma.

Se estudiará cuál es su situación legal en España, además de la filiación y cómo se determinaría cuando esta deriva de la utilización de esta técnica de reproducción humana asistida. Se propondrá la adopción como alternativa a la misma y su viabilidad. Se analizará el concepto de gestación subrogada, quiénes son los sujetos que intervienen, sus diversas modalidades y la posición de la doctrina respecto de esta técnica reproductiva, así como la posible existencia o no de un derecho a procrear que justifique la utilización de esta técnica. Se presentará la interpretación de la jurisprudencia española y lo dictaminado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como la solución dada actualmente por la Dirección General de Registros y del Notariado a los menores nacidos por contrato de gestación por sustitución y que deben ser inscritos en España. Finalmente, se aportarán las manifestaciones públicas más reciente acerca de la gestación subrogada con el fin de predecir su futuro en España.

No cabe duda de la complejidad de la figura y la profunda controversia que la envuelve, existiendo dos posiciones totalmente enfrentadas sobre la misma: a favor o en contra. Lo cierto es, que es innegable la realidad social y que esta misma se compone de numerosos individuos o parejas que acuden a esta técnica reproductiva, por lo que se trata de una cuestión de necesidad social de dar respuesta y solución a la situación, como se verá a lo largo del trabajo, la solución dada por el legislador da lugar a múltiples vacíos legales que han de ser resueltos en aras de la seguridad jurídica.

II. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.

Se regulan por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico las técnicas de reproducción asistida por medio de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, la cual las admite como técnicas para hacer frente a la esterilidad de la pareja. Seguidamente, es derogada por la 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, en la que se modifican determinados artículos para adaptar la norma a los avances

médicos y científicos sufridos por las técnicas desde el año 1988. Finalmente, es aprobada la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, norma vigente al respecto, y a la que nos referiremos como LTRHA a partir de este momento.

En cuanto al tema objeto de este trabajo, la redacción en materia de gestación por sustitución que recoge la LTRHA es idéntica a la que ya se establecía en la Ley 35/1988. Incluso, en ambas, se recoge en el artículo 10. La Ley 35/1988 se refiere en su Preámbulo Tercero a la gestación por sustitución como «previsible aplicación» de las TRA, la cual genera grandes diversidades de opiniones, además de tener una valoración jurídica «difícil». Añade, además, que plantea esta técnica la posible existencia de un derecho a la procreación; si ese derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes, de carácter ético o de bien común; y si las partes pueden disponer libremente de los negocios jurídicos en materia de Derecho de Familia. Sin embargo, tras dicha alusión en el preámbulo de la norma, la gestación por sustitución es «nula de pleno derecho», como se verá a continuación. Por su parte, la LTRHA no hace referencia a esta figura en su Exposición de Motivos, regulando la misma en su artículo 10, según el cual:

- 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*
- 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación por 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.*

La nulidad de pleno derecho indica que no podrá exigirse por vía judicial el cumplimiento de dicho convenio, es decir, la parte comitente no podrá exigir a la gestante la entrega del nacido ni, en su caso, la devolución del precio acordado; o, en el caso de que la gestante decida cumplir con su parte, el efecto seguiría siendo la nulidad, ya que, la consecuencia del acto se determina por Ley y no por la voluntad de las partes.¹

Añade al respecto VELA SÁNCHEZ que, según la doctrina, independientemente de la nulidad expresa establecida, el contrato de gestación por sustitución sería nulo atendiendo

¹ JARUFE CONTRERAS, Daniela. *(Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción humana asistida)*. Ed. DYKINSON. Madrid, 2013. Pág. 270).

a las normas civiles de nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, en atención al artículo 1275 CC por ser «*ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral*»; y, en segundo lugar, porque es un contrato que carece de objeto, según lo establecido en el artículo 1271 CC «*Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aun las futuras*», por lo tanto, no hay contrato sin objeto cierto o, cuando este sea contrario a las leyes, a la moral y al orden público (artículos 1261.2º y 1255 CC). Sería nulo además, según argumenta el autor, por oponerse al principio de indisponibilidad del cuerpo humano y recaer sobre las facultades reproductivas y de gestación de la mujer, haciendo objeto del comercio la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico.²

En los artículos 24 y siguientes de la LTRHA, se establece que las infracciones en materia de reproducción humana asistida, serán objeto de sanciones administrativas, sin perjuicio de las civiles, penales o de cualquier otro orden. En relación a ello, en el Código penal, pese a la no contemplación directa como delito, serían aplicables los artículos 220 a 222.

III. FILIACIÓN.

1. ASPECTOS GENERALES.

La filiación «*es el vínculo que existe entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo.*» Según palabras de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, el vínculo existente tiene una dimensión biológica y, ligada a ésta, una dimensión jurídica, lo que nos permitirá afirmar que «*la filiación es el vínculo jurídico que existe entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo*». Por tanto, en primer lugar, «*son padres e hijos, quienes lo son biológicamente*». Cuando no hay concurrencia entre ambas relaciones, lo que se da en caso de adopción y técnicas de reproducción asistida, «*será el Derecho positivo el que va a crear un vínculo de filiación puramente jurídico*». Junto a estos factores biológicos y jurídicos, se tendrán en cuenta otros de carácter social, cultural o afectivo, en atención a esto: «*Padre es quien se comporta como padre*». Y, en este caso, alude el autor, a la necesidad de un mecanismo

² VELA SÁNCHEZ, A.J. (*La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Ed. COMARES, S.L. Granada, 2012. PP. 41-42., en relación a LÓPEZ PELÁEZ, P. «Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución (*Madres de alquiler*) en el Derecho español», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Alventosa del Río, J. y Moliner Navarro, R. (Coords.), Vol. I, Universidad de Valencia, 2008, p. 668).

de atribución de la paternidad o maternidad (artículo 176.1 CC en relación con la adopción).³

En la misma línea, se dispone en la STS de 6 de febrero de 2014 que «*la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencias no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural*».⁴

Apunta al respecto, JARUFE CONTRERAS, que «*la filiación no es necesariamente una situación derivada de un hecho biológico*» y, alude a la distinción realizada y planteada por la doctrina de distinción entre padre y progenitor, «*no son sinónimos*», afirma. Y, con ello, se refiere a que la figura de «padre» contiene una carga sociocultural y asume unos roles sociales que le otorgan una «*verdad sociológica-jurídica que puede o no ir acompañada de la verdad biológica*». Añade, además, que «*con frecuencia, no coincidirá la relación jurídica con la relación biológica de filiación*» y, ello es así, porque «*la filiación jurídica es un vínculo mucho más rico y complejo que el mero dato biológico*», otorgándose con ello, mayor transcendencia a los roles sociales asumidos que a lo que se determine biológicamente.⁵

En lo que respecta a las técnicas de reproducción asistida, para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ la transparencia biológica es la regla que opera, es decir, que, en todo momento se conoce la filiación biológica, qué sujeto aporta el material genético y la relación entre quienes resulten ser legalmente los padres. Y, por todo ello, afirma el autor, que los pilares en los que se asienta la regulación de la filiación, incluso los propios conceptos de filiación, maternidad y paternidad, se han visto afectados y, ante ello, no ha habido una respuesta legal capaz de asimilarlo.⁶

Por ejemplo, en el caso de la filiación materna, el criterio de que la maternidad se determina por el parto, es recogido por vez primera en la Ley 35/1988, sobre reproducción

³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; DE PABLO CONTRERAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (*Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*. Ed. EDISOFR s.l. 5ª Edición, año 2016. Madrid. PP. 321-323).

⁴ STS núm. 247/2014 (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia de 6 de febrero de 2014. (Cendoj) Cita en texto: STS de 6 de febrero de 2014. Fundamento de derecho tercero (apartado sexto).

⁵ JARUFE CONTRERAS, Daniela. (*op. cit.* p. 29-31).

⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; DE PABLO CONTRERAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (*op. cit.* p.367.)

asistida. Es así, porque antes de la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida, no cabía la posibilidad de plantearse que la madre gestante no fuese la madre genética. En el momento en que esto ocurre, es cuando surge la necesidad de crear dicho criterio para resolver los conflictos que se puedan generar.⁷

2. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Afirma VELA SÁNCHEZ, que la gestación por sustitución produce una contradicción y contraposición de intereses entre la pareja o sujeto individual comitente y la gestante «*que es, en principio, la madre jurídica, en cuanto gestadora y alumbradora del nacido*», así como con su marido o pareja de hecho. Generándose, con ello, varias formas de paternidad o maternidad compartida, según los grados intervención de los sujetos en la procreación. Los distingue el autor de la siguiente forma:

1º) Paternidad o maternidad plena: en este caso se produce la unión entre la relación biológica y el pleno ejercicio de derechos y deberes que ello implica.

2º) Paternidad o maternidad genética: donante (anónimo) de óvulos o espermatozoides.

3º) Maternidad gestativa: mujer que gesta el embrión en cuya formación genética no ha intervenido y tiene a su favor el axioma *mater semper certa est*.

4º) Paternidad o maternidad legal: por parte de quien asume los derechos y obligaciones inherentes a la paternidad o maternidad jurídica frente al hijo, sin que exista vínculo biológico alguno.⁸

En el artículo 10.1 LTRHA se prohíbe la renuncia a la filiación por parte de la gestante en favor del contratante y, por tanto, como dispone el segundo apartado, la filiación en este caso «*será determinada por el parto*», fijando el legislador que la filiación se determina en favor del principio *mater semper certa est*. Ello en relación con la filiación materna, en el caso de la filiación paterna, esta será determinada en atención al tercer apartado del artículo 10 LTRHA.

⁷ LASARTE, Carlos. (*Derecho de familia. Principios de Derecho Civil VI*. Ed. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A. Edición decimocuarta. Madrid, 2015. Pág. 276).

⁸ VELA SÁNCHEZ, A.J. (*op. cit.* p. 19).

