

UNIVERSIDAD DE ALMERÍA



Grado en Derecho

CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

LORENA RUIZ SEDANO

DIRIGIDO POR: MARÍA LUISA TRINIDAD GARCÍA

Trabajo Fin de Grado
CURSO ACADÉMICO | 2016/2017



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
1. CUESTIONES CONCEPTUALES.....	5
1.1. Gestación por sustitución.....	5
1.1.1. Clases.....	6
A) Gestación por sustitución tradicional.....	6
B) Gestación por sustitución gestacional.....	7
1.1.2. Naturaleza de contrato.....	7
1.2. Filiación.....	9
1.2.1. Efectos.....	9
1.2.2. Ley aplicable.....	10
- Cuestión de reconocimiento de decisiones.....	11
2. DERECHO COMPARADO.....	12
2.1. Regulación en el entorno europeo.....	12
2.1.1. Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.....	14
2.2. Regulación en EE.UU.....	14
2.3. La situación en el Derecho español.....	17
2.3.1. Nulidad y Ausencia de regulación.....	17
2.3.2. Sanciones.....	18
2.4. Turismo Procreativo.....	21
A) Fraude de ley.....	22
3. EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL.....	23
3.1. Proceso hasta el Registro Civil.....	23
3.1.1. Fase del proceso en el extranjero.....	24
3.1.2. Fase del proceso en España.....	26
3.2. Acceso al Registro Civil.....	27
3.2.1. Omisión de la verdad.....	27
3.2.2. Adopción express.....	29
3.2.3. Resolución judicial.....	31
3.2.4. Situación del acceso al Registro Civil tras la nueva normativa.....	33
A) Ley de Registro civil de 2011.....	34
- Certificación registral extranjera.....	35
- Procedimiento de exequatur y reconocimiento en el art.96 LRC..	36



B) Breve análisis sobre el proceso de exequátur y el reconocimiento automático en el Ordenamiento español.....	36
- Reconocimiento automático.....	37
- Procedimiento de Exequatur.....	38
4. TRATAMIENTO EN ESPAÑA. LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y EL NOTARIADO Y LA JURISPRUDENCIA.....	38
4.1.La Dirección General de los Registros y el Notariado.....	39
A) Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009.....	39
- Entre una cuestión de Derecho aplicable o una cuestión de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España.....	40
- Orden público internacional español.....	41
- Aclaración sobre la nacionalidad de los menores.....	41
B) Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.....	41
4.2.Jurisprudencia.....	42
A) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, nº 193/2010 de 15 de Septiembre de 2010.....	42
- Artículo 23 de la Ley del Registro Civil de 1957.....	43
- El interés superior del menor.....	44
- Fraude de ley.....	44
B) Sentencia del Tribunal Supremo nº 835/2013 de 6 febrero de 2014.....	44
- Orden público internacional español.....	45
- Discriminación por razón de la sexualidad.....	46
- Interés superior del menor.....	46
- Desprotección del menor.....	47
C) Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015.....	47
- No equivalencia de supuestos con las sentencias del TEDH.....	48
CONCLUSIÓN.....	49
BIBLIOGRAFÍA.....	51
ANEXOS.....	55
Anexo I: Resumen de los enfoques jurídicos de los Estados miembros de la UE.....	55
Anexo II: Resumen de los enfoques jurídicos en los distintos Estados de EE.UU.....	57
Anexo III: Mapa sobre la admisión de extranjeros en las diferentes regulaciones.....	59



INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución es un fenómeno reciente en el tiempo que sin embargo ha tenido un gran avance, encontrándose, además, de plena actualidad. Y es que “la familia” es el núcleo central sobre el que se organiza nuestra sociedad, todo está orientado a la creación y estabilidad de la familia, llegando incluso a existir cierta “presión social”, sobre todo en el caso de la mujer, para tener hijos, lo que ha provocado que la gran mayoría de la población sienta la necesidad y el deseo de poder crear una familia completada con hijos.

Esto se puede ver reflejado, por ejemplo, en la gran lucha y continuas manifestaciones que se vivieron en su momento en España, y se siguen viviendo en partes del mundo, por el derecho de los homosexuales a casarse y adoptar, en definitiva, formar una familia.

Además en relación a lo anterior, el concepto de “familia” ha sufrido un avance enorme, englobando en la actualidad no sólo a la familia nuclear tradicional, sino que puede tratarse de una familia monoparental u homoparental, e incluso ya se están haciendo notar los que reclaman que una familia puede estar compuesta por más de dos progenitores, lo que se viene conociendo coloquialmente como el “poliamor”, por lo que un mayor número de personas se unen a los que buscan tener hijos.

Así que sumando los problemas de infertilidad al gran espectro de familias que no pueden tener hijos de forma tradicional y a la dificultad actual para poder adoptar, el resultado ha sido el detonante para que el número de contratos de gestación por sustitución haya aumentado de forma tan elevada, y es que es tan importante para las parejas el poder tener hijos que incluso se ha creado el fenómeno denominado “turismo procreativo”, es decir, desplazarse a otro Estado en el que sí esté permitido este contrato para allí llevarlo a cabo y luego volver a su Estado de residencia habitual con el nacido, habiéndose gastado, además, grandes cantidades de dinero.

Pero el problema viene en que socialmente esta práctica no está aceptada, lo que lleva a la mayoría de Estados a prohibirla, y es por ello mismo que se ha creado el mencionado “turismo procreativo”, y es ahí donde nos encontramos en España, con la consideración de este contrato como nulo y el consiguiente desplazamiento de los españoles al extranjero para la gestación del menor y la vuelta a España pretendiendo su inscripción en el Registro Civil español. Y es por ello que el Derecho Internacional



Contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español



Privado español cobra verdadera importancia en estos casos, ya que resulta esencial su aplicación, y por lo tanto he creído oportuno el estudio del contrato de gestación por sustitución desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado.

Así la gestación por sustitución ha superado con creces al derecho y a sus posibles previsiones, dando la sensación de que el derecho español cada vez se queda más atrás, estando en la actualidad totalmente desbordado, en gran parte por su negativa a una regulación que se hace cada vez más necesaria y demandada

Con este trabajo se pretende reflejar el verdadero estado del contrato de gestación por sustitución, y cómo aún con la prohibición legal se sigue realizando esta práctica, incrementándose, incluso, su uso, y lo que es más, las estrategias utilizadas por los comitentes y agencias, llegando a utilizar el mismo ordenamiento para eludir esta prohibición. Y en definitiva, que la prohibición sólo lleva a la inseguridad tanto física como jurídica del ciudadano.



1. CUESTIONES CONCEPTUALES

Es conveniente que para empezar a tratar un tema, sobre todo desde el punto de vista jurídico, se realice de forma previa un acercamiento a los conceptos centrales de tal materia. En este caso me parece necesario conocer qué es la gestación por sustitución y cómo y qué vínculos se establecen entre los sujetos implicados.

Pero antes de entrar en la definición en sí del concepto hay que aclarar la terminología, ya que existen varias formas de llamarlo, tanto coloquiales como técnicos o legales.

En el ordenamiento español se habla de “gestación por sustitución”, que sumado a la negativa de varios autores a utilizar otro término como puede ser maternidad subrogada o vientre de alquiler, nos lleva a afirmar que esta es la forma más correcta, pero hay que aclarar que a lo largo de este trabajo utilizaremos tanto este como el término de “maternidad subrogada” ya que haremos referencia a juristas hispanoamericanos donde este es el término legal.¹

1.1. Gestación por sustitución

De la gestación por sustitución se pueden dar varias definiciones dado que no viene siempre bajo las mismas circunstancias, pero como base común podemos sustraer que se trata de la gestación de un hijo en el vientre de una mujer que se compromete a entregarlo a la pareja o persona con la que lo acordó. Es por ello que coloquialmente se hable de “vientre de alquiler” ya que el núcleo del proceso es la cesión de ese vientre.

Esta definición más neutral podemos encontrarla en el informe *Warnock* de 1984 al referirse a ella como “*la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca*”²

En este sentido, apunta la jurista María ELEONORA CANO que “*nos encontramos ante un desdoblamiento de la función materna: por un lado tendremos la “maternidad genética” –a partir de la aportación de la mitad de la información cromosomática- y por el otro, “la maternidad gestacional” de quien cede su vientre.*” Pero continúa

¹ PÉREZ VAQUERO, C. “Diez claves para conocer los vientres de alquiler” publicado en *noticias.juridicas.com*, 2010. Online en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4601-diez-claves-para-conocer-los-vientres-de-alquiler/>

² Informe publicado en 1984, redactado por un Comité presidido por la filósofa Mery Warnock por encargo de las autoridades de Reino Unido y que versa sobre las técnicas de reproducción asistida.



añadiendo que es posible incluso “*una tercera interesada: la madre de deseo*” y es “*cuando la identidad de la donante del óvulo no coincida con la de quien contrata*”.³

Una vez que sabemos a qué nos referimos al hablar de gestación por sustitución vemos que se diferencian dos partes en el acuerdo, así que antes de entrar a profundizar en las clases es conveniente establecer tales partes y cómo nos referiremos a ellas.

Por un lado está la mujer que portará al hijo, es decir, la gestante, a la cual denominaremos “mujer portadora” y por otro lado está la pareja o persona, ya sea hombre o mujer, a la que se le entrega el nacido los cuales se denominan “comitentes”.

1.1.1. Clases

Acabamos de ver el concepto de una forma general, pero existen ciertas variantes o condiciones que pueden estar presentes en los casos de gestación por sustitución que hacen posible el poder diferenciar una serie de clases o modalidades.

Es por esto que en la doctrina encontramos varias definiciones de gestación por sustitución que si bien definen el mismo concepto no llegan a dar la misma definición.

En este sentido la podemos clasificar en dos clases ayudándonos de las “circunstancias” y el “escenario de hecho” que concurran, clasificación que no será en ningún caso cerrada pero es la más útil. Así encontramos la gestación por sustitución tradicional y la gestación por sustitución gestacional.⁴

A) Gestación por sustitución tradicional:

La gestación por sustitución tradicional fundamentalmente se caracteriza en que la mujer portadora transmite material genético, por lo tanto se insemina un óvulo propio de la mujer portadora con el semen del padre comitente o de otro cedente.

Por lo tanto como nos dicen JIMÉNEZ, M.E. y RIESENBERS, G. “*se tratará por tanto de una madre biológica tanto como gestadora*” existiría entonces “*identidad de la maternidad genética-gestativa, la que recae en la misma mujer, pero ella renuncia a ello*”.⁵

³ ELEONORA CANO, M. “Breve aproximación en torno a la polémica de la maternidad subrogada”. Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

⁴ JIMÉNEZ, M.E Y RIESENBERS, G “La maternidad subrogada. Una realidad. Conflictos y Prácticas” *Revista de derecho de familia y de las personas*, 2013, núm. 1, pp. 155-161

⁵ *Ibidem* pp. 155-161



Aunque existe en la doctrina una corriente que opina que no se podría hablar de gestación por sustitución propiamente dicha, la cual comparto, ya que “*no se trataría estrictamente de un alquiler de vientres, en razón de que la portadora es, además, autora del material genético*”⁶, sí encontramos definiciones que la avalan, como la de Clara MOSQUERA al decir que “*es un fenómeno de la última década que se presenta en países desarrollados, y que consiste en que una mujer es contratada para que sea inseminada con el semen del marido de una mujer infértil o con el de un cedente y procrear de esa forma un hijo. Al nacer este lo entrega al matrimonio que la contrató, cediendo la custodia del menor a favor del padre y renunciando a sus derechos materno-filiales para que el niño pueda ser adoptado por la pareja del padre*”⁷.

B) La gestación por sustitución gestacional:

En el caso de la maternidad por sustitución gestacional la madre portadora no transmite ningún material genético, únicamente cede su vientre para la gestación. Es decir, tanto el óvulo como el espermatozoide son propios de la pareja comitente, o bien ambos o uno solo de ellos provienen de terceros.

En este sentido encontramos definiciones como la de PETZOL PERNIA al decir que es “*la extracción de un óvulo de A, esposa de B que es fecundado in Vitro con los espermatozoides contenidos en el semen aportados por B, y posteriormente el embrión es implantado en el útero de otra mujer.*”⁸

1.1.2. Naturaleza de contrato

La naturaleza jurídica de la gestación por sustitución ya nos viene dada por el legislador en la misma Ley 24/2006 de 20 de mayo de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA) en su art.10 al hablar este de “contrato”, por lo tanto su naturaleza es la contractual.

⁶ Conf. Dr. Cáceres. Ponencia presentada en el Congreso hispanoamericano de Derecho de Familia de 1987 (España). En Matozzo de Romualdi, Liliana. ¿Madre subrogada o esposa subrogada?. ED T 181-1452. También en ELEONORA CANO, M. “Breve aproximación en torno a la polémica de la maternidad subrogada”.

⁷ MOSQUERA VASQUEZ, C. “*Derecho y Genoma Humano*”, 1ª ed., 1997, pág. 49. En JIMÉNEZ, M.E. y RIESENBERG, G en “La maternidad subrogada. Una realidad. Conflictos y Prácticas” *Revista de derecho de familia y de las personas*, 2013, núm. 1, pp. 155-161

⁸ Conf. PETZOL frente a la PERNIA, Hermann, “El principio “*Mater in iure semper certa est*” transferencia de embriones humanos, en el Derecho venezolano”. También en JIMÉNEZ, M.E. y RIESENBERG, G. “La maternidad subrogada. Una realidad. Conflictos y Prácticas”. *Revista de derecho de familia y de las personas*, 2013, núm. 1, pp. 155-161



Este contrato, por su parte, puede ser oneroso o gratuito como apunta la Audiencia Provincial de Valencia cuando habla de *“la llamada gestación por sustitución, que consiste en un contrato, oneroso o gratuito, (...)”*.⁹

Pudiendo llamarla, en el primer caso, gestación por sustitución comercial y, en el segundo caso, gestación por sustitución altruista.¹⁰

Pero ahora bien, en cuanto a la cuestión de ante qué tipo de contrato nos encontramos es la propia doctrina la que no se pone de acuerdo y se ha visto este contrato catalogado en diferentes tipos, destacando tres:

- “1. Uno de arrendamiento de obra o de servicio entre el médico, la pareja y la madre portadora.*
- 2. Un contrato atípico entre la madre de gestación y la pareja destinataria de la criatura.*
- 3. Un contrato de arrendamiento de servicio entre el médico y el hospital.”*¹¹

Pero incluso pudiendo encajarlo en una categoría contractual este contrato será en todo caso nulo, su validez viene expresamente prohibida en el art.10.1 LTRHA antes mencionado al decir que *“será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”*.