2.1. Determinación de la maternidad derivada de contrato de gestación por sustitución: *Mater semper certa est.*

La filiación materna se determina por el parto y por la identidad del descendiente, no admite presunciones. La maternidad se anuncia por el embarazo y, en atención a ello, recoge VELA SÁNCHEZ que *«aunque se trate solo de una madre portadora –por haber sido inseminada con un embrión en cuya formación no intervino genéticamente- debe ser entendida como madre jurídica por la estrecha relación psicofísica que se establece entre ella y el concebido durante el proceso de gestación»*.⁹

Decir que la filiación materna se determina por la identidad del descendiente, significa que debe realizarse la comprobación de que coinciden la madre y el hijo nacido durante el parto, así como su posterior inscripción en el Registro Civil (tal y como señala el artículo 120.5º CC). Frente a ello, recoge el autor, que se propone, para este caso, *«la modificación del solo dato del parto, sustituyéndolo por el de la libertad y responsabilidad por la procreación que, además de coincidir con la voluntad de la pareja matrimonial o de hecho o sujeto comitente, es el criterio más favorable a los intereses del menor. En consecuencia, la paternidad o maternidad deberá corresponder al sujeto individual o pareja sin cuya actividad, al margen de su participación genética o biológica, no se habría dado inicio al proceso biológico que originó el nuevo ser humano, y que además, desee el hijo para sí»*.¹⁰

Lo dispuesto en el artículo 10.2 LTRHA supone una reafirmación de las reglas generales en determinación de la maternidad, por las que, lo relevante en este caso es la gestación y el parto, y no el aspecto biológico. Afirma JARUFE CONTRERAS, que, la mayoría de la doctrina está a favor de lo establecido en el artículo como solución a la determinación de la maternidad en caso de gestación por sustitución y, que, para otra parte de la doctrina, el aspecto genético es el que debería de tenerse en cuenta en este caso, al tratarse del *«factor definitorio de la identidad del nacido»*.¹¹ Algunos argumentos al respecto, que defiende la determinación de la maternidad en favor de la mujer comitente, se fundan en que es por voluntad de la mujer comitente que el hijo ha venido al mundo, es *«la persona que quiso ser la madre legal»*; además de tratarse de la madre genética del nacido cuando haya aportado su óvulo para la gestación. Otro de los argumentos es la relación matrimonial con el padre, cuando se haya determinado la paternidad en favor del

⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J. (*op. cit.* p. 31-32).

¹⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J. (*op. cit.* p. 34).

¹¹ JARUFE CONTRERAS, Daniela. (*op. cit.* p. 273, Nota al pie 814).

padre comitente, como se estudiará a continuación. Sin embargo, se verá que el dato que se tiene en cuenta en determinación de la filiación paterna, es el estado civil de la gestante, y no el de la pareja comitente. Según recoge JARUFE CONTRERAS, afirma al respecto HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, que no deberían ser aplicables en este caso las reglas previstas para la maternidad natural, en este caso, la gestante ha asumido su misión de manera voluntaria, por la que va a gestar al embrión y renunciar a cualquier derecho sobre el mismo; además, asimila el papel de la gestante como el papel del donante que interviene en la inseminación artificial o la fecundación in vitro, y, por tanto, la solución que da el 10.2 LTRHA, es contraria a las reglas establecidas respecto a dichas técnicas de reproducción asistida.¹² Además, lo establecido en el artículo, deja la puerta abierta a una posible adopción por parte de la mujer comitente, aspecto que será analizado más adelante.

En palabras de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, la aparición de las TRA ha generado una crisis en las normas generales de filiación debido a que esta ya no va a ser determinada tan solo por la procreación. Hay que tener en cuenta que en la maternidad subrogada, el nacido puede tener hasta tres madres: i) madre genética (donante anónima); ii) madre gestante; iii) madre comitente. Todo ello ha provocado, la necesidad de sustituir principios como *mater semper certa est* y, en relación al mismo, *partus sequitur ventrem*, por el de *pater y mater incertos sunt*; así como el de *favor veritatis* (verdad biológica) por *favor filiationis* (inscripción de la filiación).

Finalmente, pese a que los contratos de gestación por sustitución prevean la mayor cantidad de incidentes que se puedan producir, pueden darse determinados problemas. En lo que se refiere a la determinación de la filiación de la madre gestante, es posible que, pese al convenio existente con los comitentes por el que se compromete a entregarles al niño tras la concepción, puede ocurrir que la gestante rechace dicha entrega y decida quedárselo. En este caso, no existe ninguna posibilidad a favor de la pareja comitente, en atención al criterio de determinación de la maternidad por el parto.¹³ La solución dada por

¹² JARUFE CONTRERAS, Daniela. (*op. cit.* p.275-276) en relación a (Antes de la Ley 35/1988 véase en HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. “La atribución de maternidad en la gestación contratada”, en *La filiación a finales...*, pág. 445; y con posterioridad a la Ley 35/1988 en HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. “La Ley de 22 de noviembre...”, pág. 3044.)

¹³ JARUFE CONTRERAS, Daniela. (*op. cit.* p. 276).

tribunales norteamericanos para determinar la filiación en caso de conflicto entre gestante y pareja comitente, es el criterio de la «*intention*».¹⁴

2.2. Determinación de la paternidad derivada de contrato de gestación por sustitución: La acción de reclamación de la paternidad (artículo 10.3 LTRHA).

A diferencia de lo señalado en el apartado anterior, la filiación paterna se funda en presunciones que parten de la existencia del matrimonio (*pater est quem nuptiae demonstrant*) y deberes de cohabitación y fidelidad entre los cónyuges.¹⁵ Así como, la filiación no matrimonial se determinará cuando se cumpla alguno de los mecanismos establecidos en el artículo 120 Cc.¹⁶

En caso de gestación por sustitución, el tercer y último apartado del artículo 10 de la LTRHA recoge la acción de reclamación de paternidad. Para empezar, distingue PÉREZ DE CASTRO entre dos supuestos: en el primer caso, la gestante no está casada, por lo que la acción corresponderá al comitente que ha donado sus gametos, quien sería el padre biológico (en relación con el artículo 131 CC), en este caso, también el hijo tendrá legitimación para reclamar la paternidad (artículo 133 CC). No ocurrirá lo mismo en el supuesto de que la gestación se haya producido por medio de donante, en este caso, no puede el comitente ejercitar la acción del 10.3 LTRHA (aunque sería de aplicación el artículo 8.2 LTRHA sobre fecundación artificial en pareja no casada, en relación con el 120.2 CC y 49 LRC).

En el segundo caso, la gestante está casada. El problema que se plantearía al respecto sería que operará la presunción de paternidad a favor del marido de la misma, pese a no ser el padre biológico y haya consentido a la maternidad subrogada. En este caso, el marido de la gestante podrá impugnar la filiación mediante la acción del artículo 136 CC, la acción triunfará en el caso de que éste no haya aportado su material genético, de lo contrario, la prueba biológica determinaría su paternidad. Asimismo, podrá el hijo mediante el 137 CC.

¹⁴ FARNÓS AMORÓS, Esther. (*Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Ed. Atelier, 2011, Barcelona. pp. 126-127).

¹⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J. (*op. cit.* p. 31-32).

¹⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L.; SÁNCHEZ REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J. *Elementos de Derecho civil IV Familia*. Ed. DYKINSON. Cuarta edición. Madrid, 2010. (Pág. 322).

También el comitente, cuando es el padre biológico, podrá ejercitar acción de reclamación de paternidad e impugnar la existente.¹⁷

JARUFE CONTRERAS, reflexiona acerca de la situación que se genera en el supuesto del 10.3 LTRHA, en el que la filiación paterna recaerá sobre el varón comitente y, la materna, sobre la gestante, creando la filiación entre dos personas que carecen de vínculo. La solución que propone es que sea el Juez quien determine con qué progenitor deberá permanecer en atención al interés del menor.¹⁸

Para finalizar, plantea, PÉREZ DE CASTRO, una interesante cuestión respecto del posible derecho de la madre comitente a ejercitar esta acción en el supuesto de que se trate de la madre biológica, es decir, cuando haya aportado su material genético. Cuestión que también plantea JARUFE CONTRERAS. Según la autora, cuando el óvulo proceda de la mujer comitente, la gestante podría impugnar su maternidad para poder ser reclamada por la comitente/genética, asimismo, también el menor concebido tener derecho a impugnar la maternidad de la gestante y reclamar la de la comitente/genética.¹⁹ Sin embargo, dicha cuestión es inviable en atención a la rotundidad de la Ley al respecto, tal y como hemos desarrollado en el apartado anterior.

2.3 Determinación de la paternidad derivada del contrato de gestación por sustitución: supuesto de pareja comitente homosexual masculina.

En primer lugar, se parte de que se haya producido la determinación de la paternidad en favor de uno de los miembros de la pareja comitente. En este caso, deberá diferenciarse si están casados o no. Si se da el primer caso, el otro varón podrá adoptar al menor tras obtener el consentimiento de la gestante y la correspondiente resolución judicial.

En el segundo caso, de no estar casados, deberá acudir en primer lugar a lo establecido en la Disposición Adicional Tercera, de la Ley 21/1987²⁰, por la que será de aplicación lo establecido para la adopción en caso de matrimonio a las parejas «*unidas de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal*». Sin embargo, ello

¹⁷ GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M. (*La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Ed. DYKINSON. Madrid, 2013. PP. 350-352).

¹⁸ JARUFE CONTRERAS, Daniela. (*op. cit.* p.281).

¹⁹ JARUFE CONTRERAS, Daniela. (*op. cit.* p.276).

²⁰ Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

no era aplicable a parejas de hecho homosexuales tal y como se desprende si interpretamos la norma en el puro sentido literal, ya que hace clara alusión a que dicho artículo tan solo es de aplicación a parejas heterosexuales cuando dice «*serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja (...)*».

Sin embargo, pone fin a ello, el artículo 2 (apartado 19) de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, por el que se modifica el artículo 175.4 Código Civil, en el que se dispone que «*Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal*». En este caso, la redacción del artículo permite la acogida de ambas relaciones.

Finalmente, de no haber sido posible determinar la paternidad en favor de uno de los miembros de la pareja, la única vía existente y, sólo en caso de estar casados, es la adopción conjunta, con todos los requisitos que se expondrán más adelante.

3. LA ADOPCIÓN COMO ALTERNATIVA

3.1. FILIACIÓN ADOPTIVA. ASPECTOS GENERALES.

Por medio de la institución de la adopción, el Estado puede hacer posible que un menor pase a ser hijo de quienes no son sus padres por naturaleza.²¹ Apunta LASARTE al respecto, «*adoptar equivale a integrar en una familia a alguien que no pertenece a ella por razones de consanguinidad, de sangre o descendencia, creando, pues, un estado familiar o, mejor, una relación de parentesco basado en el propio acto de la adopción*».²² Asimismo, hay que señalar que la adopción ha sido desarrollada con el fin de dar solución al problema social de los niños en desamparo.²³

²¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; DE PABLO CONTRERAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (*op. cit.* p. 455).

²² LASARTE, Carlos. (*op. cit.* p. 328).

²³ GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M. (*op. cit.* p.227)

En palabras de LACRUZ BERDEJO, la filiación adoptiva es aquella que, sin base jurídica y por medio de un acto jurídico, establece una relación idéntica a la paterno-filial entre adoptante y adoptando.²⁴

Tras la aprobación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en cuyo Preámbulo (párrafo 7) se afirma que «*la adopción no será ya un simple negocio privado entre el adoptante y los progenitores por naturaleza*», diversos autores discuten sobre la naturaleza de esta institución. Según recoge LACRUZ BERDEJO, GARCÍA CANTERO, entiende que, de la norma, se desprende que la adopción es un negocio de derecho de familia celebrado entre adoptante y adoptando y perfeccionado por la resolución judicial. Se manifiestan en contra, SANCHO REBULLIDA y LASARTE. Para el primero, un negocio jurídico se perfecciona con el consentimiento y, sin embargo, en el supuesto de adopción, existe una *conditio iuris*, la resolución judicial. Para el segundo, la adopción en la actualidad «*es un acto de autoridad perteneciente al Derecho público o un acto judicial.*»²⁵

El régimen de adopción se construye en base a los siguientes criterios. En primer lugar, se instaura un principio de control administrativo de las adopciones, con el fin de evitar el tráfico jurídico, garantizar la idoneidad de los adoptantes y asegurar el beneficio de la adopción para el menor. En segundo lugar, de los efectos de la adopción, deriva el principio *adoptio imitatur naturam*, por el que la adopción no solo genera una relación de filiación entre adoptante y adoptando, sino de éste último por los parientes del adoptante. Y, finalmente, rige el principio de interés superior del menor, el cual es determinante para la constitución del vínculo adoptivo, por medio de la resolución judicial.²⁶

a) Regulación de la adopción.

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (artículos 175 a 178).
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

²⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L.; SÁNCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J. (*op.cit.* p.367).

²⁵ LASARTE, Carlos. (*op. cit.* p. 337) y LACRUZ BERDEJO, J.L.; SÁNCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J. (*op. cit.* p. 378-379)

²⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; DE PABLO CONTRERAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (*op. cit.* p. 456).

- L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil.
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- 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 (artículos 20.3 y 21).
- Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

b) Requisitos y prohibiciones de la adopción.

En lo que se refiere al adoptante, tan solo podrá adoptar cuando no incurra en prohibición alguna (artículo 175 CC, apartado 1 *in fine*, quienes no puedan ser tutores en atención a lo previsto en el código y supuestos recogidos en el apartado 3); además, tenga capacidad para prestar el consentimiento; y, según lo establecido en el artículo 175.1 CC, sea mayor de veinticinco años (si son dos, es suficiente con que uno de ellos haya alcanzado la edad) y la diferencia de edad respecto al adoptando sea de, al menos, dieciséis años y no superior a cuarenta y cinco (salvo en casos previstos en el artículo 176.2 CC).

Seguidamente, en lo que se refiere al adoptando, establece el artículo 175.2 CC que *«únicamente podrá ser adoptados los menores no emancipados»*, con la excepción posteriormente señalada, por la que se podrá adoptar a mayor de edad o menor emancipado, *«inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año.»*

c) Constitución de la adopción y resolución judicial.

La adopción se constituye por resolución judicial, que *«tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad»* (artículo 176.1 CC). El expediente de adopción se inicia con propuesta

previa por parte de la Entidad Pública respecto de los adoptantes que hayan sido declarados idóneos (artículo 176.2 CC).

Establece el artículo 177 CC que deberán prestar consentimiento a la adopción el adoptante o adoptantes y adoptando mayor de doce años. Deberán, también, asentir a la adopción el cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad, salvo en caso de separación, divorcio o ruptura que conste fehacientemente; los progenitores del menor no emancipado, salvo que estén privados de patria potestad o inmersos un proceso judicial con dicho objeto. Y, deberán ser oídos por el Juez, los progenitores no privados de la patria potestad cuando su asentimiento no fuera necesario; el tutor y, en su caso, familia acogedora, y guardador; y, adoptando menor de doce años, en atención a su edad y madurez.

Finalmente, una vez constituida por resolución judicial, la adopción es irrevocable (artículo 180.1 CC), sin que el vínculo adoptivo resulte afectado por «*la determinación de la filiación que por naturaleza corresponde al adoptado*» (artículo 180.4 CC).

d) Efectos de la adopción.

El efecto que produce la adopción es la equiparación a la filiación por naturaleza. En relación a ello, establece el artículo 108 CC, que «*la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos*», además, produce la extinción de los vínculos jurídicos entre adoptado y su familia de origen (artículo 178.1 CC), salvo las excepciones del apartado 2 del artículo.

3.2. LA ADOPCIÓN COMO ALTERNATIVA LEGAL DE DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD EN FAVOR DEL O LOS COMITENTES.

La institución de la adopción se presenta como una solución frente a la nulidad del contrato de gestación por sustitución a favor del sujeto individual o pareja comitente. No existe ninguna prohibición expresa a ello, sin embargo, en el artículo 176.2 CC se establece que «*para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad.*» Y, en atención al precepto, es posible que el sujeto individual o la pareja comitente no sean las personas seleccionadas por la Entidad Pública.

JARUFE CONTRERAS recoge las razones por las que la figura de la adopción podría verse desvirtuada si la aplicamos a la maternidad subrogada. En primer lugar, señala la inseguridad jurídica que genera la maternidad subrogada para determinar la filiación, por la que se fuerza un proceso de adopción. Además, como se expone en el párrafo anterior, en la adopción los adoptantes son elegidos por la autoridad administrativa sin que hayan intervenido en la gestación, concepción, ni aportación de material genético, y, por supuesto, no han encargado todo lo anterior ni ofrecido precio por ello.²⁷

Los modelos de adopción que derivarían de este caso, son los siguientes:

a) La adopción conjunta, en la que se generan inconvenientes respecto a los trámites establecidos para la adopción. En primer lugar, la madre gestante y su marido, deberán entregar voluntariamente al menor en adopción. A la pareja comitente, se les exigirá los requisitos previstos para la adopción (al menos uno de los adoptantes deberá de ser mayor de veinticinco años y deberá existir una diferencia de edad respecto del niño, de al menos dieciséis años). La gestante y su marido, deberán consentir a la adopción, salvo que se encuentren privados de la patria potestad o inmersos en causa legal para dicha privación. La gestante no podrá renunciar a la maternidad en favor de un contrato de gestación por sustitución y solo podrá consentir a la adopción pasadas seis semanas siguientes al parto (artículo 177.2 CC). Finalmente, en el caso de que la pareja comitente sea seleccionada por la autoridad administrativa, se constituirá la adopción por resolución judicial, en atención al interés del menor y la idoneidad de los comitentes.

b) La adopción del hijo del cónyuge prevista en el artículo 176.2.2º CC. Una vez ejercitada la acción de reclamación de la paternidad por el comitente (art. 10.3 LTRHA), o, en caso de adopción unilateral del varón comitente, la cónyuge o pareja, incluyéndose a parejas del mismo sexo cuando haya vínculo matrimonial, podrá proceder a la adopción. Para ello, deberán de cumplirse los requisitos que prevé el artículo 175 CC, no requiere propuesta administrativa previa, se constituirá por resolución judicial, atendiendo al interés del menor y la idoneidad del adoptante.

²⁷ JARUFE CONTRERAS, Daniela. (*op. cit.* p. 283-284).

c) La adopción unilateral realizada por el sujeto individual comitente, generándose los mismos problemas señalados anteriormente.²⁸

3.3. FRAUDE DE LEY.

En el supuesto de que la gestante, una vez sido atribuida su maternidad tras el parto, entregue a la pareja o sujeto individual comitente, el hijo en adopción, afirma VELA SÁNCHEZ que, para un sector mayoritario de la doctrina, no estamos ante un fraude de ley ya que la adopción no está expresamente prohibida por el legislador, es decir, una vez sea inscrita la filiación materna de la gestante, no hay prohibición, es más, en caso de conflicto entre las partes, se resolvería en favor de la gestante.

Y, sin embargo, para otro sector de la doctrina, se constituye un claro fraude de ley respecto lo establecido en el 10 LTRHA, ya que por medio de la adopción, se conseguiría la finalidad de la gestación por sustitución y, por tanto, se trataría de un acto realizado con el fin de eludir una norma prohibida por el ordenamiento jurídico, tal y como dispone el artículo 6.4º CC.²⁹

IV. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

1 LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: CONCEPTO, SUJETOS Y MODALIDADES.

a) Concepto.

Existe numerosa terminología para hacer alusión a la maternidad subrogada o gestación por sustitución (términos que serán utilizados para hacer referencia a esta figura a lo largo del trabajo). Los mencionados anteriormente son los más conocidos y utilizados a la hora hacer alusión a esta técnica de reproducción asistida. Sin embargo, también es común y vulgarmente utilizado el término «vientre de alquiler», el cual, tiene una connotación despectiva y es usado para menospreciar esta técnica. Pese a que en su esencia, todos los conceptos parecen referirse a lo mismo, no es así realmente, la maternidad subrogada parte de un convenio, un acuerdo entre la parte comitente y la gestante, dentro de un sistema que regule y controle dicho acuerdo y que garantice el respeto y protección de los derechos que entran en juego. Por otro lado, si se habla de vientre de alquiler, aparecen y ganan fuerza

²⁸ JARUFE CONTRERAS, Daniela. (*op. cit.* p. 284-287).

²⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J. (*op. cit.* p. 48-49).

todos los argumentos existentes en contra de esta figura, ya que, dicho término hacen pensar de forma directa en que se trata de la compra de un bebé.

Para exponer los distintos conceptos de maternidad subrogada que se han planteado, es necesario acudir, en primer lugar, a los primeros informes que hacen referencia a esta figura. El primero de ellos, el Informe Warnock, según el cual, es *«aquella situación en la que una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca.»*³⁰ El segundo, el Informe Palacios, disponía al respecto que *«es una forma de maternidad biológica por la cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja heterosexual (matrimonio o pareja estable) irreversiblemente estéril, que responsabilizará la maternidad y paternidad de la descendencia a todos los efectos.»*³¹

La maternidad subrogada, para VELA SÁNCHEZ, consiste en *«... un supuesto especial de reproducción humana asistida por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé –a través de las técnicas de reproducción asistida– para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no»*. Por otra parte, señala el autor que también es considerada como *«aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)»*.