Así que el no consenso doctrinal sumado a la ausencia de regulación y a la prohibición en nuestro ordenamiento nos lleva a no poder incluir el contrato de gestación por sustitución en ninguna categoría contractual. En este sentido Patricia ALZATE MONROY a esta pregunta respondió simplemente con un *“Ciertamente, no habría un nombre apropiado para ello”*.¹²

⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) num. 826/2011 de 23 noviembre

¹⁰ Parlamento Europeo; Dirección General de Políticas Internas, Departamento Temático C: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales *“El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE”*. Resumen. 2013, p. 8

¹¹ LEONSEGUI GUILLOT, R.A. *“La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”* *Boletín de la Facultad de Derecho*, 1994, núm 7, pág 333 citando a LACRUZ BERDEJO *“Informe Sobre la Fecundación Artificial y Otros Extremos Semejantes”*, 1985, texto mecanografiado. Pág. 11

¹² ALZATE MONROY, P. Artículo publicado el 29 de julio de 2008 en su propio blog. Disponible online en: <http://www.am-abogados.com/blog/la-maternidad-subrogada-alquiler-de-vientres/229/>

1.2. Filiación

Inmediatamente posterior a la gestación por sustitución, y consecuente alumbramiento, nos encontramos con la filiación, es decir, una vez se ha gestado el hijo y la mujer portadora ha dado a luz, la siguiente cuestión a resolver es la filiación ya que determina aspectos como la nacionalidad, pero sobre todo quiénes son los padres.

Empezaremos dando una definición, L. DIEZ.PICAZO y A. GULLÓN definen esta como “tanto la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra u otras por progenitores suyos como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo”.¹³

Si bien existen dos clases de filiación, la natural y la adoptiva, la más relevante para este trabajo es la filiación natural, aunque como veremos más adelante la adopción también es un de las vías que se utilizan como solución para determinar la maternidad.

Entonces será esta relación jurídica la que por un lado determine al padre y/o la madre y por otro lado al hijo o hijos.¹⁴

Por lo tanto son dos las cuestiones básicas las que rodean a la filiación: primero la determinación de la filiación, es decir, fijar a los padres y al hijo; y segundo los efectos que esta conlleva, es decir, una serie de derechos y obligaciones que van unidos al vínculo que se crea.¹⁵

1.2.1. Efectos

Trataremos lo efectos de la filiación de forma tangencial, hablando de lo esencial a conocer para la comprensión de este trabajo.

Estos efectos giran sobre las dos cuestiones básicas que acabamos de mencionar y pueden resumirse en que de forma general la filiación genera vínculo de parentesco y patria potestad.

Con el vínculo de parentesco nos referimos a ese vínculo que une a los miembros de una familia, así que, como ya hemos dicho, se fijaran el padre y/o la madre respecto del hijo y el hijo respecto de los padres. Principalmente lo que buscan los

¹³ DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A. “*Sistema de derecho civil*”. Volumen IV (Tomo I). 11ª edición Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.). 2012. 306 pp. ISBN: 978-84-309-5505-3, p. 233

¹⁴ *Ibidem* p. 233

¹⁵ RODRÍGUEZ BENOT A. “*Manual de derecho internacional privado*”. 3ª edición. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.). 2016. 303 págs. ISBN:978-84-309-6974-6, pág 188



padres comitentes es establecer un parentesco biológico natural. La consecuencia directa a este vínculo es el derecho a los apellidos, recogido en el art.109 CC.¹⁶

Con la patria potestad nos referimos al “conjunto de deberes, atribuciones y derechos que los progenitores ostentan respecto de los hijos que, por ser menores de edad, se encuentran de forma natural bajo su guarda, protección y custodia de sus padres”.¹⁷ Así los padres tendrán la obligación de velar por los hijos, representarlos y administrar sus bienes¹⁸, y como derechos recíprocos encontramos el derecho de alimentos¹⁹ entre otros.

Como vemos la determinación de la filiación no es sólo fundamental para fijar la maternidad o paternidad, sino que depende de ella el beneficio del menor.

1.2.1. Ley aplicable

Si decíamos que trataríamos los efectos de la filiación de una forma más bien tangencial, dado el enfoque de este trabajo, sí creo conveniente detenerse un poco más en la determinación de la ley aplicable a la filiación, ya que, como decimos, este trabajo está enfocado al estudio de la gestación por sustitución desde el punto del Derecho internacional privado español.

En nuestro ordenamiento existen diferencias en la ley aplicable a la filiación natural y a la filiación adoptiva, pero teniendo en cuenta que la filiación natural es la que pretenden los padres comitentes hablaremos sólo de esta.

Pues bien, sin instrumento supraestatal para la filiación natural, en nuestro sistema de derecho internacional privado debemos acudir al art.9.4 CC. Este artículo se encuentra dividido en dos párrafos, cada uno tratando una cuestión diferente; el primero se refiere al establecimiento de la filiación, mientras que el segundo determina el contenido de las relaciones paternofiliales; aclarar que este contenido será el mismo tanto si se trata de filiación natural como adoptiva.²⁰

¹⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C. “*Principios de Derecho Civil*”, Volumen VI. 13ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2014. 390 págs. ISBN: 978-84-16212-34-7. p. 332

¹⁷ *Ibidem* p. 332

¹⁸ Art.154 del Código Civil

¹⁹ Art.110 del Código Civil

²⁰ FERNÁNDEZ ROZAS J.C. y SÁNCHEZ LORENZO S. “*Derecho internacional Privado*”. 9ª edición. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A. 2016. ISBN: 978-84-9098-750-8, págs. 478-485



En él se establecen una serie de leyes con un orden de preferencia, es decir, en el caso de que no existiese o no permitiese el establecimiento de una ley aplicable se prevé otra en su defecto, así se establece:

1º - La ley de residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento

2º - La Ley nacional del hijo en el momento del establecimiento

3º - La Ley sustantiva española²¹

La ley a la que nos dirigiera el art.9.4 CC establecerá, también, los mecanismos para determinar la filiación y sus medios de prueba: inscripción de nacimiento, sentencia firme, reconocimiento, expediente registral, posesión de estado, etc²²

Como vemos, se realiza una concreción temporal al “momento del establecimiento de la filiación” y esto puede jugar a favor del hijo ya que se produce aquí una *“anticipación de la ley española, amparado esta interpretación en un criterio de favor filii”*.²³

- **Cuestión de reconocimiento de decisiones**

Pero lo que ocurre en estos casos es que la inscripción se va a pretender mediando decisión extranjera, ya sea certificación registral o resolución judicial, decisión en la que ya constará la filiación del nacido en el país extranjero, pues entonces el problema no es determinar la Ley aplicable, sino que pasa a ser una cuestión de “reconocimiento extraterritorial de decisiones extranjeras en España”, y por lo tanto no sería el núcleo de la cuestión el art.9.4 CC.

Tendríamos, entonces, que acudir o bien a un procedimiento de exequátur o bien al reconocimiento incidental, esto dicho de forma u y resumida, ya que más adelante en este trabajo estudiaremos este punto con más detenimiento.²⁴

Pero en resumen, podemos decir que el problema está en reconocer esa certificación registral o resolución judicial extranjero, y por consiguiente la cuestión se centra en el acceso al Registro Civil, lo cual analizaremos en el apartado 3º del trabajo.

²¹ FERNÁNDEZ ROZAS J.C. y SÁNCHEZ LORENZO S., op. cit., pp. 478-485

²² Ibídem pp.478-485

²³ Ibídem pp.478-485

²⁴ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. “Derecho Internacional Privado”. 3ª edición. Camino de Galar: Editorial Civitas S.A. 2016. ISBN: 978-84-9098-707-0, págs. 474-475



2. DERECHO COMPARADO

A continuación nos disponemos a situar la gestación por sustitución en el ámbito internacional, para ello realizaremos un análisis de derecho comparado, por un lado analizaremos la situación en el entorno europeo, relevante tanto por la cercanía de los Estados a España como por la pertenencia de gran parte de estos a la UE, y por otro lado la situación en Estados Unidos, país de referencia internacional en esta materia.

Veremos en este análisis la poca homogeneidad en las regulaciones de los diferentes Estados, y una de las consecuencias más importantes a destacar en este trabajo, ya que está planteado desde un punto de vista internacional, son la gran cantidad de conflictos de leyes que esto provoca, sobre todo en el ámbito del derecho privado en tanto a la filiación y a la licitud del contrato de gestación por sustitución.²⁵

2.1. Regulación en el entorno europeo

Cuando se habla de un entorno como el europeo es posible poder pensar en una armonización de la regulación, en gran parte por la existencia de la UE y por lo común de firmar convenios o tratados ya sea con la UE u otras organizaciones internacionales como entre Estados; y si lo cierto es que esta armonización sí es existente en ciertas materias la de la gestación por sustitución no es una de ellas.

Encontrados desde Estados donde expresamente se prohíbe hasta Estados donde la permiten y la regulan o, sí permitiéndola, no tienen regulación específica.

En lo que respecta a la UE, ni siquiera encontramos “*un núcleo básico de derecho de familia objeto de una posible armonización*”, aunque “*paradójicamente rige el principio de libre elección del modelo de familia*”.

Adjuntamos en el Anexo I un cuadro comparativo con los enfoques jurídicos de cada Estado miembro, cuadro en el que vemos la dispersión de la regulación. Resalta como en los Estados más cercanos al nuestro se encuentra esta práctica prohibida, mientras que en los Estados más alejados, sobre todo hacia el oeste de Europa se tiende a su permisividad e incluso a su regulación.

²⁵ CALVO CARAVACA A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derecho Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, Vol. 7, Nº 2, pp. 45-113 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt



Pero saliendo del seno de la UE la situación no es muy diferente, así en la generalidad de Europa la gestación por sustitución se encuentra prohibida de forma expresa “en Alemania, Austria, España, Estonia, Francia, Finlandia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía”, aunque no de forma general en todos los casos.

En cambio, tratándose de una gestación por sustitución altruista y cumpliendo ciertos requisitos se encuentra expresamente autorizada en Albania, Grecia, Países Bajos, y Reino Unido.²⁶

También encontramos Estados donde no hay reglamentación y, o bien se encuentra prohibida o bien no hay referencia a tal creándose dudas sobre su legalidad, y en estos últimos casos estaríamos ante una permisividad de facto. “Es el caso de Andorra, Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumanía y San Marino”.

Incluso podemos encontrar Estados en los que sin existir una reglamentación sí es permitida, así encontramos Bélgica, República Checa, Luxemburgo y Polonia.²⁷

Y finalmente, en este ámbito europeo no sólo encontramos trabas o condiciones, sino que también existe una permisividad de forma amplia en ciertos Estados, así es el caso de Georgia, Ucrania y Rusia.²⁸

Destacable de estos, sobre todo, Ucrania, ya que junto a EE.UU es el destino principal para los españoles que desean realizar esta práctica, siendo la principal causa de la decisión entre uno u otro el nivel económico y si se trata de una pareja heterosexual u homosexual.

Pues bien, la gestación por sustitución está absolutamente permitida por el Código de Familia, en su art.123.2 y la Orden 771 del Ministerio de Salud; en estos se establece que si un óvulo con material genético de ambas partes de la pareja se implanta en otra mujer los padres del niño serán la pareja. Si media el consentimiento de la mujer portadora en el certificado de nacimiento constarán los nombres de la pareja.²⁹

²⁶ FLORES RODRÍGUEZ. J. “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, 2014, pp. 71-89.

²⁷ *Ibidem* pp. 71-89

²⁸ LAMM E. “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”. *InDret, Revista para el análisis del derecho*, núm 3, 2012, pp. 11-17.

²⁹ *Ibidem* pp. 11-17.

Pero ahora bien, el verdadero problema no se encuentra en la regulación o no de algunos Estados, sino en el reconocimiento del título que acredita la filiación producida en el extranjero una vez de vuelta en el Estado de origen de la pareja. Reconocimiento que se podría realizar ya sea por el procedimiento de *exequátur* o el reconocimiento automático; vías que estudiaremos más profundamente en el punto 3.2 de este trabajo.

2.1.1. Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

En cuanto al reconocimiento aunque no lo hayamos tratado aún, ya que sí hemos analizado el ámbito europeo, me parece oportuno conocer el criterio del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (en adelante TEDH) aunque sea de forma muy resumida, y es que el TEDH “*dictó sentencia el 26 de junio de 2014 en los asuntos Mennesson c/ Francia y Labassee c/ Francia, en las que declara que se viola el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos al no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores que han acudido a este método reproductivo, apelando al interés superior del menor*”.³⁰

Esto fue determinante para la Unión Europea, llegando el Ministerio de Justicia a ordenar un mes después de la sentencia a los Consulados españoles que efectuaran la inscripción de los niños nacidos de gestación por sustitución.³¹

2.2. Regulación en EE.UU

El mismo análisis del panorama antes explicado para el ámbito europeo se puede extrapolar al ámbito estadounidense, es decir, existe una gran diferencia en su regulación dentro del mismo país.

Así que encontramos Estados donde se prohíbe, otros Estados donde expresamente se permite y otros Estados donde es confusa la situación tanto en la legislación como en la jurisprudencia, pero incluso en los Estados en los que está permitida varían sus regulaciones. La ley por la que se registrará el contrato dependerá del Estado de residencia de la mujer portadora, el lugar de firma del convenio y del lugar del nacimiento.³²

³⁰ BAYARRI MARTÍ, M.L., “Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España”, artículo publicado en *noticiasjuridicas.com*, 2015. Online en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>

³¹ *Ibidem*

³² VILAR GONZÁLEZ, S. “Situación actual de la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho UNED*, núm 14, 2014, pp 904- 906.



En EE.UU los Estados más flexibles son Illinois, Arkansas y California. Los restantes Estados se dividen entre los que la prohíben, tanto la comercial como la altruista, o sólo prohíben la comercial y los que la permiten pero con ciertas condiciones o requisitos que suelen variar en tanto si es gestación por sustitución tradicional o gestacional o la necesidad de estar la pareja casada y/o ser heterosexual.³³

A continuación veremos pequeñas pinceladas de la regulación de estos Estados, con excepción de California donde nos detendremos con más detenimiento por ser uno de los referentes a nivel mundial y, sobre todo, por ser uno de los países que los españoles escogen de forma preferente.

No obstante se aporta en el anexo II un cuadro en la que se resumen los aspectos esenciales de las regulaciones más relevantes de los Estados de EE.UU. En este cuadro se puede ver perfectamente la disparidad de regulaciones que van desde la más absoluta permisividad hasta la tipificación penal, por ejemplo, en Nueva York.