Si lo planteamos desde el punto de vista de la concurrencia de una pareja comitente, *«se alude a la posibilidad (el convenio) en la cual el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer (distinta a la que aporta el óvulo), que lo gesta y lo procrea en beneficio de la pareja»* o bien *“implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la*

³⁰ Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología humana (Mary Warnock).

³¹ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas (Informe Palacios): (aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986).

*pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante».*³²

En la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011, se determina que *«consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos».*³³

b) Sujetos.

En lo que a los sujetos que intervienen en la gestación por sustitución se refiere, se distinguen en parte comitente y parte gestante. En cuanto a la primera, puede tratarse de sujeto individual (hombre o mujer) o pareja contratante (heterosexual u homosexual). En cuanto a la segunda, es la mujer que gesta el embrión con material genético propio o ajeno, lo alumbró y entrega a los comitentes *«renunciando a la determinación de su maternidad».*³⁴

c) Modalidades

En la práctica, se pueden plantear numerosos supuestos de maternidad subrogada que serán estudiados a continuación. De manera introductoria, serán planteadas no solo las diversas modalidades existentes, sino algunas de las distintas clasificaciones que se pueden realizar al respecto.

Desde el punto de vista de la determinación de la maternidad, surgen tres tipos de maternidades: la gestante, la biológica y por voluntad. Respecto a la gestante, la madre gestante siempre va a ser la mujer que cede su útero para hacer posible el desarrollo del embarazo. Respecto a la biológica, se determinará en función de quién aporta el material genético que hace posible la fecundación, ya sea la madre comitente, la propia gestante o una tercera donante anónima. Finalmente, respecto a la maternidad por voluntad, va a

³² VELA SÁNCHEZ, A.J. (*op. cit.* p. 13-15).

³³ SAP Valencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre de 2011. (Cendoj Id. 4625037010202011100707).

³⁴ JARUFE CONTRERAS, Daniela. (*op. cit.* p. 262).

recaer sobre la comitente en el supuesto de que intervengan la mujer que haga posible la gestación y una donante anónima que aporte el material genético.³⁵

Desde el punto de vista de la madre gestante: la mujer que va a prestar su útero para hacer posible el desarrollo del embarazo puede tener diversas intervenciones no solo como gestante, sino que es posible que aporte su propio material genético para hacer posible la fecundación. Existe un tercer supuesto planteado por VELA SÁNCHEZ en el que la mujer que «*por razones de afecto familiar o debido simplemente a un móvil de servicio altruista para un miembro infértil del mismo sexo, asumen el embarazo ajeno*». Respecto a esto último, será analizado un poco más adelante.

Desde el punto de vista de la madre comitente: se puede encontrar, por un lado, un supuesto en el que una mujer capaz de concebir pero no de gestar, solicita de otra mujer la gestación del embrión fecundado; y, por otro lado, una mujer que no solo no puede gestar, sino tampoco concebir, solicitará de otra mujer no solo que ceda su útero para hacer posible el embarazo, sino que aporte su propio material genético.³⁶

A continuación, se plantearán de forma más detallada las diversas modalidades que surgen en la maternidad subrogada y las numerosas opciones que de ellas se producen. Para empezar, debe distinguirse entre maternidad subrogada por encargo de pareja comitente y, en concreto, hacer referencia a supuesto de pareja homosexual masculina, y maternidad subrogada solicitada por persona sola.

- *Maternidad subrogada por encargo de pareja comitente:*

A) La pareja comitente aporta el material genético que hace posible la fecundación. Este es el supuesto más sencillo para determinar la filiación en favor de la pareja comitente, desde el punto de vista biológico.

B) Un miembro de la pareja aporta el material genético. Si la pareja aporta el semen del varón, el óvulo podrá ser aportado por donante anónimo o por la gestante, aunque respecto de esto último, sería complejo para la pareja comitente ya que la maternidad biológica y legal recae sobre la gestante. Lo mismo ocurre cuando se da el supuesto de que la comitente aporta el óvulo y el semen no es de donante anónimo sino lo aporta el marido de

³⁵ GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M. (*op. cit.* p. 345).

³⁶ VELA SÁNCHEZ, A.J. (*op. cit.* p. 17-18).

la gestante, por lo que no coincide la madre biológica con la gestante ni el padre legal con biológico.

C) Ninguno de los miembros de la pareja comitente aporta el material genético, ya sea porque ambos son estériles, y, además, la mujer no puede gestar. En este caso, no existe ninguna vinculación biológica entre el menor y la pareja comitente. El material genético que hace posible la fecundación será aportado por terceros donantes anónimos, por la gestante y su marido, óvulo aportado por gestante y semen por donante, óvulo aportando por donante y semen por marido.

- *Maternidad subrogada en caso de pareja homosexual masculina:*

A) Uno de los varones aporta el semen para la fecundación y el óvulo lo aporta la gestante o donante anónima. En este caso, podrá ejercitar la acción del art. 10.3 LTRHA.

B) Ninguno aporta el semen para hacer posible la fecundación, por lo que, el material genético será aportado por donantes anónimos, por la gestante y su marido, el óvulo por la gestante y el semen por donante, el óvulo por donante y semen por marido de la gestante. En este caso, no podrá ejercitar dicha acción.

- *Maternidad subrogada por persona sola:*

A) Varón solo: En este caso, tanto si interviene o no en la fecundación, el óvulo será aportado por la gestante o por donante anónima y, el semen, podrá aportarlo él mismo o, de lo contrario, será aportado por el marido de la gestante o por donante anónimo.

B) Mujer sola: En lo que respecta al semen será aportado por el marido de la gestante o por donante anónimo. El óvulo, podrá ser aportando por la comitente, la gestante o por donante anónima.³⁷

2. POSICIONES AL RESPECTO: A FAVOR Y EN CONTRA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

A continuación, se hará un repaso por las diversas opiniones y complejos debates que dicha figura suscita.

³⁷ JARUFE CONTRERAS, Daniela. (*op. cit.* p. 288-293 y 301-303).

En primer lugar, establece la CDFUE, en lo que respecta al derecho a la integridad de la persona, que «*En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro.*»³⁸ En relación a ello, se puede concebir que el contrato de gestación por sustitución, no solo es nulo de pleno derecho sino que se trata de un contrato inmoral debido a que las personas están fuera del comercio, se atenta mediante el mismo contra la dignidad de los intervinientes, sobre todo en lo que se refiere a la gestante y al menor, quien se convierte en objeto de un contrato. Además, «*la capacidad de gestar es intransferible y no permite pactos ni contratos*»³⁹, tal y como apunta VELA SÁNCHEZ. Frente a ello, se puede argumentar que la moralidad e inmoralidad es algo extremadamente relativo y, en razón a ello, las normas deben adaptarse a la realidad social, siempre dentro de una serie de límites que no contraríen la dignidad de las personas, y, en este caso, dicha vulneración a la dignidad de quienes intervienen en el contrato de gestación por sustitución, no queda probada. Es posible encontrar en la práctica casos en los que sí ocurra, casos que serían aislados, por lo que no es conveniente aplicarlo a todo.

Otro de los argumentos que se asientan en defensa de la mujer gestante, se basan en que la gestante es la que peor posición tiene en dicha relación debido a que se ve coaccionada a acceder a ser parte en el contrato de maternidad subrogada por necesidades económicas y, además, se produce la cosificación de la misma.

En el primer caso, las razones económicas motivan que una mujer acceda a gestar en su vientre el hijo que va a ser para otros. Y, en la misma línea de pensamiento, quienes quieren celebrar este tipo de contratos (la pareja o sujeto individual comitente) se aprovechan de esa dificultad económica y pretenden «comprar» algo que evidentemente queda fuera del mercado. El altruismo, en este caso, no es una opción. Se percibe que, de las relaciones que se crean en el contrato de maternidad subrogada, se produce una posición de superioridad de los comitentes respecto de la gestante, lo cual justifica la nulidad y prohibición absoluta de este negocio jurídico. Lo que llevaría al segundo caso, la cosificación de la mujer gestante. No solo porque la mujer se convierte en una especie de objeto para gestar, sino porque la posición de superioridad de los comitentes en el contrato

³⁸ Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 3, apartado 2, letra c).

³⁹VELA SÁNCHEZ, A.J. (*op. cit.* p. 30).

supone que la gestante deba asumir las peticiones de los mismos, respecto a cómo deba llevar el embarazo o actuar durante el mismo.

Frente a todo lo anterior, la solución que se puede plantear es la regularización del contrato de gestación subrogada para que sea el ordenamiento jurídico quien controle que se proteja el interés superior del menor, no exista posición de superioridad de una parte sobre la otra, la protección de la gestante, así como se establezcan obligaciones hacia las partes para evitar situaciones de abandono que se han producido en la práctica. Ello no garantiza que se eviten situaciones conflictivas y perjudiciales para las partes, pero si una mayor seguridad jurídica. Asimismo, otra solución para garantizar mayor seguridad, control y protección, sería establecer una serie de sanciones e infracciones en materia de maternidad subrogada que penalicen todas las situaciones perjudiciales hacia las partes que se puedan generar a razón del contrato de gestación por sustitución.

En lo que se refiere a que supone la cosificación de la mujer, se parte de que el contrato celebrado entre parte comitente y gestante se hace libre y voluntariamente y, por tanto, lo que se deduce de dicho argumento es que la mujer es incapaz de decidir libremente. Una mujer que accede a ser parte gestante en un contrato de maternidad subrogada lo hace con libertad y asumiendo la responsabilidad que ello conlleva. Lo crucial en todo ello sería la existencia de un organismo regulador y controlador de la relación que se crea, que informe y asesore detalladamente a la mujer y sea consciente de la decisión que va a tomar y las consecuencias que va a tener.

Siguiendo con el tema económico, otra de las críticas que pueden surgir hacia esta figura jurídica es que genera desigualdad debido a que, al tratarse de un procedimiento excesivamente caro, es accesible para muy pocos.

En lo que se refiere al menor, para VELA SÁNCHEZ, éste es el más perjudicado, ya que «*se reclama en los tribunales como si de una mercancía se tratase*»⁴⁰. Es más, podría afirmarse que, por medio del contrato de maternidad subrogada, se vulnera el interés superior del menor por el que «*todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá*

⁴⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J. (*op. cit.* p. 27-28).

*será el interés superior del niño»*⁴¹. O, de lo contrario, realmente se vulnera con la no regulación de la gestación por sustitución, ya que, ello ocasiona en la práctica problemas para determinar la filiación. Además, se trata de un niño deseado por los comitentes, sin los cuales no habría existido.

Por otra parte, expone VELA SÁNCHEZ que *«El pago de dinero sería, por tanto, el único elemento rechazable en un convenio de gestación por sustitución»*, por lo que existiría una única posibilidad de admisión de la maternidad subrogada y es cuando esta se realiza de forma altruista y gratuitamente. De esta forma, existiría total libertad de la gestante de poner fin al contrato y decidir sobre la entrega del nacido o no.⁴²

Finalmente, otros de los argumentos más críticos, consiste en la obsesión de tener un hijo biológico «a toda costa», recordando que existe la vía de la adopción. Sin embargo, el sistema de adopción es susceptible a numerosas críticas respecto a lo largo y complejo que es el proceso, lo que, evidentemente, no justifica en ningún caso acceder a cualquier otra técnica para evitar dicho procedimiento. A mi modo de ver, la maternidad subrogada es una opción más, ni mejor ni peor, una técnica que permite a mujeres que no pueden gestar y a parejas homosexuales masculinas fundar una familia. Por tanto, no es justo utilizar casos concretos en los que se ha obrado con mala fe y atribuirlo a la generalidad.

En relación a esto, se plantea lo siguiente: ¿Existe el derecho a procrear?

De existir lo denominado «derecho a procrear», se desprendería de lo señalado en los artículos 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en el que *«se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello»*⁴³, así como en el 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada por Resolución de la Asamblea General de la ONU 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 (apartados 1 y 3), en la que dispone lo siguiente: *«Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, y en caso de disolución del*

⁴¹ Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (artículo 3).

⁴² VELA SÁNCHEZ, A.J. (*op. cit.* p. 30).

⁴³ JARUFE CONTRERAS, Daniela. (*op. cit.* p. 115).

matrimonio.» Y, añade en su tercer apartado, «la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.»

Además, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), Roma 4.11.1950, establece en su artículo 12 en relación con el derecho a contraer matrimonio, el «*derecho a fundar una familia según las leyes nacionales*», sin que haya una injerencia por parte de la autoridad pública en la vida privada y familiar más allá de la establecida por ley (artículo 8: derecho al respeto a la vida privada y familiar).⁴⁴

Es necesario señalar, en relación con todo lo anterior, que, asimismo, se reconoce el derecho a las parejas homosexuales femeninas y masculinas, así como, a mujeres y hombres solteros, el derecho a la maternidad y a la paternidad, estos últimos por medio de la contratación de una mujer gestante, en atención a lo dispuesto en el artículo 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), Roma 4.11.1950, en que se establece el derecho al respeto a la vida familiar y, en su artículo 14, prohibición de discriminación; en relación con los artículo 7 (Respeto a la vida familiar), 9 (Derecho a fundar una familia), 20 (Igualdad ante la Ley) y 21 (Principio de no discriminación), de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE); y, en la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, por la cual, se añade al artículo 44 lo siguiente: «*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*».⁴⁵

Afirma JARUFE CONTRERAS que, del «derecho a fundar una familia» nace implícitamente el derecho a tener descendencia propia, es decir, «libertad de procrear». Se trata de un derecho defensivo, por el que la mujer y el hombre, en el proceso de reproducción, deben de ser protegidos de intervenciones de la autoridad pública. Sin embargo, recoge que, para el autor francés FEUILLET-LE MINTIER, debe entenderse como derecho a procrear o no procrear, cuando sea naturalmente posible y, cuando no lo

⁴⁴ FARNÓS AMORÓS, Esther. (*op. cit.* p. 45-48).

⁴⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J. (*op. cit.* p.13-14 y 16).

sea, no se puede entender como derecho que genere una obligación para el Estado de hacer posible la procreación.⁴⁶

Entiende JARUFE CONTRERAS el «derecho a tener hijos» como un «derecho a acceder a los medios para tenerlos». Dicho acceso podrá ser, desde un punto de vista positivo (derecho a que el Estado proporcione los medios para tener hijos); o, desde un punto de vista negativo (derecho a que el Estado no impida el acceso a los medios que permitan obtenerlos).⁴⁷

Según FARNÓS AMORÓS, el Estado no debe intervenir en las decisiones que conciernen a la vida privada y familiar de cada individuo, pero sí debe protegerla y garantizar medidas de acceso a métodos anticonceptivos, fomento de adopción y medios para prevenir la fertilidad, entre otras, sin que se vea obligado a proporcionar dichas medidas. Se trata, por tanto, según ella, de un derecho complejo, formado a partir del derecho a fundar una familia, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la planificación familiar, el derecho a la salud, y el derecho a gozar del progreso científico, por lo que, aunque no sea un derecho fundamental ni genere obligaciones, resulta protegible a través de estos derechos.⁴⁸

Plantea VELA SÁNCHEZ, la posibilidad de que el derecho a la paternidad –biológica o no-, que se desprende en materia de maternidad subrogada, se encuentre amparado por el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1º CE). Todo ello, en base a la finalidad del Derecho para «servir al desarrollo del bienestar humano» y su necesidad de adaptación a las exigencias sociales. Así como, además de la protección del derecho a la dignidad de las personas (artículo 10.1º CE), en concreto, de la madre gestante y del concebido al convertirlo en objeto del contrato, frente a un convenio de maternidad subrogada, también es necesaria la protección del matrimonio o de la familia, en su función procreadora, la cual se ampara, igualmente, en el artículo 39.1 CE.⁴⁹

⁴⁶ JARUFE CONTRERAS, Daniela. (*op. cit.* p. 115-116) en relación a FEUILLET-LE MINTIER, B., (*Le droit des couples...*, EN DEKEUVER-DÉFOSSEZ, F., (et alii), *Les filiacitions par greffe...*, pág. 72-73.). (Nota al pie 270).

⁴⁷ JARUFE CONTRERAS, Daniela. (*op. cit.* p. 127-128).

⁴⁸ FARNÓS AMORÓS, Esther. (*op. cit.* p. 45-48).

⁴⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J. (*op. cit.* p. 22-23).

En conclusión, el derecho a procrear no implica una obligación por parte del Estado para garantizar tener hijos, implica la no intervención del mismo para permitir que los ciudadanos, dentro del abanico de derechos que avalan la existencia de este derecho, puedan acceder a las técnicas existentes para garantizarlo. Por supuesto, esto no quiere decir que todo valga, debe de existir un sistema que regule y controle la forma en que se practica dicho derecho y que se haga de forma en que se garantice la protección, en todo caso, del menor y de todos los sujetos que intervengan en dicha procreación.

V. JURISPRUDENCIA

1. Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 sobre inscripción de nacimiento acaecido en el extranjero.⁵⁰

Se interpone recurso ante la Dirección General de Registros y del Notariado por parte de un matrimonio homosexual masculino que pretendía inscribir a sus hijos nacidos en San Diego, California (Estados Unidos) por medio de contrato de gestación por sustitución, siendo dicha inscripción denegada por el Encargado del Registro Civil Consular de España en Los Ángeles en razón de la nulidad de dicho contrato y lo establecido en el artículo 10.1 LTRHA.

La resolución emitida se fundamenta en lo siguiente: se solicita una inscripción de nacimiento mediante presentación de certificación registral extranjera, por lo que el mecanismo a aplicar en este caso es el establecido en el artículo 81 RRC⁵¹, dicha certificación «*constituye una ‘decisión’ adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido*», por lo que, no se trata de una cuestión de derecho aplicable sino ante una de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España, excluyéndose, por tanto, la aplicación de derecho sustantivo español, es decir, de lo establecido en la LTRHA. Dichas certificaciones registrales extranjeras deben superar un control de legalidad que, en ningún caso consistirá en exigir que la autoridad extranjera resuelva el asunto en modo idéntico a como haría una autoridad

⁵⁰ Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, sobre inscripción de nacimiento acaecido en el extranjero. Extraída de base de datos de la página del Ministerio de Justicia: [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite.Resoluciones_de_la_Dirección_General_de_los_Registros_y_del_Notariado_\(Registro_Civil\)_pág._373_\(pdf\)](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite.Resoluciones_de_la_Dirección_General_de_los_Registros_y_del_Notariado_(Registro_Civil)_pág._373_(pdf).).

⁵¹ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

española, ello por razones de seguridad jurídica y economía procesal, entre otras. A lo que se refiere el precepto es a que la certificación registral extranjera deberá cumplir con una serie de exigencias de carácter imperativo con el fin de que no se produzca la vulneración del orden público internacional español. Tales exigencias son las siguientes: deberá tratarse de un documento público y presentado traducido; deberá ser elaborado por una autoridad extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que corresponden a las autoridades registrales españolas; y, como se veía anteriormente, que no produzca efectos contrarios al orden público internacional español.

En relación a esto último, la DGRN no considera la vulneración, en este caso, del orden público internacional ni lesión de principios jurídicos básicos del Derecho español debido a que, en primer lugar, en Derecho español se admite la filiación de un menor adoptado en favor de dos varones, lo cual deberá proceder de la misma forma en caso de hijos naturales. En segundo lugar, porque se permite la inscripción en el Registro Civil Español de la filiación en favor de dos mujeres, siendo discriminatorio por razón de sexo, no permitirlo en caso de dos varones. En tercer lugar, el interés superior del menor aconseja la inscripción en el Registro Civil español (RC en adelante) de la filiación que figura en el Registro extranjero a favor de parejas homosexuales, por lo que, al impedir dicha inscripción se estaría ante la vulneración del artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño (hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989), por el que los menores han quedado al cuidado de quienes han consentido para ser padres garantizando de esta forma *«la protección y el cuidado necesarios para su bienestar»*. En cuarto lugar, el TJUE en relación al interés superior del menor, determina que del mismo se desprende el derecho a la una identidad única, lo que se traduce en el derecho a disponer de una filiación única que sea válida en varios países, por lo que, en este caso, la no inscripción de la establecida en la certificación registral extranjera supone la vulneración de dicho derecho. En quinto lugar, hace referencia a que en Derecho español la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la vinculación genética entre los sujetos implicados, lo que permite la filiación natural del hijo en favor de dos mujeres, por lo que se aplicaría dicho criterio a la situación que se discute. En sexto lugar, argumenta la DGRN que no se está ante un caso de fraude de ley, ya que no considera que el comportamiento de los apelantes no tenía la finalidad de eludir la norma española, poniendo como ejemplo que no se produjo un cambio de nacionalidad o se intentó obtener una resolución judicial extranjera que al aplicar en España fuera contraria a nuestro ordenamiento jurídico, exponiendo

además, que el interés superior del menor supone «*la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma*». En séptimo lugar, al no tratarse de una cuestión de Derecho aplicable lo establecido en el artículo 10.1 LTRHA no es de aplicación a este caso, lo que se plantea es la inscripción de lo establecido en la certificación registral extranjera, la cual, carece de cosa juzgada y de inscribirse en el RC español surtirá los efectos jurídicos españoles, por lo que cualquier parte legitimada podrá impugnar su contenido ante los órganos judiciales, quienes determinarán la filiación definitiva de los menores.