En cuanto a Illinois su regulación es muy permisiva y amplia, yendo desde la firma del convenio hasta la expedición del certificado de nacimiento, y con acceso tanto a parejas homosexuales o heterosexuales como a personas individualmente; pero es necesario que estos hayan aportado material genético.³⁴

Por su parte en Arkansas, el niño que nazca de un tratamiento de inseminación artificial, si bien a la hora del nacimiento se presume que la madre portadora es la madre se puede obtener otro certificado de nacimiento que expiden los Tribunales y en el que será considerado hijo biológico del padre y de la esposa de este aunque no haya aportado material genético, por lo tanto es necesario que estén casados, si no están casados será considerado sólo hijo del padre biológico o de la madre biológica, es decir, de quien haya aportado material genético.³⁵

California es el Estado donde se da mayor protección jurisprudencial a los padres comitentes, a estos se les declara padres del hijo nacido hayan aportado o no material genético e independientemente de si están casados o no y de si son heterosexuales u homosexuales. No sólo se les declara padres del niño nacido, sino que se les declara padres legales incluso antes del nacimiento. Además, en cuanto a la

³³ VILAR GONZÁLEZ, S., op. cit., pp 904- 906.

³⁴ *Ibidem* pp. 904-906

³⁵ *Ibidem* pp. 904-906

gestación por sustitución comercial, “*se obliga al cumplimiento de los convenios suscritos al efecto*”.³⁶

Esta regulación tan favorable a los padres comitentes ha conseguido hacer de California uno de los lugares más solicitados, por no decir el más, para realizar este proceso de gestación por parte de los españoles.³⁷

De hecho, a principio de 2017 se publicaba un artículo en el periódico “El País” el cual se titulaba “*Por qué California es la meca de la gestación subrogada*”, y aparece en él el dato de que el 70% de los que acuden a California para llevar a cabo esta práctica son extranjeros pero de esos el 40% son españoles.³⁸

Y es que en California se ha llevado la gestación por sustitución a un nivel industrial, es decir, es un negocio más, mientras los demás países siguen estancados en la discusión de lo moral y ético allí ya se ha eliminado esta traba. Incluso apunta la abogada Rose PONDEL, “*detesto llamarlo industria, pero es así, una industria*”.³⁹

La abogada PONDEL daba tres motivos de esta preferencia a la hora de elegir California, todos ellos relacionados con la protección y seguridad de las partes.

- Primero la mujer portadora y los padres comitentes deben tener abogados distintos para que no haya un conflicto de intereses, ya que si bien todas las partes persiguen el mismo final, pueden surgir situaciones en las que se enfrenten, como por ejemplo en el caso de que se dé un aborto.
- Segundo es obligatorio que todos los documentos estén firmados ante notario antes de poder comenzar el proceso.
- Tercero, como ya decíamos antes, en California está permitido obtener en los Tribunales un mandato en el que se nombra a los padres comitentes padres legales del niño antes del nacimiento. Así en el nacimiento la filiación se producirá respecto de los padres comitentes.⁴⁰

³⁶ VILAR GONZÁLEZ, S., op. cit., pp. 904-906

³⁷ *Ibidem* pp. 904- 906.

³⁸ ³⁸ Pablo Ximénez de Sandoval, “Por qué California es la meca de la gestación subrogada” *El País*, 23/02/2017. Online en: http://internacional.elpais.com/internacional/2017/02/23/actualidad/1487854048_748059.html

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ *Ibidem*



Y en definitiva, como bien dice el autor Pablo Ximénez de Sandoval en su artículo, se podría resumir todo en el mensaje de “*lo que no esté permitido en su país, está permitido aquí, y además con las máximas garantías legales.*”⁴¹

2.3. La situación en el Derecho español

2.3.1. Nulidad y Ausencia de regulación

El tratamiento que se le da en España a la gestación por sustitución se caracteriza fundamentalmente en dos aspectos, primero por la nulidad expresa de este contrato y segundo por una ausencia de regulación.

Ausencia de regulación que nos obliga a acudir tanto a la Dirección General de Registros y el Notariado (en adelante DGRN) como a la jurisprudencia y es por ello que más adelante dedicaremos un apartado completo al análisis de estos.

En este sentido se limita nuestro ordenamiento a mencionar tal contrato en la LTRHA, en su art.10, para justamente establecer su nulidad. Es a ese artículo donde debemos acudir para entender la situación en la que se encuentra la gestación por sustitución en España, y este literalmente dice:

1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*
2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*
3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*

En estos tres cortos apartados se explica perfectamente la posición del ordenamiento español respecto de la gestación por sustitución, así que es conveniente analizar apartado por apartado.

En el primer apartado ya comienza determinando que el contrato de gestación por sustitución será nulo de pleno derecho, por lo tanto en España el contrato de gestación no está prohibido, es la práctica de la técnica de gestación por sustitución la que está prohibida en los casos en los que puede incluirse en ciertos tipos penales.

⁴¹ Pablo Ximénez de Sandoval, op. cit.



Además este artículo se refiere tanto la gestación altruista, sin que medie beneficio para la mujer portadora, como la gestación comercial, media beneficio para la mujer portadora, y en todas sus clases, es decir, tanto la gestación tradicional, donde la mujer portadora aporta material genético, como la gestacional, donde el material genético puede provenir o bien de la madre comitente o bien de una tercera, definiciones estas que ya analizamos en el apartado 1.1 de este trabajo.

Pero no se queda ahí este artículo, sino que siguiendo el principio “*Mater Semper Certa Est*” continúa estableciendo que la filiación viene determinada por el parto, es decir, que la maternidad legal se le adjudicará a la mujer portadora que, evidentemente, es la que da a luz.

Así que no importa la voluntad de las partes y ni siquiera que la madre comitente haya aportado el material genético, para el Estado la madre es quien da a luz, impidiendo de esta forma que con posterioridad al parto pueda determinarse la filiación respecto de la madre comitente.⁴²

Si bien el contrato de gestación por sustitución será nulo tanto para el hombre como la mujer en lo que respecta a la filiación la mayor traba la encuentra la mujer, ya que como cierre nos dice el apartado tres que el padre tendrá la posibilidad de reclamar la paternidad biológica, dejando así la puerta abierta a una posible adopción del hijo por parte de su pareja; como veremos en el aprt. 3.2.2.

2.3.2. Sanciones

En el caso de nuestro ordenamiento este se caracteriza, en esta materia, por la ausencia de sanciones, es decir, no existe sanción alguna establecida expresamente para el contrato de gestación por sustitución, más allá de la sanción civil de nulidad, esto es, el art.10 LTRHA simplemente establece la nulidad del mismo, pero no establece ningún tipo de sanción administrativa o penal para el caso concreto.⁴³

⁴² TORRALDA ERRUZ M. “El contrato de gestación por sustitución”. *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica*, Tomo I: parte sustantiva, Madrid, Es: Dykinson, 2011, pp. 616-621

⁴³ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm 15 de Valencia, núm. 193/2010, de 15 de septiembre, (AC 2010/1707), en su Fundamento Jurídico tercero: (...) *la declaración de nulidad del contrato no lleva aparejada en dicho texto legal sanción administrativa alguna ni la celebración del mismo tiene trascendencia penal pero ello significa simplemente que (...) el contrato no tiene sanción (...)*



Pero incluso cuando hablamos de ausencia de sanción, he creído oportuno titular este subapartado como “sanciones” ya que parte de la doctrina considera aplicable una serie de sanciones incluso sin estar destinadas específicamente a este contrato.

En cuanto a la sanción civil ya hemos dejado claro que es la nulidad de pleno derecho del contrato, pero ahora bien, una consecuencia a destacar de esta nulidad del contrato viene derivada de los art.1305 o del art.1306 CC, en tanto si se entiende que incurre en delito o no el contrato, y es que una vez nacido el hijo los comitentes no podrán obligar a la mujer portadora a su entrega, ya que legalmente esta es la madre al no quedar sujeta por el contrato y no poder los comitentes ejercitar la acción de cumplimiento de contrato.⁴⁴

Y no sólo eso, sino que tampoco podrán estos exigir indemnización por los daños causados al no cumplir el contrato ni tampoco el reintegro de las cantidades desembolsadas para la consecución de la gestación. Pero además, por el lado contrario, nos encontramos que si el nacido tuviese algún tipo de daño o discapacidad no están los comitentes obligados adoptarlo, ni la mujer portadora a pedir indemnización por no cumplir estos el contrato.⁴⁵

Respecto a una posible sanción administrativa se encuentra la doctrina dividida, pero encontramos autores como Silvia VILAR GONZÁLEZ que afirma que “*en los artículos 24 y siguientes de la Ley (LTRHA) se establece que las infracciones en materia de reproducción humana asistida serán objeto de sanciones de tipo administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.*” Es decir, que se aplicarían las sanciones que esta Ley establece para la generalidad de los casos en ella recogidos.⁴⁶

Por último, en tanto a las sanciones penales no existe un tipo específico para la gestación por sustitución, sino que existen unas conductas tipificadas en las que se podría encajar tal proceso de gestación. En este sentido debemos acudir a los arts. 220 a 222, pertenecientes al Capítulo II, denominado “*De la suposición de parto y de la*

⁴⁴ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J.M. y MASSIGOGUE BENEIGU J.M. “*Maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*”. 1ª edición, Dykinson, 1994, 166 págs. ISBN 84-8155-021-3. Pp. 142-144

⁴⁵ *Ibidem* pp. 142-144

⁴⁶ VILAR GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 910

alteración de la paternidad, estado o condición del menor” del Título XI del Código Penal.⁴⁷

El art.220 1 y 2 CP⁴⁸, por su parte, nos habla primero de la suposición de un parto, y además de la ocultación o entrega de un hijo a terceras para alterar o modificar su filiación, por lo tanto podrían incurrir tanto la parte comitente como la mujer portadora.

En cuanto al art.221 1 y 2 CP⁴⁹, primero establece la conducta en la que podríamos encajar a la mujer portadora, ya que habla del que mediando compensación económica entrega a un descendiente o cualquier menor a un tercero para establecer esta una relación de filiación o análoga; y segundo establece la conducta en la que encajaríamos a la parte comitente al establecer la misma pena para el que reciba al menor o el intermediario. Por lo tanto, al igual que el artículo anterior, se podría aplicar este tipo tanto a la mujer portadora como a la parte comitente.

Pero, para acabar, por el CP no sólo puede implicarse a las partes del contrato, sino que se refiere el art.222 CP al educador, facultativo, autoridad o funcionario público que estando en el ejercicio de su cargo realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores.⁵⁰

⁴⁷ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J.M. y MASSIGOGUE BENEGIU J.M. “*Maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*”. 1ª edición, Dykinson, 1994, 166 págs. ISBN 84-8155-021-3. Págs 79-80. En VILAR GONZÁLEZ, S. “Situación actual de la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014, p. 910

⁴⁸ Artículo 220 1 y 2 del Código Penal:

1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.
2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación.

⁴⁹ Artículo 221 1 y 2 del Código Penal:

1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.
2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

⁵⁰ Artículo 222 del Código Penal

El educador, facultativo, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores, incurrirá en la pena en ellos señalada y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años.



Así que aunque hemos empezado hablando de ausencia de sanción específica en nuestro ordenamiento, no podemos hablar de ausencia de consecuencias, así que incluso dejando de lado la posibilidad de una sanción administrativa, si sumamos la inseguridad jurídica creada por la nulidad contractual con la posibilidad de incurrir en una conducta penal es lo que ha llevado a la población española, que quiera realizar esta práctica, al denominado “turismo procreativo”, el cual pasaremos a analizar.

2.4. Turismo Procreativo

Cuando hablamos de turismo procreativo, también llamado reproductivo o gestacional, no sólo nos referimos al simple desplazamiento sino que embarca *“toda la organización que lleva implícita la elección por las personas interesadas, de la maternidad subrogada como técnica reproductiva y que incluye los viajes previos de contacto con la clínica u hospital que se encargará del procedimiento y la selección de la madre incubadora; la donación de gametos; los sucesivos encuentros para evaluar la evolución del embarazo; el viaje final para asistir al parto y toda la tramitación de los certificados y documentos legales necesarios para poder inscribir en el Registro Civil consular correspondiente, la filiación del nacido”*.⁵¹

El hecho de que el turismo procreativo cada vez crezca más se debe a la suma de una serie de factores, podríamos hablar primero de cómo la evolución del concepto de familia tradicional ha influido, siendo ahora un concepto mucho más amplio, en el que entran desde la familia considerada tradicionalmente hasta una familia consistente en un solo progenitor y un hijo, pasando por familias en la que los padres tienen el mismo sexo; así que ya sea por problemas de fertilidad o porque es imposible biológicamente procrear un hijo deben acudir a algún tipo de solución.

En un principio se suele pensar en la adopción, pero este supone un proceso muy largo, complicado y costoso en el que no se garantiza el final que esperan, y por ello se acaba optando por la gestación por sustitución.

Además, como ya hemos dicho antes, por las diferencias de regulación encontramos unos países su total prohibición e incluso aparejada de sanciones y otros

A los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria.

⁵¹ VELARDE D'AMIL, Y. "Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11/2011: No inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución." *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 3, 2012, pp. 61-70

países en los que se da una total libertad, por lo tanto la gente se desplaza a un país extranjero donde, evidentemente, esté permitida la realización de esta práctica.

Concretamente en el caso de España, como acabamos de decir la nulidad del contrato y el hecho de poder aplicar ciertos artículos del Código Penal han llevado a los españoles a tener que realizar este desplazamiento.

A) Fraude de ley

Ante estos desplazamientos provocados por la disparidad de regulaciones en los diferentes Estados cabe la duda de si se está cometiendo, por parte de los comitentes, un fraude de ley en la búsqueda del foro de conveniencia. Si bien más adelante abordaremos el tratamiento de la jurisprudencia en España al acceso al Registro Civil de los nacidos mediante gestación por sustitución, el TS evita referencia explícita el fraude de ley, pero eso no impide que se pueda realizar un análisis sobre su existencia o no.⁵²

“Es fácil llegar a pensar que quienes viajan a un Estado cuyo Derecho permite fijar la filiación en base a una composición entre padres comitentes y madre portante o gestante, están sustrayéndose, sencillamente, a una norma imperativa del ordenamiento jurídico, de manera que su comportamiento tendría encaje tanto en el citado art. 12.4⁵³ como en la figura genérica del fraude de ley del art. 6.4⁵⁴ del Código Civil”.⁵⁵

Sin embargo, hay que tomar en cuenta las motivaciones reales de esos que se desplazan al extranjero, y aquí tenemos varias, por ejemplo que en España no podrán encontrar una mujer que renuncie a su maternidad con el nacimiento, más que nada porque le es imposible al establecer nuestro ordenamiento que la maternidad se determina por el parto, otro motivo puede ser la mejor calidad en los servicios sanitarios referentes a la reproducción humana asistida, también podríamos explicar este desplazamiento por el miedo de incurrir en un delito, o por querer aparentar los

⁵² ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional” Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2014), Vol. 6, Nº 2, pp. 5-49 ISSN 1989-4570, pp. 35-36

⁵³ Artículo 12.4 del Código Civil

4. Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española.

⁵⁴ Artículo 6.4 del Código Civil

4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

⁵⁵ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., op. cit., pp 35-36

comitentes ante la sociedad una procreación tradicional, es decir, que estas motivaciones que pueden alegarse son muchas, y, en definitiva, que los comitentes no tienen por qué desplazarse a otro Estado en busca de un foro de conveniencia, y más si no son entendidos en la materia, sino que pueden estar influenciados por varios motivos.⁵⁶

Pero en todo caso el Tribunal Supremo no entra a valorar lo fraudulento del hecho o no, sino que ha estimado que la consideración de un fraude de ley afectaría, más que a nada, al interés superior del menor, por lo tanto no sería esta una de las soluciones pertinente para estos casos, ya que si a consecuencia de un fraude de ley no se pudiera inscribir al menor se estaría ante un castigo a este que solamente ha nacido sin elegir cómo.⁵⁷

Así que en definitiva el fraude de ley suele dejarse fuera en estos casos, además de por la posibilidad de afectar de una forma más gravosa al menor que a los propios comitentes, porque al final las consecuencias que este conlleva son equiparables a las consecuencias que se desprenderían de aplicar el correctivo de orden público internacional.⁵⁸

3. EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL

Cuando hablamos de gestación por sustitución no nos podemos referir únicamente al hecho de gestar un hijo ya que es intrínseco a este proceso el pretender la maternidad y/o paternidad de persona ajena a la mujer portadora, y es por ello que engloba una serie de actos o procesos que en el caso de un español van desde el desplazamiento a otro Estado hasta la inscripción en el Registro civil.

3.1. Proceso hasta el Registro Civil

Como hemos visto en el punto anterior los españoles que quieran realizar este proceso deben acudir a un Estado donde esté permitido, y es por ello que nuestro proceso hasta el Registro civil se realiza en dos fases, una primera en el extranjero y otra en España.

A continuación entraremos a analizar las dos fases en las que hemos dividido el proceso de gestación por sustitución, pero creo que es conveniente antes de comenzar,

⁵⁶ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., op. cit., pp 35-36

⁵⁷ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., Ibídem, pp 35-36

⁵⁸ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., Ibídem, pp 35-36



aclarar que durante la primera fase del proceso la parte comitente no tiene porqué encontrarse físicamente en el extranjero, de hecho lo más común es que se encuentran en España y realicen viajes esporádicos, pero sí estarán en todo momento en contacto con el país donde se llevará a cabo y, lo más importante, en todo caso los efectos tendrán lugar en ese país, es por ello que he creído oportuno denominarla como tal, es decir, “en el extranjero”.

3.1.1. Fase del proceso en el extranjero

Esta primera fase en el extranjero la analizaremos sin profundizar demasiado en el análisis, ya que este no es el objeto del trabajo, simplemente haremos un resumen de los actos del proceso, fundamentalmente para situarnos y poder entender mejor la gestación por sustitución, además de contener ciertos aspectos legales interesantes para conocer qué relaciones legales se establecen en el proceso.

El análisis íntegro del proceso que veremos a continuación lo hemos extraído de la web oficial de AEGES, la Agencia Española de Gestación Subrogada.

Este comienza por contactar o bien con una agencia especializada o directamente con la mujer que se convertiría en la mujer portadora.

El hecho de realizar el proceso mediante una agencia especializada aporta seguridad a la parte comitente además de facilitar el proceso, ya que se encargará esta agencia de realizar los actos necesarios, pero con la desventaja de que aumentará el gasto económico; y ya que al fin y al cabo se trata de un contrato puede realizarse directamente entre las partes, aunque hay que tener en cuenta que en Estados como en California existen ciertas exigencias, como por ejemplo que ambas partes cuenten con abogados y que acudan a un notario, o como en Grecia que se exige una vista judicial.

Así que, por comodidad se podría decir, lo más común es acudir a una agencia, la cual podrá encontrarse tanto en España como en el extranjero.

La agencia facilitará la información del centro médico donde se realizaría la gestación para concertar la primera visita, generalmente por teléfono, y en esta se deberá aportar toda la documentación que requieran, y que principalmente es para que un doctor evalúe cada caso concreto.

Tras esto es común que las agencias puedan solicitar a la parte comitente que acudan a un psicólogo, pero lo fundamental es que en esta parte es donde se decide si



continuar o no con el proceso, en el caso de que se decida continuar la agencia les remitirá un contrato para que lo firmen.

Es decir, con la agencia se tiene firmado un contrato, contrato que se remite a ambas partes, no solo a la comitente y que contiene las obligaciones y derechos de cada parte y los honorarios. Una vez se ha firmado por ambas partes es el momento de transferir los honorarios a la agencia.

Es ahora, con todo formalizado, cuando la agencia comienza la búsqueda de la “mujer portadora”, esta búsqueda se basa en que tanto la parte comitente como la mujer portadora coincidan en los criterios y aspectos del antes, durante y después del proceso, para salvar que surjan posibles problemas.

Ahora la agencia nos pone en contacto con un bufete de abogados que nos representará y se encargará del proceso legal, así que con este bufete también se firma un contrato. Además el bufete se encargará de redactar los diferentes contratos entre la parte comitente y la mujer portadora.

Otro aspecto importante en referencia al bufete, es que estos se encargarán de preparar todos los documentos necesarios y presentar estos ante el juez que realizará el certificado de nacimiento, para que consten en ella los nombres de los padres biológicos o del padre, dependiendo de las condiciones de cada Estado como hemos visto anteriormente.

Y será el bufete el encargado de establecer un fondo de garantía, este se trata de realizar un presupuesto global del proceso que ingresar en una cuenta bancaria facilitada por lo abogados, este servirá para pagar las facturas que vayan surgiendo, una vez los abogados las revisen las pagaran del fondo.

Con todo lo anterior⁵⁹ ya se podrá realizar la gestación propiamente dicha.

Así que hasta el momento los padres comitentes han tenido que firmar un contrato, primero con la agencia especializada y con el centro médico, segundo con el bufete de abogados, y tercero con la mujer portadora.

⁵⁹ Artículo publicado en la página web de AEGES, Agencia Española de Gestación Subrogada. Online en: <http://aeges.es/como-es-el-proceso-de-la-gestacion-subrogada/>



Pero lo realmente importante que sucede en el extranjero, dada la finalidad de este trabajo, es el documento que sería objeto de reconocimiento para la inscripción en el Registro Civil.

Respecto a este debemos acudir a la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante DGRN) y si bien esta nos dice varias cosas, para este subapartado lo único que necesitamos saber es que para la inscripción en el Registro Civil de los nacidos mediante gestación por sustitución establecía que solamente se admitiría como título una resolución judicial, la cual tendrá que ser reconocida mediante procedimiento de exequátur o mediante reconocimiento automático como ya veremos, aunque hay que aclarar que este es el criterio que podemos ver que se ha venido aplicando, pero que con las recientes reformas se ha visto afectado, y es por ello que más tarde analizaremos su vigencia.

Pero si bien más tarde matizaremos esto, podemos resumir que es en esta primera fase, es decir, en el extranjero donde debemos obtener la resolución necesaria para la posterior inscripción, y como hemos dicho anteriormente, de su obtención se encargan los abogados con los que se contrata para el proceso legal.

3.1.2. Fase del proceso en España.

Una vez ha nacido el hijo se pasa ahora a la que hemos calificado como segunda fase del proceso. Al igual que la fase anterior nos guiamos de sus efectos para determinar su situación en España, y es que los padres comitentes se encuentran en territorio extranjero de forma física, aunque es posible, y necesario en algunos casos, que vuelvan a España, en tal caso el nacido tendrá pasaporte extranjero, ya que es necesario llevar a cabo la inscripción en el Registro Civil para obtener determinada documentación como por ejemplo el pasaporte del hijo, y por lo tanto no pueden volver a España como padres e hijo hasta que se produzca la inscripción.

Así pues, para la efectiva inscripción en el Registro Civil español en un primer momento los padres comitentes se deberán dirigir al Consulado español para solicitarla, ya que las solicitudes de inscripción y, en su caso, las inscripciones de hechos acaecidos en el extranjero se realizarán en el Consulado de cada circunscripción.⁶⁰ Pero siempre y

⁶⁰ Art.10.1 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil:

1. La solicitud de inscripción y la práctica de la misma se podrán efectuar en cualquiera de las Oficinas Generales del Registro Civil con independencia del lugar en el que se produzcan los hechos o actos inscribibles. Si se producen en el extranjero, la inscripción se solicitará y, en su caso, se

cuando al menos uno de los padres comitentes sea español, pues es norma general que en nuestro Registro Civil son inscribibles los hechos que afecten a españoles, tanto en España como en el extranjero, y los hechos que afecten a extranjeros pero en territorio español, y es por ello que la autoridad competente, al instarse la inscripción deberá comprobar que los hechos afectan a españoles.⁶¹

Con la solicitud de la práctica del asiento pasamos ahora al propio acceso al Registro Civil.

3.2. Acceso al Registro Civil

Al instarse la práctica del asiento, pueden darse varias situaciones con la finalidad de conseguir tal filiación, primero podemos encontrar la omisión de la verdad por parte de los padres comitentes, ocultando estos que el hijo ha sido fruto de un proceso de gestación por sustitución, segundo, nuestro ordenamiento deja abierta la posibilidad de acudir a la figura de la adopción para establecer la filiación respecto de uno de los individuos de la pareja comitente, y tercero, que se deba someter a reconocimiento la resolución judicial que hemos mencionado con anterioridad necesaria para la inscripción.

A continuación analizaremos cada una de estas posibilidades.

3.2.1. Omisión de la verdad

Para que tenga lugar el primer supuesto que planteamos deben concurrir dos circunstancias, por un lado, que en la parte comitente haya al menos una mujer española y, por otro lado, que la certificación registral extranjera no mencione el proceso de gestación por sustitución, es decir, que solamente acredite que esa mujer es la madre.⁶²

Con la concurrencia de ambas circunstancias la autoridad española no podrá tener conocimiento de la forma en la que se ha gestado tal hijo, y por lo tanto el nacimiento será inscrito bajo el pensamiento de que la promotora ha dado a luz en el extranjero, y

practicará en la Oficina Consular de la circunscripción correspondiente. En este último caso, la inscripción también se podrá solicitar y practicar en cualquiera de las Oficinas Generales.

⁶¹ Art.9.1 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil: En el Registro Civil constarán los hechos y actos inscribibles que afectan a los españoles y los referidos a extranjeros, acaecidos en territorio español.

⁶² OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”. *Iguals y Diferentes ante el Derecho privado*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 465-516

de esta forma se podrá inscribir a partir de la certificación registral extranjera, sin necesidad de recurrir a ningún posible proceso de reconocimiento.⁶³

Es resumen, *“la autoridad española se limitaría a realizar el asiento a partir de la consideración de que la concepción y el parto se han realizado por una española. Los niños serían, de esta forma, españoles de origen en tanto que “hijos nacidos de española”, con independencia de cualquier otra circunstancia, como la nacionalidad del otro progenitor.”*⁶⁴

Aunque hay que aclarar que si bien hemos comenzado simplemente diciendo que es necesario que al menos haya una mujer en la parte comitente, este requisito debe ir acompañado de unas condiciones, es decir, que sea creíble que esa mujer, efectivamente, ha podido dar a luz, por ejemplo, que la mujer sea de una edad avanzada lo hará difícil de creer. Y evidentemente en el caso de las parejas homosexuales de hombres o en el caso de que la parte comitente se trate solamente de un hombre es imposible tal ocultación, es evidente que ninguno ha podido ni gestar ni alumbrar.⁶⁵

Que este supuesto pueda ocurrir se fundamenta, respecto de nuestro ordenamiento jurídico, principalmente en los arts. 28⁶⁶ y 98.1⁶⁷ de la Ley 20/2011, de 1 de julio, del Registro Civil (en adelante LRC).

Primero el art.28 LRC establece la posibilidad de poder practicar asientos a partir de certificados expedidos por Registros extranjeros, lo que es más, de practicarlos sin necesidad de expediente, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en la ley.

⁶³ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., op. cit., pp. 465-516

⁶⁴ *Ibidem* pp. 465-516

⁶⁵ *Ibidem* pp. 465-516.

⁶⁶ Artículo 28. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

Para practicar inscripciones sin expediente, en virtud de certificación de Registro extranjero, será necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa aplicable para que tenga eficacia en España.

⁶⁷ Artículo 98 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

1. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos:

- a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.
- b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española.
- c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.
- d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.



Acudiendo, entonces, al art.98.1 LRC encontramos esta exigencia de una serie de requisitos para la consideración de la certificación de un Registro extranjero como título válido para la inscripción en el Registro Civil español. De estas, es importante destacar, por una parte, su aprt.1 b) que establece necesario que el Registro extranjero tenga análogas garantías a las del Registro Civil español para la inscripción de los hechos que da fe, para lo cual tendremos que acudir a las disposiciones del Título II de la LRC, llamado “*Principios de funcionamiento del Registro Civil*”, ya que es donde se establecen las garantías de nuestro Registro Civil; y por otra parte, lo más importante a destacar, en mi opinión, es el aprt.1.c) al exigir que la inscripción no sea manifiestamente contraria al orden público español.

Respecto a esta última exigencia, decimos que es la más importante, para el tema que nos ocupa, ya que es la que hace imposible poder inscribir a los nacidos en el extranjero mediante un proceso gestación por sustitución en nuestro Registro Civil, y es por ello que con la omisión, tanto por parte de los padres comitentes como del certificado registral extranjero, del cómo ha sido concebido el hijo se pueda inscribir este como hijo biológico, ya que el mero nacimiento en el extranjero (recordemos que es lo que creería la autoridad española) no supone acto contrario al orden público internacional español.

Pero a pesar de que esto en la práctica sea posible, siempre hay que tener en cuenta la existencia del art.98.3 LRC⁶⁸, ya que le confiere a la autoridad española la posibilidad de comprobar los datos y circunstancias que considere necesarias para comprobar la autenticidad o realidad de los hechos, y es por ello que decíamos que tiene que ser creíble que esa mujer ha dado a luz, ya que si ese es el caso es más probable que no se hagan más averiguaciones.