Determina la DGRN que los menores cuentan con nacionalidad española al ser españoles de origen los nacidos de español o española (artículo 17.1.a) Cc), por lo que es innecesaria en este caso la determinación legal de la filiación de los menores en atención a lo establecido en el Cc, por tanto, procede la inscripción en el Registro Civil español.

Finalmente, se estima el recurso y ordena que se proceda a la inscripción en el Registro Civil Consular de la filiación determinada en la certificación registral californiana.

La resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 es impugnada por el Ministerio Fiscal, dando lugar a la SJPI nº15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010.

2. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010.⁵²

Frente a la fundamentación de la DGRN en su resolución, el JPI plantea, en relación a la inscripción de una certificación registral extranjera, que se requiere, aparte de lo determinado en la resolución, que el Encargado del Registro compruebe la realidad del hecho inscrito, lo cual implica no solo el control formal de la certificación, sino la realidad de que los que dicen ser padres de los menores que se quieren inscribir, realmente lo son, así como, deberá comprobar que dicha inscripción es conforme con la ley española, según lo establecido en el artículo 23 LRC⁵³.

La primera cuestión que plantea es determinar si se trata de un supuesto de gestación por sustitución, el cual no se prueba ni se desmiente y, según la DGRN, no hay constancia

⁵² Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia núm. 193/2010, nº procedimiento 188/2010, de 15 de septiembre de 2010. Cita en texto: SJPI Nº15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010.

⁵³ Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil. (Derogada por Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil).

de que el nacimiento de los menores tuvo lugar por medio de dicha técnica reproductiva, lo cual, para el JPI que no conste en la certificación no significa que no se haya producido. Por tanto, al aplicar lo expuesto anteriormente, el Encargado del Registro civil, al examinar la legalidad conforme a la ley española de lo establecido en la certificación registral extranjera, deberá denegar el acceso de dicha inscripción al ser la gestación por sustitución nula de pleno derecho en España.

En relación al argumento de la DGRN de que la inscripción no comporta vulneración del orden público internacional español debido a que, si dos varones pueden adoptar y la ley no distingue entre hijo adoptado y natural, en este caso, al tratarse de hijos naturales deberá procederse a su inscripción. Desestima dicho argumento el JPI al determinar que no pueden ser hijos naturales de dos varones por razones científicas. Además, frente a que la inscripción supondría un caso de discriminación por razón de sexo, establece el JPI que no se deniega la inscripción por dicho motivo sino por el origen del nacimiento de los menores, siendo de aplicación los fundamentos aportados a cualquier sujeto individual o pareja que acceda a esta técnica. Seguidamente, en atención al interés superior del menor, coincide el JPI en que los menores tienen derecho a una identidad única, sin embargo, deberán de seguirse los medios e instrumentos establecidos por el ordenamiento jurídico español para obtener la inscripción de la filiación en su favor. Finalmente, en atención al hecho de que no se trata de un caso de fraude de ley, el JPI sí observa en la actuación del matrimonio intención de eludir la norma española, al acudir a otro país y recurrir a una técnica que en España está prohibida.

Finalmente, el JPI falla estimando totalmente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, dejando sin efecto la inscripción realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, procediendo a la cancelación de la misma.

3. Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE 7/10/2010).

La DGRN dicta la presente instrucción en la determina una serie de condiciones por las que se permite la inscripción en el Registro Civil español de los nacidos en el extranjero por medio de la gestación por sustitución con la finalidad de proteger el interés superior del menor, los intereses que se desprenden de un contrato de gestación por sustitución y la protección de la gestante que renuncia a su derecho como madre. Amparándose en las

competencias que le atribuyen los artículos 9 de la LRC, 41 RRC, 7 del Real Decreto 1125/2008, de 4 y junio, establece las siguientes directrices:

- Primera:

Junto a la solicitud de inscripción se requiere la presentación de la resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

Salvo aplicación de Convenio Internacional, la resolución judicial extranjera será objeto de exequátur. Deberá presentarse ante el Registro civil español, la solicitud de inscripción y el auto judicial que ponga fin al procedimiento de exequátur.

En caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en procedimiento análogo a uno español, el Encargado procederá al control incidental de lo siguiente: la regularidad y autenticidad de la resolución judicial y documentos aportados; que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; la garantía de los derechos procesales de las partes, en especial de la gestante; la no vulneración del interés superior del menor y derechos de la gestante, verificando que el consentimiento de la misma se haya ofrecido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia; que la resolución judicial sea firme y los consentimientos prestados irrevocables.

- Segunda:

Se excluye la certificación registral extranjera o cualquier declaración acompañada de la certificación médica relativa al nacimiento en la que no conste la identidad de la gestante, para la inscripción.

4. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre de 2011.⁵⁴

Se interpone recurso de apelación frente a la resolución del JPI nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010 por la que se estima totalmente el recurso contra la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, cancelando la inscripción en el Registro Civil Consultar que esta había estimado.

⁵⁴ SAP Valencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre de 2011. (Cendoj). Cita en texto: SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011.

Señala la AP que en el artículo 23 LRC se determina que para proceder a la inscripción de certificación registral extranjera es requisito que se compruebe la realidad del hecho inscrito y su conformidad con la Ley española, lo que no se produce en este caso, para poder ser inscrita ha de superar un control de legalidad. Además, la inscripción de la certificación registral californiana sí supone la infracción del orden público internacional español debido a la prohibición expresa de la gestación por sustitución en España, vulnerándose los principios constitucionales en los que se ampara dicha prohibición.

En atención a la resolución de la DGRN de 5 de octubre de 2010, en la que se establecen una serie de condiciones para proceder a la inscripción de menores nacidos en el extranjero por medio de contrato de gestación por sustitución, no podría estimarse la inscripción en este caso ya que no se cumplen los requisitos de aportar resolución judicial de Tribunal extranjero ni datos de la gestante. Seguidamente, en lo que respecta a la actuación del matrimonio, la AP considera que no se puede hablar de fraude de ley, pero sí de indicios que demuestran el intento de huir de la aplicación de la norma en España, acudiendo al extranjero a celebrar un contrato prohibido en España, consiguiendo que se inscriba en una autoridad extranjera algo que no es posible en el ordenamiento jurídico español. Señala, además, la AP que no se puede hablar en este caso de discriminación por razón de sexo al permitirse la inscripción en caso de matrimonio homosexual femenino ya que se trata de una situación diferente en la que de la norma se desprende que una de las dos ha gestado al menor, por el contrario, de haber acudido a la gestación subrogada, les sería denegada la inscripción igualmente.

Respecto al principio del interés superior del menor, considera la AP que la satisfacción del mismo *«no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados»*. La prohibición de la gestación por sustitución supone la defensa de dicho principio. Además, no se atenta en la SJPI nº15 de septiembre de 2010 contra el derecho a una identidad única de los menores, siendo esta la que resulta de la certificación californiana y será la que se publique en el Registro Civil español si se accede al mismo de conformidad con la ley.

Finalmente, se desestima el recurso.

5. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 247/2014 (Sala de lo Civil, Sección 1º), de 6 de febrero de 2014.

Se interpone recurso de casación contra la SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, por el que se desestima el recurso de apelación planteado confirmando la SPI nº15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, por la que se estima recurso contra resolución de la DGRN en el que se establece la inscripción en el Registro Civil Consular de la filiación de dos menores nacidos por gestación por sustitución en favor de matrimonio homosexual masculino español. El recurso de casación se fundamenta en un único motivo: la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), en relación con derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores.

Se manifiesta el TS en primer lugar respecto del reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español. El reconocimiento de título extranjero, como se exponía en instancias anteriores, requiere un control, no solo formal sino de legalidad, de las cuestiones de fondo y, en atención a ello, cuando el artículo 23 LRC establece que debe existir «*legalidad conforme a la Ley española*», no se interpreta como algo a cumplir minuciosamente, lo que haría imposible el reconocimiento de una totalidad de resoluciones extranjero. Se interpreta en el sentido de respeto a las normas, principios y valores constituyen el orden público internacional español. La prohibición en España de la gestación por sustitución se fundamenta en la protección de principios constitucionales convirtiéndolo en cuestión de orden público internacional. Considera el TS que la actuación del matrimonio tiene la finalidad de huir de la norma española, ya que el desplazamiento a Estados Unidos se realiza con la única finalidad de celebrar un contrato de gestación por sustitución en un Estado en el que está legalizado y obtener la inscripción de la filiación de los menores en su favor. Por tanto, filiación que se pretende inscribir es contraria a lo establecido en el art. 10 LTRHA, incompatible con el orden público internacional impidiendo el reconocimiento el título extranjero.

En segundo lugar, se pronuncia en relación a la discriminación por razón de sexo u orientación sexual, argumento que se expone en el recurso y que es desestimado debido a que el fundamento de prohibición de la inscripción se sustenta en que la filiación es causa de contrato de gestación por sustitución y no en relación al sexo de los solicitantes. Por lo que, como indicaba la AP en su resolución, la prohibición operará en todo caso, sea quien sea, el sexo que tenga, si ha contraído matrimonio o no, el sujeto que la pretenda.

Seguidamente, en lo que respecta al interés superior del menor, concepto jurídico indeterminado «*esencialmente controvertido*», según el Tribunal. Los recurrentes afirman que se estaría vulnerando dicho principio al no reconocer la filiación determinada por la autoridad registral de California, lo que para el TS, estimar dicho argumento sería aceptar que la prohibición de la gestación por sustitución supone la vulneración del interés superior del menor y, de permitirse dicho argumento, provocaría la vulneración de otros bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico. Para aplicar el principio al que se hace referencia, debe tomarse en consideración los valores asumidos por la sociedad contenidos en normas y principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, por lo que no podrá utilizar para contrariar lo establecido en la ley.

Considera el TS, que la consideración del principio de interés superior del menor no puede hacerse en detrimento de otros principios igualmente protegidos como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la gestante, por lo que se pretende evitar la explotación de la mujer que pueda encontrarse en una situación económica que le incite a la celebración de esta clase de negocio jurídico.

Asume el Tribunal que el no reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral californiana supone un perjuicio para los menores. Sin embargo, el reconocimiento supone un mayor perjuicio, convirtiendo a los menores en objetos de un contrato, atentando contra su dignidad.

En atención al derecho a una identidad única que se desprende del interés superior del menor y debe ser respetado internacionalmente, considera el TS que para que dicho derecho opere, se requiere que los menores tengan vinculación con ambos estados, no siendo así en este caso, ya que el matrimonio acudió a Estados Unidos con el solo fin de celebrar un contrato de gestación por sustitución. Además, la protección de este derecho es superado por los que se desprenden y fundamentan la prohibición de la gestación subrogada.

Finalmente, respecto a la desprotección que supone para los menores el no reconocimiento de la filiación en favor del matrimonio recurrente, argumenta el Tribunal que dicha protección no se obtiene aceptando el resultado de un contrato de gestación por sustitución, sino cumpliendo con las normas establecidas legalmente en España.

Apostilla el Tribunal que existen otras vías que hacen posible la inscripción de la filiación en favor del padre que haya aportado el material genético que ha hecho posible la fecundación. Además de que la denegación del reconocimiento solo afecta a la filiación y no al resto, no afectando de esta forma el derecho de los menores a ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, a tener nombre y adquirir una nacionalidad.

Por tanto, falla el Tribunal Supremo desestimando el recurso interpuesto por el matrimonio. E insta al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para determinar la filiación de los menores, tomando en consideración «*la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar 'de facto'*».

Voto particular de Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Supremo:

En primer lugar, considera el Magistrado que se trata de una cuestión de reconocimiento de una decisión de autoridad, en este caso, de autoridad administrativa y no de derecho aplicable. Al ser determinada la filiación por una autoridad extranjera, no sería aplicable lo establecido en el art. 10 LTRHA, la controversia estaría en si dicha decisión es contraria al orden público internacional español.

En segundo lugar, en atención a la vulneración del orden público internacional, en este «*lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa. La denegación del este reconocimiento solo podría producirse cuando se contraría el orden público entendido desde la perspectiva del interés superior del menor*». El orden público deberá valorarse no desde la perspectiva de las normas internas sino desde la tutela del interés del menor.

Discrepa con el concepto de gestación subrogada dada por el resto del Tribunal considerando lo siguiente:

- a) *supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso;*
- b) *no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante;*
- c) *el consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias;*

d) tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere.

Es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica.

Afirma que la vulneración del orden público internacional deberá comprobarse caso por caso y que no se puede determinar la misma en base a una ley que lo único que establece es la nulidad del contrato sin determinar las consecuencias que se produzcan de la misma o como afecta a los sujetos que intervengan, cuestión que corresponde dar solución al legislador. Además, entiende que con la resolución dada por el Tribunal se está vulnerando el interés superior del menor, el cual queda desprotegido al negarse la inscripción de la filiación solicitada aplicando una norma de derecho de interno como orden público, ignorándose la realidad de que cuenta con una familia que ha actuado socialmente como tal y legalmente conforme a la normativa extranjera, pudiendo provocar situación de desamparo.

6. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014 (65192/11) *Menneson vs. Francia*; (65941/11) *Labassee vs Francia*; y de 27 de enero de 2015 *Paradiso et Campanelly vs Italia*.

El TEDH declara que no reconocer la filiación que se desprende de un contrato de gestación por sustitución entre el menor y el sujeto individual o pareja comitente vulnera el artículo 8 del CEDH, por el que se reconoce el derecho a la vida privada y familiar, viéndose afectado el principio del interés superior del menor y, con el ello, el derecho a la identidad del mismo por la indeterminación de su filiación, así como la privación de la nacionalidad y los privilegios que de ella se desprenda.

Se concluye en la sentencia que la certificación registral extranjera en la que consta la filiación de los menores en favor de los comitentes debe siempre producir efectos jurídicos en un Estado parte en el CEDH. Solo de esta forma se garantiza el respeto al «derecho a la vida privada» de los menores. Señala que es importante, además permitir que produzca dichos efectos en aras de proteger el derecho de los menores y comitentes como «familia de facto». Además, señala el Tribunal que «*el reconocimiento de la filiación de menores nacidos en virtud de contrato de gestación por sustitución que consta en una certificación*

*registrar dictada en otro Estado, no vulnera el orden público internacional del Estado de destino».*⁵⁵

De la sentencia emitida, destacan los siguientes aspectos:

La doctrina del TEDH en materia de maternidad subrogada, se concreta en lo siguiente. En primer lugar, los Estados partes del CEDH 1950 no están obligados a modificar sus legislaciones internas en relación a la resolución emitida, ya que no existe uniformidad respecto a este tema, por lo que debido a la «delicadeza» de este tema se permite a cada Estado que mantenga su postura legal propia en base a los principios en los que se sustenta.

Para que un Estado pueda recurrir al orden público internacional para impedir el reconocimiento de resoluciones extranjeras deberá cumplir con los requisitos de ser razonado y proporcionado y, respetar los derechos contenidos en el CEDH. Por lo que, el Estado no puede recurrir a este argumento por el hecho de que la gestación subrogada esté prohibida. Solo podrá prohibirse cuando se ampare en alguno de los motivos recogidos en el artículo 8.2 CEDH. Además, apunta el TEDH, tal y como recogen CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ en su artículo, «*vista la territorialidad material de la Ley penal, los actos realizados en el Estado de origen no constituyen «delitos» con arreglo al Derecho penal del Estado de destino».*

De lo contrario, sí podría rechazar el Estado el reconocimiento de la filiación por razón de la protección de la salud o de la moral y protección de los derechos y libertades de los demás. Sin embargo, reflexiona el Tribunal que la protección de los intereses generales no puede eliminar los derechos individuales, siendo necesario el establecimiento de un equilibrio. Además, en este caso, el no reconocimiento de la filiación a quien perjudica en mayor medida es al menor, quien no debe ser castigado por los actos de los adultos.

Pese a que el TEDH hace referencia a que, si el vínculo entre el nacido y los padres comitentes es biológico, el fundamento para reconocer la filiación es aún mayor, finalmente, se va a determinar que exista o no dicho vínculo, deberá de reconocerse, sin discriminaciones en este caso.

⁵⁵CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. 22/07/2015. CDT Octubre 2015, vol. 7, N°2. (PP. 53-54). PDF.

VI. Y AHORA, ¿EN QUÉ PUNTO ESTAMOS?

En el punto que se va a tratar a continuación, se expondrán las manifestaciones públicas más recientes y relevantes acerca de la maternidad subrogada, y, de esta manera, imaginar su futuro en España.

1. Memoria del Fiscal General del Estado (2016).

Se desprende de la misma, la postura contraria que mantiene la fiscalía respecto de la gestación por sustitución. En la memoria, de manera introductoria, comienza aludiendo al tema afirmando que *«nos preocupa especialmente el tratamiento de los niños nacidos mediante maternidad subrogada, a la vista de las prácticas divergentes detectadas»*. Seguidamente, recoge fragmento de la STEDH de 26 de junio de 2014, en el que se determina la falta de consenso en Europa respecto de esta materia, así como la consideración de las normas aplicables de orden público internacional. Más adelante, expone que mantiene discrepancias con la Dirección General de Registros y del Notariado acerca de la inscripción de los nacimientos derivados de contrato de gestación subrogada. Basa su oposición *«por estimar que el contrato por el que se acuerda la gestación por sustitución es contrario al orden público internacional español»*, así como, se mantiene de acuerdo con el criterio establecido en el art. 10 LTRHA. Además, las inscripciones posteriores a la STS, *«no hace ninguna referencia a la doctrina jurisprudencial establecida»* recogiendo la Instrucción de 5 de octubre de 2010, por la que se fijan los criterios para inscribir a los menores nacidos por contrato de gestación subrogada.⁵⁶

2. Propuesta de Bases Generales para la regulación en España de la gestación por sustitución (Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), 2016).

En el documento citado se plantean una serie de propuesta de bases que sustenten la futura regulación de la gestación subrogada en España. En él, destacan los siguientes aspectos: la condición de excepcionalidad de dicha técnica, los requisitos que debe cumplir la gestante, la prohibición de lucro, la necesidad de su aprobación judicial y por parte de un Comité Ético, además, de la creación de un Registro para el control de celebración de dichos contratos y la actuación de las agencias intermediarias.

⁵⁶ Introducción página XX, en relación con págs. 498-499.

En lo que respecta a la necesidad de excepcionalidad del recurso a esta técnica reproductiva, ya en la introducción se parte de la idea de que la gestación subrogada no debe ser considerada como un tratamiento reproductivo más, debido a lo que implica dicha técnica y lo que afecta a la gestante, quien debe someter su cuerpo en beneficio de otros; además, de que el motivo que puede haber detrás de su consentimiento pueda ser de carácter económico, lo que supondría «explotación» de la misma. Por lo que, las condiciones que se proponen en relación a lo anterior, consisten en el agotamiento absoluto del resto de alternativas por parte de la pareja o sujeto individual comitente, siendo necesaria la indicación médica, salvo en caso de parejas homosexuales masculinas o sujeto individual homosexual. Además, se recomienda que al menos uno de los miembros de la pareja comitente aporte su material genético, salvo que sea imposible y acreditado por certificado médico, ello con el fin de evitar el comercio de menores y que esta técnica sea viable para aquellos que solo quieren acceder a la misma por el hecho de querer tener un hijo biológico a toda costa y recién nacido.

En relación a los requisitos que debiera cumplir la gestante para poder ser parte en un contrato de maternidad subrogada, se apuntan unos de carácter objetivos respecto a la edad, salud física y psicológica, madurez, etc., y otros respecto a la situación socioeconómica de la misma, con el fin de evitar lo que se comentaba anteriormente de ser susceptible este contrato de suponer la explotación de la parte gestante, siendo este argumento el que más preocupa a los más críticos con esta técnica reproductiva. Se requiere, además, tener hijo propio que le aporte la madurez suficiente para saber a lo que se enfrenta y se limita a dos el número de embriones que puede gestar, en razón de un contrato de maternidad subrogada.