3.2.2. Adopción express

En el caso de que no se pueda o no se quiera ocultar que el nacido ha sido fruto de un proceso de gestación por sustitución, como apunta CERDÀ SUBIRACHS⁶⁹,

⁶⁸ Art.98.3 Ley 20/2011, de 11 de julio, de Registro Civil:

3. Se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan.

⁶⁹ CERDÀ SUBIRACHS. J. “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”. *La Ley: Sección Tribuna Abierta, segundo trimestre de 2011*, 4893, nº 60, p. 2

existe en nuestro ordenamiento la posibilidad de otra vía, la de la adopción express. Vía que se encuentra regulada expresamente en el art.176.2.2º CC⁷⁰, y cuyo uso para estos supuestos viene posibilitado por la ausencia de sanción para el contrato de gestación por sustitución que se suma a lo que establece el art.10.3 LTRHA⁷¹.

Por lo tanto, primero tenemos el art.10.3 LTRHA que reconoce la acción de reclamación de la paternidad al padre biológico, es decir, este artículo opera siempre que el padre comitente haya aportado material genético, tanto si su pareja es una mujer u otro hombre e independientemente de si la madre comitente ha aportado material genético o no, ya que como hemos dicho anteriormente en España la maternidad viene dada por el parto, así que no podrán hacer uso de esta vía las parejas homosexuales de mujeres o la mujer que acude sin pareja.⁷²

Segundo, entonces, tenemos el art. 176.2.2º CC donde se establece expresamente la adopción express, esto es, que en un principio para iniciar una adopción se necesita una declaración de idoneidad de la Entidad Pública, pero no será esta necesaria si la o el adoptante es la pareja del padre comitente biológico, añadiendo como requisito el art.177.2 CC⁷³ la necesidad del asentimiento, es decir, de la renuncia de, en este caso, la mujer portadora, el cual no podrá prestar en un mínimo de 42 días después del parto.⁷⁴

⁷⁰ Artículo 176.2.2º del Código Civil:

2. 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. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta.

No obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

2.ª Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.

⁷¹ Art. 10.3 Ley 24/2006 de 20 de mayo de técnicas de reproducción humana asistida

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

⁷² LAMM E. “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”, 1ª edición. Barcelona. 2013. 336 págs. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. 2. ISBN:978-84-475-3773-0, p. 76-77

⁷³ Art.177.2.2º Del Código Civil

2. Deberán asentir a la adopción:

2.º Los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. Esta situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción.

...



Así que en resumen, esto funcionaría tal que el padre biológico puede reclamar la paternidad del nacido conforme al art.10.3 LTRHA, más tarde, con este ya como padre inscrito, siempre que medie la renuncia de la mujer portadora (que para nuestro ordenamiento es la madre biológica) tras 42 días del parto, como establece el art.177.2.2º CC, el hijo puede ser adoptado por la pareja del padre biológico y sin necesidad de declaración de idoneidad, tal y como establece el art.176.2.2º CC.⁷⁵

3.2.3. Resolución judicial extranjera

Es posible que no se puedan o no se quieran realizar alguna de las dos anteriores opciones, ya sea el intento de omisión de la verdad para poder aplicar el art.98 LRC o la opción de la adopción express, pues en ese caso se había venido siguiendo una tercera vía, que ya adelantábamos en el subapartado 3.1.1 de este trabajo, la de la admisión como título susceptible de inscripción una resolución judicial extranjera.

Era esta una vía que estableció la misma DGRN en su Instrucción de 5 de octubre de 2010, al decir que la solicitud de inscripción se deberá acompañar de “*la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido*”, y añade que “*en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante*”.⁷⁶

No es sólo que establezca como único título válido una resolución judicial, sino que esta instrucción excluye expresamente como título válido para la inscripción a la certificación registral o la declaración, acompañada de certificación médica en la que no conste la identidad de la madre gestante, identidad que nunca va a constar ya que se pretende la filiación de la madre comitente como madre biológica.

Y es por ello que sería necesario, como ya dijimos en la parte que explicamos la fase del proceso en el extranjero, acudir a los Tribunales del Estado en el que se produce

El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto.

⁷⁴ LAMM E. op. cit., p. 76-77

⁷⁵ *Ibidem* p. 76-77

⁷⁶ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.



el contrato y se desarrolla la gestación y alumbramiento con el fin de obtener una resolución en la que venga determinada la filiación del hijo.

Pero esa resolución judicial que habríamos obtenido de un Tribunal extranjero no tiene eficacia extraterritorial, es decir, no despliega efectos en España. Son varios los efectos que puede desplegar, pero en este caso el efecto concreto que necesitamos es el “efecto registral”, el cual *“consiste, exclusivamente, en el acceso al registro de la decisión extranjera como título para practicar la inscripción registral”* en este sentido es el ordenamiento español el que establece cuáles son los requisitos que se exigen para que una resolución judicial extranjera cuente con eficacia registral.⁷⁷

Pero ahorrándonos la búsqueda en nuestro ordenamiento es la propia Instrucción de 5 de octubre de 2010 la que habla de la necesidad de *“instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia”* o, en su caso, *“el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción”* siempre que *“la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria”*.

Pero el problema que nos encontramos actualmente con esta Instrucción es su desfase legal, ya que tanto en materia de cooperación jurídica internacional, como de jurisdicción voluntaria, como de Registro Civil se ha visto reformada, incluso con la aparición de nuevas leyes. Concretamente que nos afecte encontramos:

- Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (en adelante LCJIMC)

Entrada en vigor: 20 de Agosto de 2015

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

Entrada en vigor: 30 de Junio de 2017

- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV)

Entrada en vigor: 23 de Julio de 2015

Queda este desfase evidenciado en el momento que vemos que para el proceso de exequátur nos remite a su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en sus arts. 954 y ss, puesto que al acudir a la disposición derogatoria única de la

⁷⁷ FERNÁNDEZ ROZAS J.C. y SÁNCHEZ LORENZO S. op. cit., pp. 205-216

LCJIMC⁷⁸ en su primer apartado deroga estos artículos. Pero con la ley que más se ha visto afectada esta Instrucción es con la entrada en vigor de la LRC de 2011, encontrándonos con autores que incluso afirman que la deja sin efecto totalmente.

Si bien parece contradictorio analizar el camino establecido por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y decir a la vez que con la nueva normativa se está viendo obsoleta, me ha parecido oportuno su análisis ya que encontramos que este criterio se ha estado aplicando, incluso, recientemente, como por ejemplo en la Resolución núm. 2/2015 de 16 enero de 2015 de la DGRN en la que se admite la procedencia de una inscripción por cumplir los requisitos de la Instrucción de 5 de octubre de 2010; y es por ello que creo necesario conocer esta forma de inscribir la filiación en el Registro Civil.

3.2.4. Situación del acceso al Registro Civil tras la nueva normativa.

Se esperaba de estas nuevas leyes que facilitasen la inscripción del nacido por gestación por sustitución, de hecho, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 fue emitida en el momento en el que se estaba tramitando, concretamente, la nueva LRC. Por el contrario se ha pasado por encima y se ha omitido referencia a tal, e incluso se ha complicado la posibilidad de inscripción.

Una muestra de esta tendencia legislativa la encontramos en el debate parlamentario de la Ley 19/2015 por la que se reformaba el Registro Civil donde podemos observar dos cosas, *“de un lado, el Partido Popular retiró, del texto inicialmente propuesto por el Gobierno, la referencia que en el art. 44.7 Ley 20/2011 se hacía a la inscripción de los niños gestados por subrogación. Y de otro lado, no se admitieron ninguna de estas tres enmiendas presentadas en el Congreso: 1.ª) La enmienda a la totalidad del Partido Socialista, alegando –entre otros muchos motivos– que la norma estaba desconociendo la doctrina del TEDH en los casos Mennesson y Labassee ; 2.ª) La enmienda del Grupo Parlamentario Mixto que proponía incorporar al texto del art. 44 Ley 20/2011 el régimen registral recogido en la Instrucción 5-10-2010 de la DGRN; y 3.ª) La enmienda de Convergència i Unió, sugiriendo que la inscripción de un nacimiento producido en el extranjero no exigiera resolución judicial, de forma que bastara un certificado oficial validado con los requisitos del Convenio de*

⁷⁸ Disposición derogatoria única de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil:

“1. Quedan derogados los artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881.”

la Haya, alegando que algunos Estados –en los que es lícita la maternidad subrogada– no emiten sentencia”⁷⁹.

A) Ley de Registro civil de 2011

Concretamente para el tema que nos ocupa, quizá la Ley más controvertida sea la nueva LRC, de 2011, que recientemente ha entrado en vigor, esta incluso ha recibido críticas fuera de nuestra materia, como por ejemplo la de ESPINAR VICENTE⁸⁰ que llega a afirmar que no es una buena ley, sobre todo en lo referente a su regulación del tráfico internacional, a pesar de que en la Exposición de Motivos literalmente no dice que *“una de las mayores novedades se centra en la inscripción de documentos judiciales extranjeros”*.

Y es que esta LRC nos introduce en su Título X *“Normas de Derecho Internacional Privado”*, y entre ellas, evidentemente, nos encontramos el régimen jurídico de las inscripciones en el Registro Civil de los hechos frutos de relaciones jurídicas de Derecho Internacional Privado, siendo entonces el contrato de gestación por sustitución una de estas relaciones y al ser la LRC una norma de rango superior y regular, ahora, de forma específica la materia internacional, la Instrucción de 2010 no podría aplicarse, al menos en lo contrario a ella, y es por eso que justo en el subapartado anterior decíamos que la doctrina apunta a la obsolescencia de tal Instrucción.⁸¹

Antes que nada la LRC establece la primacía del derecho convencional y de la Unión Europea en su art. 94, por ello debemos cerciorarnos de que no haya regulación supraestatal, pues no se exigirían para practicar el asiento los requisitos del art.98 LRC, y tampoco en lo referente a las resoluciones extranjeras se aplicará el art.96 LRC.

⁷⁹ ARAGÓN GÓMEZ, C. “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del tribunal supremo con respecto a las prestaciones por maternidad.”. *Revista de Información Laboral*, nº 4, 2017, Editorial Aranzadi, S.A.U., p. 10

⁸⁰ SPINAR VICENTE, J.M.: “Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil”. *Diario La Ley*, Sección Doctrina, nº 7771, 9 de enero de 2012, pág. 1: *“no es una buena ley, sobre todo desde un punto de vista estrictamente técnico, pues en ella se puede apreciar un conjunto de contradicciones no desdeñables, imprecisiones que generan perplejidad, regulaciones que desasosiegan e incluso un mal uso de la técnica jurídica, particularmente acusado en los preceptos destinados a resolver los problemas de tráfico internacional”*

⁸¹ ALBERT MÁRQUEZ, M. “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”. *Diario La Ley*, nº 7863, Sección Doctrina, 22 de Mayo de 2012, Ref. D-209, Editorial LA LEY, pp. 6-9

- **Certificación registral extranjera**

Lo referente a la inscripción de una certificación registral extranjera lo ocupa el art.98 LRC diferenciando entre certificaciones que no son reflejo de una resolución judicial previa y certificaciones que sí lo son en sus respectivos apartados.⁸²

En cuanto a las primeras, certificaciones que no son mero reflejo de una resolución judicial previa, ya las analizábamos en el art.3.2.1. de este trabajo, y explicábamos por qué no podrían servir para la inscripción de un nacido mediante gestación por sustitución, a no ser de que se omitiese la verdad. En cuanto a las segundas, las certificaciones mero reflejo de una resolución judicial, nos remite al art.96 LRC, en tanto este trata la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras.⁸³

Por lo tanto, tanto para las certificaciones registrales extranjeras mero reflejo de una resolución judicial extranjera como para las resoluciones extranjeras tenemos que aplicar el art.96 LRC⁸⁴.

⁸² ALBERT MÁRQUEZ, M., op. cit., pp 6-9

⁸³ *Ibidem* pp. 6-9

⁸⁴ Artículo 96 Ley de Registro Civil

1. Sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza. Tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, éstas deberán ser definitivas. En el caso de que la resolución carezca de firmeza o de carácter definitivo, únicamente procederá su anotación registral en los términos previstos en el ordinal 5.º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

2. La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar:

1.º Previa superación del trámite del exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

2.º Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique:

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

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

3. El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por autoridades no judiciales extranjeras en materias cuya competencia corresponda, según el Derecho español, al conocimiento de Jueces y Tribunales.



Pero para aplicar este art.96, nos dice su apartado 1 que debe ser la resolución firme, o tratándose de resoluciones de jurisdicción voluntaria, resoluciones definitivas, en caso contrario solo se procederá a su anotación. Es en su apartado 2 en el que establece la doble posibilidad de un procedimiento de exequátur o bien el reconocimiento incidental.

- **Procedimiento de exequatur y reconocimiento en el art.96 LRC**

Dice la propia Ley que esta “*permite no sólo la inscripción previo exequátur sino también la posibilidad de que el Encargado del Registro Civil realice la inscripción tras proceder a un reconocimiento incidental*”, este es un camino que también sigue la LCJIMC, y que incluso a nivel comunitario encontramos en el Reglamento 1215/2012, por lo tanto vemos que tiende nuestro ordenamiento a la diferenciación de procedimiento de exequátur y reconocimiento.⁸⁵

En cuanto al exequátur el art.96 LRC nos remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, pero esta ya se encuentra derogada, así que para poder realizar tal procedimiento debemos acudir a los arts.41 y ss de la LCJIMC.

Ahora, respecto de “reconocimiento incidental” en el art. 96.2.2º y se trata de que las resoluciones firmes acceden al Registro Civil sólo con la presentación, aunque el encargado del Registro Civil deberá comprobar que cumple ciertos requisitos, pero debemos tener en cuenta que por art.24.1ª establece que las Oficinas Consulares son las responsables de la inscripción de “*los documentos extranjeros judiciales y no judiciales y certificaciones de Registros Civiles extranjeros que sirvan de título para practicar la inscripción*”. Y también la LCJIMC tiene un capítulo dedicado al “reconocimiento”.

Con todo lo anterior dicho, para su mejor comprensión creo conveniente una breve explicación sobre el exequátur y el reconocimiento en nuestro ordenamiento, ya que estos han visto cambios recientes.

B) Breve análisis sobre el proceso de exequátur y el reconocimiento automático en el Ordenamiento español

Partiendo de esa distinción que decimos hace nuestro ordenamiento entre procedimiento de exequátur y reconocimiento estudiaremos ambos por separado

⁸⁵ ALBERT MÁRQUEZ, M. op. cit., pp 6-9.