Uno de los aspectos más polémicos de la maternidad subrogada es referente a que, de existir, debería de ser sin ánimo de lucro y de carácter altruista. En las bases, se recoge que la compensación económica que reciba la gestante se justificaría en relación a «las molestias» y la cobertura de gastos médicos que se generen por parte de los comitentes. Se propone que dichas cantidades se encuentren reguladas y controladas por el órgano competente. Asimismo, la necesidad de control de dichos contratos por parte de un Comité Ético, quien controle todo lo anterior y garantice la idoneidad de las partes para acceder a un contrato de gestación subrogada, así como, la correspondiente autorización judicial previa a la celebración del contrato, con el fin de supervisarlos y evitar todos los aspectos negativos que se desprenden del mismo. También se requiere la creación de un Registro

con el fin de proceder al control de los niños nacidos bajo esta técnica y, de esta forma, controlar el cumplimiento de requisitos como el límite de número de embriones a los que puede acceder la gestante, con el fin de garantizar el cuidado de su salud y evitar que se convierta en una profesión. Como se indicaba al principio, se procedería también al control de las agencias intermediarias con el fin de evitar su lucro al intervenir en la celebración de contrato de gestación subrogada.

Finalmente, se plantea garantizar el cumplimiento de lo establecido en el contrato de maternidad subrogada por parte de la gestante a fin de evitar que, en última instancia, se niegue a entregar al nacido a la pareja o sujeto individual comitente. Ello en protección de su dignidad, permitiéndole, por el contrario, interrumpir el embarazo en contra de la voluntad de los comitentes, así como, prohibiéndose la obligación de obligarla a tomar medidas establecidas por los comitentes durante el embarazo. La solución que se aporta a fin de evitar futuros conflictos consiste en prever dichas situaciones en el contrato.

3. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada (2017).

Tras un profundo estudio de la gestación subrogada y todas las opciones que se puedan plantear en relación se a la misma, se concluye que no es viable actualmente, ya que esta técnica supone la explotación de la mujer gestante y supone la vulneración del principio de interés superior del menor. Es más, se propone en dicho informe que lo establecido en la LTRHA, no se quede tan solo en la nulidad del contrato, sino en el establecimiento de sanciones para aquellos que cometen fraude de ley, trasladándose al extranjero y celebrando contratos de maternidad subrogada. Por otro lado, se propone que, siendo conscientes de que existe un número indeterminado de personas que acceden a esta técnica, prever la creación de instituciones para el control de las mismas, evitando la desprotección de los menores nacidos. En resumen, a pesar de su manifestación contraria ante la aprobación de esta técnica reproductiva, coinciden en la necesidad de ser regulada, ya sea en sentido prohibitivo, para garantizar que se eluda la norma como ocurre en la actualidad, el artículo 10 LTRHA ha dejado de ser viable y suficiente para hacer frente a la complejidad y debate que supone la maternidad subrogada en la actualidad.

4. Proposición de ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación del Grupo Parlamentario Ciudadanos (2017).

El grupo parlamentario Ciudadanos presentó en fecha 27 de junio de 2017 ante el Congreso de Diputados una Proposición de ley con el fin de regular la gestación subrogada, la cual no ha sido apoyada por el resto de grupos parlamentarios. Sin embargo, al dar un paso al frente a favor de la regulación de esta figura jurídica, es importante analizar lo que se propone en ella y la posible viabilidad del contrato de gestación subrogada que plantea. Como se verá, la mayoría de los requisitos que en ella se establecen coinciden con la Propuesta de Bases Generales de la SEF, analizada un poco más arriba.

La proposición de ley se justifica, según su Exposición de Motivos, en la necesidad de adaptación a la realidad social y al avance científico. A los ciudadanos se les generan nuevas necesidades que el Estado debe de ser capaz de asumir y dar solución. Se fundamenta la necesidad de regular la figura de la gestación subrogada para dar cobertura al vacío legal existente al respecto, el cual ha sido parcheado a través de la DGRN en atención a los menores nacidos bajo maternidad subrogada que llegan a nuestro país. En relación a ello, con la regulación y no ignorancia de esta técnica de reproducción asistida, se protege mediante la norma jurídica al menor y su derecho a estar inscrito y tener una nacionalidad. Otro de los argumentos que se plantean, es que la regulación de esta figura pone fin a la vulneración al principio de igualdad que supone al permitir su acceso a aquellos que cuenten con mejor situación económica frente al resto.⁵⁷

La proposición de ley se estructura en siete capítulos, en los que se recogen veintisiete artículos, una Disposición derogatoria y cuatro Disposiciones finales. Se presenta como objeto de la misma el «*derecho a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra, para constituir una familia*», así como «*el derecho a las gestantes subrogadas a facilitar la gestación a favor de los subrogantes*». Los principios en los que se asentaría dicho derecho serían el de dignidad, libertar, solidaridad, igualdad, protección integral de los hijos, de las mujeres, madres, padres y niños y, todo ello, dentro de una serie de condiciones y requisitos entre los que primaría la ausencia de lucro, previéndose la cobertura de gastos médicos por parte de los comitentes, así como una compensación económica hacia la gestante en caso de que suponga un perjuicio económico para ella.

⁵⁷ Proposición de Ley Grupo Parlamentario Ciudadanos (Exposición de Motivos) Pp. 2-6.

Respecto a los requisitos que ha de reunir la mujer que aspira a ser gestante en un contrato de maternidad subrogada, coinciden con los establecidos en la Propuesta de Bases del SEF, en relación a que no puede celebrar un contrato de estas características en más de dos ocasiones, deberá tener un hijo propio, además de los requisitos de salud física y mental ya vistos, estableciendo el mínimo legal a partir de 25 años y con nacionalidad española o residencia legal en España. En cuanto a los requisitos que deben reunir los comitentes, aparte de agotar el resto de opciones, deberán aportar su material genético, se limita la edad a partir de 25 años y menos de 45, se exige tener nacionalidad española o residencia legal en España y, en caso de las parejas comitentes, deberán estar unidas por vínculo matrimonial o relación equivalente reconocida por la Ley.

En lo que al control del contrato se refiere, se propone la inscripción del mismo, así como de las gestantes, en el Registro y ser presentado ante Notario.

La filiación en este caso se determinaría en favor de quien haya aportado el material genético y, en caso de pareja comitente, el que no lo hubiese aportado podrá consentir la determinación de la filiación en su favor. Además, se prevé la posibilidad de fallecimiento de uno o ambos miembros de la pareja comitente durante la gestación, salvaguardándose en este caso la validez del contrato de gestación subrogada.

Finalmente, se establecen una serie de infracciones y sus correspondientes sanciones administrativas, civiles o penales, en su caso, en aras de garantizar el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, así como, lo contenido en el contrato y la protección de las partes que intervienen en el mismo.

Como se observa, se trata de una proposición de ley puramente restrictiva y de limitado acceso a la maternidad subrogada debido a los requisitos que se deben reunir dejando fuera numerosas situaciones ya planteadas cuando vimos las modalidades de gestación subrogada, como es el caso de los distintos intervinientes, tan solo con el requisito de que al menos uno de los miembros de la pareja comitente deba aportar su material genético, excluye a todos aquellos que no puedan aportarlo por los mismos motivos que no hayan podido acceder a otras técnicas de reproducción asistida y, tratándose de un sujeto individual o pareja comitente homosexual en la que ninguna pueda aportarlo, queda totalmente excluido, no haciendo mención sobre la posible intervención del marido de la gestante. No dejando clara la posible intervención en estos casos de donantes anónimos. Además, se prohíbe el vínculo de consanguineidad con el o los comitentes por parte de la

gestante, lo cual excluye «*los actos de altruismo o solidaridad familiar o amical*» a los que hacía referencia VELA SÁNCHEZ.⁵⁸

Consiste en una primera regulación de esta figura muy restrictiva, pero que, a su vez, ofrece una solución a los problemas de desigualdad que se generan en la actualidad, sobre todo en relación a evitar que solo puedan acceder a esta técnica quienes mejor situación económica posean, y evitando la conversión de la figura de la gestante en profesión. Asimismo, se protege a la gestante y se garantiza su posición de igualdad frente a la parte comitente a través del control y seguimiento por parte de los órganos previstos para ello.

⁵⁸ VELA SÁNCHEZ, A.J. (*op. cit.* p. 30).

VII. BIBLIOGRAFÍA

FARNÓS AMORÓS, Esther. *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Ed. Atelier, 2011, Barcelona.

GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Ed. DYKINSON. Madrid, 2013.

JARUFE CONTRERAS, Daniela. *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción ‘versus’ técnicas de reproducción humana asistida*. Ed. DYKINSON. Madrid, 2013.

LACRUZ BERDEJO, J.L.; SÁNCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J. *Elementos de Derecho civil IV Familia*. Ed. DYKINSON. Cuarta edición. Madrid, 2010.

LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil VI*. Ed. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A. Edición decimocuarta. Madrid, 2015.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; DE PABLO CONTRERAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*. Ed. EDISOFER s.l. 5º Edición, año 2016. Madrid.

VELA SÁNCHEZ, A.J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Ed. COMARES, S.L. Granada, 2012.

Artículos.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. 22/07/2015. CDT Octubre 2015, vol. 7, Nº2. PDF.

Normativa.

- Constitución Española de 1978.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

- 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.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
- Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

En materia de adopción:

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (artículos 175 a 178).
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.
- L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil.
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- 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.
- Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

Normativa internacional:

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Roma, 4.XI.1950.
- Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada por Resolución de la Asamblea General de la ONU 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948
- Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

Jurisprudencia:

- Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, sobre inscripción de nacimiento acaecido en el extranjero. Extraída de base de datos de la página del Ministerio de Justicia: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite>. *Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Registro Civil)* pág. 373, (pdf).
- SJPI N° 15 de Valencia núm. 193/2010, n° procedimiento 188/2010, de 15 de septiembre de 2010.
- Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE 7/10/2010).
- SAP Valencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre de 2011. (Cendoj Id 4625037010202011100707).
- STS núm. 247/2014 (Sala de lo Civil, Sección 1º). Sentencia de 6 de febrero de 2014. (Cendoj Id 2807911991201400001).
- Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014 (65192/11) *Menneson vs. Francia*; (65941/11) *Labassee vs Francia*; y de 27 de enero de 2015 *Paradiso et Campanelly vs Italia*.