- **Reconocimiento automático**

Empezamos por el reconocimiento automático, este se trata del reconocimiento sin realizar un procedimiento destinado a su homologación, pero eso no significa que sea un reconocimiento incondicional o inmediato, sino que no necesita de tal procedimiento previo. Asimismo, lo encontramos establecido en los arts. 44, 50 y 59 LCJIMC, en el art.96 LRC, y en los arts. 11 y 12 de la LJV.⁸⁶

*Así “la posibilidad de reconocimiento automático confiere al solicitante del reconocimiento un derecho de invocación directa de la decisión extranjera ante la autoridad competente para conceder el efecto ejecutivo, de cosa juzgada, registral o constitutivo requerido, que deberá proceder a analizar si dicha decisión cumple las condiciones exigidas y, en su caso, conceder el reconocimiento”.*⁸⁷

Ahora bien, la LCJIMC hace una distinción entre reconocimiento y ejecución, y establece en sus arts. 42.1 y 50.1 que será necesario realizar un procedimiento de exequátur siempre que se pretenda la ejecución, procedimiento que también establece como necesario en su art.42.1 si se pretende el reconocimiento a título principal.⁸⁸

Así que concretamente para el efecto registral que es el que a nosotros nos interesa, no se tendría que acudir a un procedimiento de exequátur, sino que es el Encargado del Registro el que determina si la decisión cumple con las condiciones.

En el ámbito supraestatal este reconocimiento automático viene establecido en el art. 36.1 del Reglamento Bruselas I Bis, además de en los Convenios de Bruselas y de Lugano. Pero también en nuestro ordenamiento lo encontramos presente en diferentes convenios bilaterales y multilaterales, por ejemplo con Alemania, Australia, Rumania, Rusia, México o El Salvador.⁸⁹

Aunque el reconocimiento automático tiene un inconveniente, y es que es provisional, no cuenta este con fuerza vinculante, así que *“la inscripción registral basada en el reconocimiento automático no impide que el reconocimiento de la misma decisión sea rechazado por una autoridad distinta”.*⁹⁰

⁸⁶ FERNÁNDEZ ROZAS J.C. y SÁNCHEZ LORENZO S. op. cit., pp. 237-252

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 237-252

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 237-252

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 237-252

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 237-252

- Procedimiento de Exequatur

Ahora, respecto del procedimiento de exequátur, se trata de un “*procedimiento autónomo (de homologación) o especial, en que se declara el reconocimiento con carácter principal y efecto vinculante, esto es, produciendo el característicos efecto de la cosa juzgada material*”. Por su parte, a este lo encontramos regulado en los arts. 42 y 52 a 55 LCJIMC.

No se puede confundir este con un procedimiento de ejecución, sino que es un proceso declarativo que reconoce u homologa, además no es siempre el efecto ejecutivo lo que se pretende con el reconocimiento.⁹¹

Nos dice el art.52 LCJIMC respecto de la competencia que este procedimiento se realizará ante los Juzgados de Primera Instancia o en los Juzgados de lo Mercantil del domicilio de la persona a la que se refieren los efectos de la decisión que se pretende reconocer, en defecto de este, la competencia será de los Juzgados del lugar de ejecución o del que se produzcan los efectos y, finalmente, en los Juzgados en los que se presente la demanda de exequátur.⁹²

Igualmente en el ámbito supraestatal destaca la regulación en el Reglamentos Bruselas I Bis, y los Convenios de Bruselas y Lugano. Concretamente en el Reglamento Bruselas I Bis en sus arts. 38 y 52, e incluso establece que aunque no exista oposición cualquiera de las parte puede solicitar la declaración de que no existen motivos de denegación del procedimiento. Pero “*con carácter general los convenios no suelen incluir una reglamentación específica del procedimiento de reconocimiento, remitiéndose a los respectivos Derechos internos, en nuestro caso a la LCJIMC*”.⁹³

4. TRATAMIENTO EN ESPAÑA. LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y EL NOTARIADO Y LA JURISPRUDENCIA.

Procederemos en este punto a analizar la evolución que ha tenido el tratamiento en España de los casos ocurridos a españoles que pretendieron la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, concretamente a través de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la jurisprudencia, para ello utilizaremos las resoluciones más destacables.

⁹¹ FERNÁNDEZ ROZAS J.C. y SÁNCHEZ LORENZO S. op. cit., pp. 237-252

⁹² *Ibidem*, pp.237-252

⁹³ *Ibidem*, pp. 237-252



Veremos que es notable la diferenciación entre el criterio de la DGRN y el criterio de los Tribunales, ya que la DGRN se muestra partidaria de la inscripción de estos menores mientras que la jurisprudencia es contraria.

4.1. La Dirección General de los Registros y del Notariado

A) Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009⁹⁴

En cuanto a los hechos, estos se inician en el 2008 cuando un matrimonio formado por dos varones de nacionalidad española solicita, en el Registro Civil Consular de España en California, la inscripción de sus dos hijos gemelos como naturales, nacidos estos mediante gestación por sustitución, concretamente en San Diego. En este caso los padres comitentes habían aportado como documentos el Certificado de nacimiento de los menores expedido en el Registro Civil de California, el Certificado de nacimiento de los promotores y el libro de familia del matrimonio.

El Encargado del Registro Civil Consular deniega la inscripción basándose en el art.10 LTRHA que establece nulo el contrato de gestación por sustitución además de que la maternidad se determina por el parto, así los padres comitentes interponen recurso ante la DGRN y se resuelve mediante la Resolución de 18 de febrero de 2009.⁹⁵

El fallo de esta resolución exactamente fue:

1.º Estimar el recurso y revocar el auto apelado.

2.º Ordenar que se proceda a la inscripción, en el Registro Civil Consular, del nacimiento de los menores C. y M., que consta en la certificación registral extranjera presentada, con las menciones de filiación constantes en la certificación registral aportada, de la que resulta que son hijos de Don I. y de Don J.

El enfoque que se tomó por parte de la DGRN se basaba fundamentalmente en dos argumentos, el primero giraba en torno al art. 81⁹⁶ del Reglamento del Registro Civil (en adelante RRC), y el segundo relativo al orden público internacional español.

⁹⁴ Para la redacción de este apartado se ha utilizado la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009

⁹⁵ VAQUERO LÓPEZ, C. “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015”. *Revista Aranzadi Doctrinal* num.4/2015 parte Comentario, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015.

⁹⁶ Artículo 81 Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil (Reglamento del Registro Civil)



- **Entre una cuestión de Derecho aplicable o una cuestión de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España.**

En cuanto al primer argumento el cual considero fundamental en esta materia, de hecho es la línea que sigue este trabajo, los padres comitentes habían aportado una certificación registral extranjera, constando en esta ya el nacimiento y filiación del nacido, en este sentido *“una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español”*.

Así que en estos casos al ser esta certificación registral una decisión extranjera no se trataría de una cuestión de “Derecho aplicable” sino de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”, y es por ello que tendremos que acudir al art.81 RRC, quedando excluida la aplicación de normas de conflicto españolas, en concreto el art.9.4 CC, y en consecuencia la Ley sustantiva a la que este nos dirigiera, en este caso concreto la LTRHA, y *“por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación”*.

Estas certificaciones registrales extranjeras efectivamente tienen que pasar un control de legalidad, pero este iría destinado a la certificación en sí y no se trataría de que la autoridad española resolviese el caso del mismo modo que lo habría resultado al seguir las normas españolas, es decir, que el contenido de la certificación no tiene por qué ser igual al que estableciese el ordenamiento español.

Y en definitiva, no se trata de determinar la filiación, ya que ya se determinó en California, sino que se trata de determinar si puede acceder la Certificación extranjera al Registro Civil español.

El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales.



- **Orden público internacional español**

Ahora respecto del segundo, entiende la DGRN que no vulnera esta inscripción el orden público internacional español, fundamentando esto en varios puntos pero entre ellos lo más relevantes son los relativos al interés superior del menor y al fraude de ley.

En cuanto al interés superior del menor, es por este que debe realizarse la inscripción del nacido, ya que de no procederse a esta *“podría resultar que los hijos, de nacionalidad española, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil. Ello vulnera el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989”*, traduciéndose, además, este art.3 de la Convención como el derecho del menor de una *“identidad única”*, esto es, igual en todos los países.

En cuanto al fraude de ley, entiende la DGRN que no se estaría incurriendo, ni los padres comitentes intentado tal fraude, ya que no han utilizado ninguna norma de conflicto ni cualquier otra norma para eludir una ley imperativa. Tampoco se considera que han utilizado el llamado *“Forum Shopping fraudulento”*, ya que al no tratarse la Certificación registral californiana de una resolución judicial que produce fuerza de cosa juzgada no se puede decir que han acudido a la autoridad extranjera para eludir la ley imperativa española e introducir en España una filiación inalterable.

- **Aclaración sobre la nacionalidad de los menores**

Por último nos dice que los menores ostentan la nacionalidad española, ya que por el art. 17.1.a) CC son españoles los nacidos de español o española. Al hablar el CC solamente de *“nacidos”* y no de *“hijos”* no hace falta que esté la filiación determinada legalmente, sino que basta con el *“hecho físico de la generación”*.

En definitiva, se procedió a la inscripción de los nacidos.

B) Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

La SJPI nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, como ya veremos, anula la Resolución de 18 de febrero de 2009, pues con esta anulación la DGRN mediante la Instrucción de 5 de octubre de 2010 rectifica su posición, por ello limita su ámbito a la inscripción en el Registro Civil de los nacidos mediante gestación por



sustitución que previamente cuenten con filiación determinada por autoridad extranjera.⁹⁷

De lo que establece esta Instrucción en este apartado simplemente haremos un breve resumen, ya que en este trabajo dedicamos el apartado 3.2.3 exclusivamente al análisis del régimen que establece.

Básicamente, como ya hemos visto, establecía como requisito a la inscripción de aquellos nacidos por gestación por sustitución que junto con la solicitud se presente una resolución judicial dictada por el Tribunal extranjero competente en la que venga determinada la filiación del nacido, y además excluye la posibilidad de ser título válido la certificación registral o la declaración, acompañada de certificación médica en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Y al ser el único título válido una resolución judicial extranjera esta debería acudir al procedimiento de exequátur o en el caso de que se trate de una decisión que derive de un procedimiento similar el de jurisdicción voluntaria el reconocimiento podría ser incidental.⁹⁸

4.2. Jurisprudencia

A) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, nº 193/2010 de 15 de Septiembre de 2010⁹⁹

Con la filiación del caso que analizábamos en la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 ya inscrita en el Registro Civil, ya que como vimos se aceptó la inscripción con el solo Certificado registral extranjero, el Ministerio Fiscal impugna esta resolución e interpone demanda que se resuelve mediante la SJPI nº15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010.

Comienza esta Sentencia recordando los fundamentos utilizados por la Resolución de la DGRN, fundamentos que ya analizamos en el apartado 4.1.A) de este trabajo, si recordamos gran parte de la fundamentación de la DGRN se basaba en el art.81 RRC, pero el JPI nº15 de Valencia responde con que obviaron que al ser un

⁹⁷ HEREDIA CERVANTES, I. “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”. ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. II, pp. 701-703

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 701-703

⁹⁹ Para la redacción de la totalidad de este apartado se ha utilizado la Sentencia Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, nº 193/2010 de 15 de Septiembre de 2010



reglamento que desarrolla una Ley esta Ley tiene superioridad jerárquica y no puede ser contradicha, y es por ello que se debe acudir en primer lugar a la LRC para poder interpretar correctamente el art. de un reglamento.

Pero hay que apuntar que no niega el hecho de que se trate de una cuestión de “validez extraterritorial de decisión extranjera en España”, simplemente puntualiza a que art. es más adecuado acudir.

En este caso la sentencia acude a la antigua LRC de 1957, concretamente a su art.23¹⁰⁰, pero tenemos que recordar que esta Ley ha estado vigente hasta el 30 de junio de 2017, así que desde el 1 de julio tenemos que acudir a la nueva LRC de 2011, concretamente a su art.28, completado con el art.98, artículos que ya analizamos en los apartados 3.2.1 y 3.2.4 de este trabajo.

Pero lo que ahora nos ocupa es el análisis que realiza esta Sentencia, que aunque analicemos un art. derogado no se aleja tanto del criterio que sigue la nueva normativa, ya que en ambas se establece que el hecho no puede ser contrario a la Ley española, bueno, la nueva LRC habla de “ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado”, pero en este caso nos lleva a lo mismo, la Ley española.

- **Artículo 23 de la Ley del Registro Civil de 1957**

Así que el art.23 establece dos requisitos, el primero es que el Encargado debe comprobar la realidad del hecho que se pretende inscribir, y en este caso la Certificación californiana establece como hijo natural de los dos varones, lo cual es biológicamente imposible; el segundo es que el Encargado examine si el hecho de la inscripción que se pretende no es contrario a la Ley española, “*es decir que caso de que el hecho hubiera ocurrido en España se consideraría legal, es en este contexto y no en el genérico y abstracto del orden público internacional español donde debe examinarse si resulta o no de aplicación la ley 14/2006*”.

Entiende el JPI de Valencia que efectivamente es de aplicación la LTRHA y que además vulnera el orden público internacional español.

¹⁰⁰ Artículo 23 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil

...

También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.

- **El interés superior del menor**

También contradice el argumento dado por la DGRN sobre el interés superior del menor, y es que afirma que sí es cierto que debe primar el interés y el derecho de tener una “identidad única” pero que el ordenamiento español otorga herramientas para que esto sea posible sin necesidad de tener que ir en contra del mismo ordenamiento.

- **Fraude de ley**

Y por último nos habla del *forum shopping* fraudulento, si bien no entra a analizar lo fraudulento o no del hecho, sí que dice que el único motivo por el cual acudieron a California era porque sabían que en España el contrato no tiene efecto y no cuentan con ninguna garantías, además de poder incurrir en un delito, y con ello asumen las consecuencias que podrán ocurrir al volver a España.

Así que finalmente el fallo es literalmente “*que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el ministerio fiscal contra la resolución de la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009 debo dejar sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de los menores Luis y Fernando con las menciones de filiación de la que resulta que son hijos de Luis y Fernando y en su consecuencia debe procederse a la cancelación de la inscripción*”.

Esta es recurrida en apelación, nº de recurso 949/2011, ante la Audiencia Provincial de Valencia, la cual resuelve confirmando la decisión en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, nº 826/2011 de 23 de noviembre de 2011, respecto a esta obviaremos su análisis ya que es una reiteración de lo que acabamos de exponer, y por ello pasamos a la Sentencia del Tribunal Supremo que resuelve sobre el recurso que se interpuso respecto de esta.

B) Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), nº 835/2013 de 6 febrero de 2014¹⁰¹

La SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 es recurrida en casación, nº de recurso 245/2012, llegando así al Tribunal Supremo, concretamente a la Sentencia nº 835/2013 de 6 de febrero de 2014 por la que se resuelve tal recurso, en este caso, desestimándolo.

¹⁰¹ Para la redacción de la totalidad este apartado se ha utilizado la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), nº 835/2013 de 6 febrero de 2014

El recurso de casación se interpone bajo un único motivo y es la “*infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989*”, este a su vez fundamentado en varios argumentos, que a continuación veremos y analizaremos cómo aborda el TS lo más relevantes.

- **Orden público internacional español**

Primero argumentan los recurrentes que “*el reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español, pues este impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución pero no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del contrato*”.

Como vimos en los análisis de resoluciones anteriores, el reconocimiento de la Certificación registral de California se realizó conforme a lo previsto en el art. 85 en relación con el art.81 del RRC, pero una vez el Ministerio Fiscal impugna la resolución de la DGRN, la jurisprudencia establece que deben cumplirse los límites del art.23 LRC de 1957.

Aquí es donde entra el orden público internacional español, y respecto a este considera el TS que el hecho de que el concepto de familia haya avanzado a acoger familias como pueden ser las homoparentales o el hecho de que se regule ampliamente la adopción, o incluso el avance de las técnicas de reproducción humana asistida no nos puede llevar a la vulneración de “*la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos*”, y es por ello que se encuentra integrado el art.10 LTRHA en el orden público internacional español.

Y en definitiva, al ser el hecho que pretenden inscribir un resultado directo de un contrato de gestación por sustitución no se puede considerar la inscripción como una consecuencia “periférica”, tal y como pretenden los recurrentes, por lo tanto es esta filiación contraria al art.10 LTRHA y por consecuencia vulnera el orden público internacional español.

- **Discriminación por razón de la sexualidad**

Segundo, los recurrentes consideran que *“no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio”*.

En este caso el TS no admite el argumento ya que en los mismos argumentos propuestos en el recurso se muestra que la razón de la denegación de la filiación es que el hecho es consecuencia principal de un contrato de gestación por sustitución, con lo que nada tiene que ver que se trate de un matrimonio compuesto por dos hombres, es decir, que estaríamos ante el mismo problema si se tratase de un matrimonio heterosexual.

- **Interés superior del menor**

Y el tercer argumento versa sobre el interés del menor, y dicen concretamente que *“privar de su filiación a los menores vulnera el interés del menor, pues (i) perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos; (ii) los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo; (iii) el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales”*.

Comienza el TS afirmando que el concepto de “interés superior del menor” es indeterminado, de lo que se conocen como *“conceptos esencialmente controvertidos”*.

Por su parte, los recurrentes consideran que la única forma de satisfacer ese interés del menor es con la inscripción en el Registro Civil español de la filiación realizada en California. El TS, por otra parte, reconoce que el interés superior del menor es, efectivamente, primordial, pero que la concreción de este no puede realizarse conforme a puntos de vista personales, sino que debe acomodarse a los principios de la sociedad, lo cuales están contenidos en la legislación nacional y en los convenio internacionales.

Pero además con este interés pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que se deberá realizar una ponderación, tales como el la dignidad de la mujer portadora o evitar la explotación del estado de necesidad de la gestante.



También añade el TS que la no inscripción ciertamente puede suponer un perjuicio para el menor, pero que la sí inscripción supone igualmente un perjuicio, como es la mercantilización del esta nacido la cual atenta contra su dignidad, por lo tanto hay que ponderar que conllevará menos perjuicios para el menor.

- **Desprotección del menor**

Para acabar el TS trata la desprotección en la que podrían encontrarse los menores con la no filiación, si bien los menores, en contra de la afirmación de los recurrentes, no serán enviados a un orfanato o de regreso a Estados Unidos, sí que acepta el TS que puede crear inconvenientes a los menores, pero que a pesar de ello no puede dársele protección a los menores aceptando la filiación sin criterio alguno, sino que *“la protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual”*.

Es decir, que existen otras formas e instrumentos en nuestro ordenamiento para proteger a esos menores, y es más, en el propio art.10 LTRHA apartado 3º se posibilita a establecer la filiación respecto del padre biológico, así que en el caso de que alguno de los recurrentes lo sea podrá establecerse, pero además existen figuras como el acogimiento familiar o la adopción.

C) Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015

Frente a la anterior sentencia presentaron escrito promoviendo incidente de nulidad de actuaciones, se había fijado como día para la deliberación, votación y fallo el 14 de julio de 2014, pero el 26 de junio de 2016 el TEDH dictó sentencias relacionadas con el procedimiento que nos ocupa, por ello se acordó que las partes pudieran presentar las alegaciones que considerasen en referencia a estas nuevas sentencias.¹⁰²

Lo realmente a destacar de este ATS es el análisis que realiza respecto de la consecuencia de la nueva jurisprudencia del TEDH, ya que para el resto de argumentos utiliza el mismo criterio que las anteriores sentencia y por lo tanto ya lo hemos visto.

Pues bien, estas se tratan de las sentencias de los casos Labassee contra Francia y Mennesson contra Francia, las cuales versan sobre no permitir la inscripción en el Registro de nacidos en EE.UU mediante gestación por sustitución, pero siendo estos

¹⁰² Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015

una pareja heterosexual y con la aportación de material genético del varón, y respecto de ellas considera el TS que la sentencia de 6 de febrero de 2014 no resulta contraria, incluso cuando en ellas el TEDH haya condenado a Francia.

- **No equivalencia de supuestos con las sentencias del TEDH**

Pero en este caso la condena viene dada no sólo porque no se pueda practicar la inscripción a partir de una Certificación registral extranjera por ser resultado de un contrato de gestación por sustitución, sino que además tampoco se contempla en el ordenamiento francés la posibilidad de establecer la filiación respecto del padre biológico, que como hemos dicho, había aportado material genético, ni la filiación por adopción, ni la filiación por posesión de estado.¹⁰³

Así el TEDH entiende que esto es contrario al art.8 del Convenio de Roma (que establece el derecho a la identidad, integrado en el derecho al respeto de la vida familiar) y además *“no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto de la vida privada de esos menores. Lo que afirma es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir (...)”*.¹⁰⁴

En España, por su parte, se puede reconocer la filiación al comitente que haya aportado material genético, también pueden optar los comitentes por la adopción, y en ciertos casos la filiación por posesión de Estado, es decir, que en nuestro ordenamiento no dejamos desprotegido al menor ni le privamos totalmente del derecho a una familia y a una identidad.¹⁰⁵

Y en resumen, estas sentencias no pueden equipararse al caso español y por lo tanto no pueden ser admitidas las alegaciones respecto de ellas, y en lo referente a los demás argumentos utilizados el TS no cambio su opinión de la anterior sentencia de 6 de febrero de 2014 y se produce prácticamente una reiteración, y en definitiva, se confirma la prohibición de la inscripción de la filiación de los dos menores en el Registro Civil español.

¹⁰³ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español” *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016, pp. 355-356.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 355-356

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 355-356.

CONCLUSIÓN

- Ya hablábamos en este trabajo sobre la evolución que ha vivido nuestra sociedad, siendo totalmente normal nuevos tipos de familia, por lo tanto son cada vez más las parejas homosexuales y transexuales, tradicionalmente con menos recursos quizá por el rechazo social, que actualmente tienen un nivel económico que les permite acudir a técnicas de reproducción alternativas.

Es definitiva, el espectro de sujetos que desean formar una familia ha aumentado exponencialmente y como consecuencia la búsqueda de formas no tradicionales de establecer descendencia.

- Por su parte nuestro ordenamiento jurídico posibilita acudir a otras opciones para formar una familia además de la tradicional, como el acogimiento o la adopción.

El problema del acogimiento es que por lo general tiene carácter temporal, y aunque sea permanente no se crean vínculos de filiación con la familia de acogida, además de que estará en contacto con su familia biológica.

En cuanto a la adopción cada vez son menos los que acuden a ella, ya que es un proceso largo y complicado, con requisitos muy duros, en España se puede llegar a estar en lista durante 7 años, y en la adopción internacional los plazos se están alargando más, estando casi asemejados a los nacionales. Pero es que además a las parejas no heterosexuales muchos Estados no les permiten adoptar.

- Pero incluso con la gran demanda con la que cuenta este contrato se ha persistido en la negativa a la posibilidad de una regulación, siendo destacable ver que en España, como en muchos otros Estados, la discusión, tanto doctrinal como social, está estancada en la moralidad, es decir, no se discute la viabilidad legal o la eficacia que tendría una regulación, ni si es necesaria o no, sino que se discute la moral que acompaña a la realización de tal práctica, esto es, si está bien o está mal tener de esta manera un hijo.

Y es que frente a la gestación por sustitución encontramos una gran oposición, destacando de este los sectores feministas, las cuales centran su argumentación en el hecho de que se estaría cosificando a la mujer. De hecho es llamativo como esta cuestión ha unido a conservadores y feministas.

En relación a esto, recientemente el Comité de Bioética de España ha publicado un informe en el que insiste en que la regulación de esta materia debería dirigirse a la prohibición universal de la gestación por sustitución, es decir, que se consideren nulos estos contratos aunque se celebren en el extranjero. Además sugieren como medida sancionar a las agencias que se dediquen a la realización de estos procesos

Esta postura está fundamentalmente basada en la explotación a la mujer que supone esta práctica y en la protección del interés superior del menor.

La explotación a la mujer vendría dada ya que las mujeres en una situación económicamente mala, a causa de esta, se ofrecerían para ser la mujer gestante y por lo tanto no sería cierta esa voluntariedad en gestar el hijo de otros, pero, en mi opinión, siguiendo esa regla en cualquier trabajo encontraríamos explotación, ya que la gran mayoría de población trabaja forzado por razones económicas.

Lo que sí es cierto es que por esa situación económica precaria a las mujeres que les afectaría principalmente, incluso de forma única, sería a las mujeres sin recursos, pero eso se evitaría con una regulación garantista para la gestante, con medidas como que se requiera que la mujer gestante se encuentre en una situación económica estable. Por ello opino que la única regulación que podríamos aceptar, en tanto a su permisividad, sería aquella en la que se proteja a la gestante.

En cuanto al interés superior del menor, tal y como yo lo veo, lo realmente importante para proteger a un menor es tener una familia, unos padres, y no tanto el hecho de que su madre lo haya gestado o no, ya que sino en ese caso tampoco se estaría protegiendo el interés superior del menor cuando una mujer puede tener un hijo inseminándose en una clínica donde no se le proporciona ningún dato de su padre biológico, mientras que en el caso de la gestación por sustitución ni siquiera puede ser la mujer gestante la madre biológica.

- Se puede asemejar la situación en la que se encuentra ahora mismo el contrato de gestación por sustitución con el de la situación de la prostitución, e incluso con la discusión que se tuvo sobre el aborto.

Pero al igual que con la prostitución, que el ser mal vista socialmente y carecer de regulación no impide que sea uno de los mercados que más dinero mueve en nuestro país, y lo que ocurrió con el aborto, que o bien se desplazaban al extranjero

o bien lo realizaban en España pero atentando a la salud, el hecho de que la gestación por sustitución no sea aceptada y su regulación se limite a la nulidad del contrato no consigue que no se vaya a realizar.

- Es por esto que me permito afirmar que una regulación sobre este contrato es necesaria, ya que se va a seguir llevando a cabo, por unos medios u otros, y lo único que conlleva no regularla es la inseguridad, física y jurídica, de los que la practican

Además el hecho de que no exista regulación, ni para su legalización ni para el control de su prohibición, lleva a crear una desigualdad entre los ciudadanos, dividiéndose entre sujetos que pueden pasar por padres biológicos y los que no pueden, así los primeros llegan a no tener ningún problema de inscripción y a disfrutar de prestaciones de la Seguridad Social, mientras que los segundos no pueden ni llegar a inscribir al nacido (pudiendo ser biológico) en el Registro Civil.

Pero es más, con la actual regulación tenemos establecida una discriminación entre hombre y mujer, ya que el hombre puede reclamar su paternidad biológica y la mujer, aunque haya aportado material genético, no puede.

Así el único que puede impedir que haya abusos es el legislador.

- Para finalizar mi opinión veo oportuno hacer una puntualización, y es que durante toda la labor de investigación, y consiguiente lectura de libros, artículos y demás, he notado que de forma mayoritaria se utiliza para llamar al contrato de gestación por sustitución la denominación de “maternidad subrogada”, o “maternidad por sustitución”, etc, pero siempre utilizando el término “maternidad”; término el cual, y sumándome a la opinión de varios autores como la Dra. Eleonora LAMM¹⁰⁶, yo considero erróneo para usar en estos casos.

A lo que me refiero es a que la maternidad es algo demasiado amplio y abstracto como para reducirlo al hecho de gestar y alumbrar, e incluso al hecho de aportar material genética, ya que se sustituye la gestación y alumbramiento y en ningún momento la maternidad, ya que así ninguna madre adoptiva sería madre, y es más, ningún padre, ni siquiera biológico, sería padre, pues nunca van a dar a luz.

Sería pues “gestación por sustitución” el término más adecuado.

¹⁰⁶ LAMM E. “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, 1ª edición. Barcelona. 2013. 336 págs. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. 2. ISBN:978-84-475-3773-0. Pág 26: “*En definitiva, es incorrecto hablar de “maternidad subrogada”; la maternidad es un concepto demasiado amplio como para encargarlo. La maternidad no se subroga, lo que se subroga es la gestación (...)*”.



BIBLIOGRAFÍA

- PÉREZ VAQUERO, C. “Diez claves para conocer los vientres de alquiler”
noticias.juridicas.com, 2010. En [http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-
doctrinales/4601-diez-claves-para-conocer-los-vientres-de-alquiler/](http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4601-diez-claves-para-conocer-los-vientres-de-alquiler/)
- Informe Warnock de 1984
- ELEONORA CANO, M. “Breve aproximación en torno a la polémica de la maternidad subrogada”. *revistapersona.com.ar*. En: <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>
- JIMÉNEZ, M.E Y RIESENBERS,G “La maternidad subrogada. Una realidad. Conflictos y Prácticas” *Revista de derecho de familia y de las personas*, 2013, núm. 1, pp. 155-161
- Conf. Dr. CÁCERES. Ponencia presentada en el Congreso hispanoamericano de Derecho de Familia de 1987 (España). En ELEONORA CANO, M. “Breve aproximación en torno a la polémica de la maternidad subrogada”.
- MOSQUERA VASQUEZ, C. “Derecho y Genoma Humano”, 1ª ed., 1997, pág. 49. En JIMÉNEZ, M.E. y RIESENBERS,G. “La maternidad subrogada. Una realidad. Conflictos y Prácticas” *Revista de derecho de familia y de las personas*, 2013, núm. 1, pp. 155-161
- Conf. PETZOL frente a la PERNIA, Hermann, “El principio “*Mater in iure semper certa est*” transferencia de embriones humanos, en el Derecho venezolano”. En JIMÉNEZ, M.E. y RIESENBERS, G. “La maternidad subrogada. Una realidad. Conflictos y Prácticas”. *Revista de derecho de familia y de las personas*, 2013, núm. 1, pp. 155-161
- PARLAMENTO EUROPEO; Dirección General de Políticas Interiores, Departamento Temático C: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales “*El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*”. Resumen. 2013, p 8
- LEONSEGUI GUILLOT, R.A. “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo” *Boletín de la Facultad de Derecho*, 1994, núm 7, pág 333, citando a LACRUZ BERDEJO “Informe Sobre la Fecundación Artificial y Otros Extremos Semejantes”, 1985, texto mecanografiado, p. 11



ALZATE MONROY, P. Artículo publicado el 29 de julio de 2008 en su propio blog.
<http://www.am-abogados.com/blog/la-maternidad-subrogada-alquiler-de-vientres/229/>

DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN A. “*Sistema de derecho civil*”. Volumen IV (Tomo I).
11ª edición Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.). 2012. 306 págs. ISBN: 978-
84-309-5505-3, p 233

RODRÍGUEZ BENOT A. “*Manual de derecho internacional privado*”. 3ª edición.
Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.). 2016. 303 págs. ISBN: 978-84-309-
6974-6, p 188

LASARTE ÁLVAREZ, C. “*Principios de Derecho Civil*”, Volumen VI. 13ª edición.
Madrid: Marcial Pons, 2014. 390 págs. ISBN: 978-84-16212-34-7, p 332

FERNÁNDEZ ROZAS J.C. y SÁNCHEZ LORENZO S. “Derecho internacional
Privado”. 9ª edición. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A. 2016. ISBN: 978-84-9098-750-
8, pp. 478-485, 205, 216 y 237-252

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. “Derecho Internacional Privado”. 3ª edición.
Camino de Galar: Editorial Civitas S.A. 2016. ISBN: 978-84-9098-707-0, pp. 474-475

CALVO CARAVACA A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. “Gestación por
sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del
Tribunal Europeo de Derecho Humanos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015,
Vol. 7, Nº 2, pp. 45-113 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt

FLORES RODRÍGUEZ. J. “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico
común europeo”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º
27, 2014, pp. 71-89

LAMM E. “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”. *InDret, Revista para el
análisis del derecho*, núm 3, 2012, p 11-17

BAYARRI MARTÍ, M.L, “Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en
España”, artículo publicado en *noticiasjuridicas.com*, 2015. Online en:
<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>



VILAR GONZÁLEZ, S. “Situación actual de la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho UNED*, núm 14, 2014, pp 897- 931 y 910

Pablo Ximénez de Sandoval, “Por qué California es la meca de la gestación subrogada” *El País*, 23/02/2017. Online en:

http://internacional.elpais.com/internacional/2017/02/23/actualidad/1487854048_748059.html

TORRALDA ERRUZ M. “El contrato de gestación por sustitución”. *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica*, Tomo I: parte sustantiva, Madrid, Es: Dykinson, 2011, pp. 616-621

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J.M. y MASSIGOGE BENEGIU J.M. “*Maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*”. 1ª edición, Dykinson, 1994, 166 pp. ISBN 84-8155-021-3, pp. 142-144 y 79-80

VELARDE D'AMIL, Y. "Comentario a la sentencia de la audiencia provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11/2011: No inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución." *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 3, 2012, pp. 61-70

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional” *Cuadernos de Derecho Transnacional* 10/2014, Vol. 6, Nº 2, pp 5-49 ISSN 1989-4570, pp. 35-36

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”. *Iguals y Diferentes ante el Derecho privado*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 465-516

CERDÀ SUBIRACHS. J. “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”. *La Ley: Sección Tribuna Abierta, segundo trimestre de 2011*, 4893, nº60, p. 2

LAMM E. “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”, 1ª edición. Barcelona. 2013. 336 pp. Publicacions i Edicions de la Universidad de Barcelona. 2. ISBN: 978-84-475-3773-0, pp. 76-77



ARAGÓN GÓMEZ, C. “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del tribunal supremo con respecto a las prestaciones por maternidad.”. *Revista de Información Laboral*, nº 4, 2017, Editorial Aranzadi, S.A.U., p. 10

SPINAR VICENTE, J.M.: “Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil”. *Diario La Ley*, Sección Doctrina, nº 7771, 9 de enero de 2012, p. 1

ALBERT MÁRQUEZ, M. “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”. *Diario La Ley*, nº 7863, Sección Doctrina, 22 de Mayo de 2012, Ref. D-209, Editorial LA LEY, p. 6-9

VAQUERO LÓPEZ, C. “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015”. *Revista Aranzadi Doctrinal* num.4/2015 parte Comentario, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015

HEREDIA CERVANTES, I. “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”. *ADC*, tomo LXVI, 2013, fasc. II, pp. 701-703

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español” *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 4, 02/2016, págs. 355 - 356.

Resoluciones

Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección de los Registros y el Notariado

Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

Sentencia Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, de 15 de Septiembre de 2010

Sentencia del Tribunal Supremo, nº 835/2013 de 6 febrero de 2014

ANEXOS

Anexo I: Resumen de los enfoques jurídicos de los Estados miembros de la UE. (2013)¹⁰⁷

País	Prohibición general	Prohibición en materia de subrogación comercial	Expresamente facilitada	Sin ley específica sobre subrogación
Austria	Prohibición de donación de óvulos; por lo que se prohíbe la subrogación gestacional	No existe prohibición específica en relación a la subrogación tradicional	No	No existe ninguna ley específica para la subrogación tradicional
Bélgica	No	Subrogación comercial prohibida por razones políticas	Alguna prestación en una clínica de fertilidad, sujeta a condiciones; en la actualidad existen propuestas legislativas ante el Parlamento	No existe ley especial para la subrogación altruista: los contratos no son de obligado cumplimiento y se requiere adopción para transferir la paternidad legal
Bulgaria	Sí	No disponible	No: Sin embargo existe un proyecto de ley que está siendo considerado en la actualidad	No disponible
Chipre	No	No	No	Sí
República Checa	No	No	No	Sí
Dinamarca	No	Sí	No	No existe ninguna ley específica para la subrogación altruista; los contratos no son de obligado cumplimiento y se requiere adopción para transferir la paternidad legal
Estonia	No	No	No	Sí
Finlandia	Prohibición de los acuerdos de subrogación que utilicen tratamiento de fertilidad	No existe prohibición específica en relación a la subrogación tradicional	No	No existe ninguna ley específica para la subrogación tradicional
Francia	Sí	No disponible	No disponible	No disponible

¹⁰⁷ Parlamento Europeo; Dirección General de Políticas Interiores, Departamento Temático C: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales “El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE”. Resumen. 2013, pág 11-13

Alemania	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
Grecia	No	Sí	Sí: Subrogación gestacional altruista sujeta a restricciones	No disponible
Hungría	No	Sí	No	No existe ninguna ley específica para la subrogación altruista
Irlanda	No	Sí	No: Sin embargo, hay algunas pautas formales relativas a los acuerdos de subrogación transfronterizos	No existe ley especial para la subrogación altruista: los contratos no son de obligado cumplimiento y se requiere adopción para transferir la paternidad. Sin embargo, los tribunales han concedido recientemente permiso a los padres genéticos futuros a ser nombrados como los padres legales en el registro de nacimientos
Italia	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
Letonia	No	Sí	No	No existe ley especial para la subrogación altruista
Lituania	No	No	No	Sí
Luxemburgo	No	No	No	Sí
Malta	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
Países Bajos	No	Sí	Sí: Se requiere subrogación gestacional altruista por ley para cumplir con las pautas profesionales	No existe ley especial para la paternidad: se requiere adopción
Polonia	No	No	No	Sí
Portugal	Sí	No disponible	No disponible	No disponible
Rumania	No	No	No	Sí
Eslovaquia	No	No	No	Sí
Eslovenia	No	No	No	Sí
España	Sí	No disponible	No	No disponible
Suecia	Ilegal para las clínicas de fertilidad hacer acuerdos de subrogación	No	No: el Consejo Sueco de Ética Médica ha publicado recientemente un informe sobre la reproducción asistida, en la que sugiere que la	No existe ninguna ley específica para la subrogación altruista: se requiere adopción para transferir la paternidad

			subrogación altruista debería permitirse en Suecia	
Reino Unido	No	Sí	La legislación prevé la transferencia de la paternidad bajo ciertas condiciones	No existe ley especial para la subrogación altruista: los contratos no son de obligado cumplimiento y la paternidad solo se transferirá en determinadas circunstancias

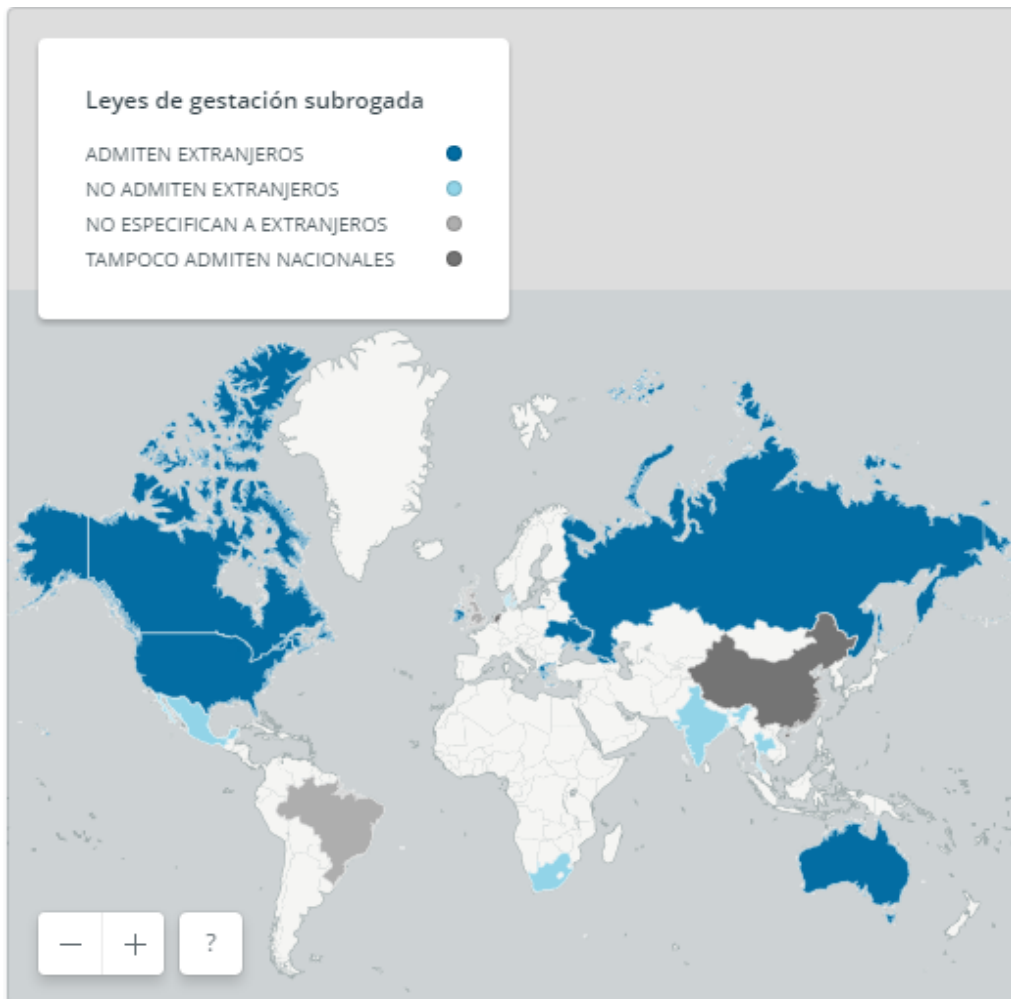
Anexo II: Resumen de los enfoques jurídicos en los distintos Estados de EE.UU.¹⁰⁸

Estados de EE UU	Tipo de familia	Beneficio para la gestante	Alcance
Arizona	No procede	Delito penal	No se admiten ni nacionales ni extranjeros
Arkansas	Todo tipo de familia/solteros	Sí	Acepta extranjeros
California	Todo tipo de familia/solteros	Sí	Acepta extranjeros
Columbia D.C	No procede	Prohibido bajo penas de cárcel	No se admiten ni nacionales ni extranjeros
Delaware	Familias heterosexuales	Sí	Acepta extranjeros
Florida	Familias heterosexuales y homosexuales	No, solo gastos asociados al embarazo	Acepta extranjeros
Illinois	Todo tipo de familia/solteros	Sí	Acepta extranjeros
Indiana	No procede	Contrato nulo	No se admiten ni nacionales ni extranjeros
Kansas	No procede	Contrato nulo	No se admiten ni nacionales ni extranjeros
Louisiana	No procede	Contrato nulo	No se admiten ni nacionales ni extranjeros
Michigan	No procede	Delito penal	No se admiten ni nacionales ni extranjeros
Nebraska	No procede	Contrato nulo	No se admiten ni nacionales ni extranjeros
Nevada	Todo tipo de familia/solteros	Sí	Acepta extranjeros
New Hampshire	Todo tipo de familia/solteros	Sí	Acepta extranjeros
Nueva Jersey	Todo tipo de familia/solteros	Sí	Acepta extranjeros
Nueva York	No procede	Delito penal	No se admiten ni nacionales ni extranjeros
Texas	Solo matrimonios heterosexuales	Sí	Acepta extranjeros
Utah	Familias heterosexuales y homosexuales	Sí	Acepta extranjeros (el acuerdo de gestación subrogada tiene que ser aprobado por un juez)

¹⁰⁸ Tabla comparativa de Guillermo Villar y Antía García insertada en el artículo de Silvia Blanco “Gestación subrogada, el dilema de gestar al hijo de otros” *El País* 19/02/2017

Estados de EE UU	Tipo de familia	Beneficio para la gestante	Alcance
Virginia	Familias heterosexuales y homosexuales	No, solo gastos asociados al embarazo	Acepta extranjeros
Washington (Estado)	Familias heterosexuales y homosexuales, uno de los padres de intención tiene que dar carga genética	No, solo gastos médicos	Acepta extranjeros

Anexo III: Admisión de extranjeros en las diferentes regulaciones¹⁰⁹



¹⁰⁹ Gráfico de Guillermo Villar y Antía García insertado en la noticia “Por qué California es la meca de la gestación subrogada” de Pablo Ximénez de Sandoval publicado en el Periódico “*El País*” 23/02/2017