

**RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE LA FILIACIÓN DE LOS  
NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN  
CASOS INTERNACIONALES.**



**RECOGNITION IN SPAIN OF THE FILIATION OF THOSE BORN BY  
GESTATION BY SUBSTITUTION IN INTERNATIONAL CASSES.**

**UNIVERSIDAD DE ALMERÍA**

**GRADO EN DERECHO**

*Trabajo Fin de Grado*

En el presente trabajo se ha realizado un estudio sobre la gestación por sustitución, dando a conocer la regulación de esta en las legislaciones de otros Estados. Se analiza, asimismo, la situación actual de la normativa española y de la jurisprudencia, poniendo, en tela de juicio, la situación legal en la que se encuentran los nacionales españoles que recurren a esta técnica de reproducción humana asistida.

In the present work, a study on gestational surrogate has been carried out, making known the regularization of it in the legislations of other States. The current situation of Spanish legislation and jurisprudence is analysed, putting into question, the legal situation in which Spanish nationals find recourse to this technique of assisted human reproduction.

**AUTOR: MARÍA ISABEL FUENTES LÓPEZ.**

**DIRECTOR: D. JOSÉ BLAS FUENTES MAÑAS.**

**JUNIO 2018.**

## ÍNDICE.

I.	ABREVIATURAS Y SIGLAS. ....	4
II.	INTRODUCCIÓN. ....	6
III.	GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. ....	8
1.	Concepto. ....	8
2.	Clases. ....	9
A.	Tradicional. ....	10
B.	Gestacional. ....	10
IV.	REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL. ....	11
1.	Constitución Española de 1978. ....	11
2.	Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. ....	11
3.	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. ....	13
V.	GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO. ....	14
1.	Prohibición de la gestación por sustitución. ....	14
2.	Admisión de la gestación por sustitución bajo requisitos. ....	15
3.	Admisión amplia de la gestación por sustitución. ....	17
VI.	LA INSCRIPCIÓN EN ESPAÑA DE LOS MENORES DE ESPAÑOLES NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. ....	19
1.	Tesis de determinación de la filiación reconocida en el extranjero. ....	19
2.	La Resolución de 18 de febrero de 2009 dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado. ....	21
3.	Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. ....	23
4.	Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. ....	25
VII.	EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL COMO LÍMITE A LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL. ....	27
1.	Posición del Tribunal Supremo. ....	27
2.	Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. ....	29
3.	Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la filiación en casos de gestación por sustitución. ....	31
VIII.	RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS. ....	32
1.	Ley 29/ 2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. ..	32
2.	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. ....	34

IX.	POSIBLES SOLUCIONES A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. ....	35
1.	Modificación de la legislación material. ....	35
2.	Modificación de la legislación de Derecho Internacional Privado español.....	36
X.	CONCLUSIONES. ....	37
XI.	BIBLIOGRAFÍA.....	39

## I. ABREVIATURAS Y SIGLAS.

AP: Audiencia Provincial

AS.: Asunto.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.

LCJI: Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.

LJV: Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional y las normas de Derecho Internacional privado de la Ley de Jurisdicción Voluntaria

LRC: Ley del Registro Civil.

LTRHA: Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Pág./s.: Página/s.

RGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

RRC: Reglamento de la Ley del Registro Civil.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TC: Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TRHA: Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

TS: Tribunal Supremo.

## II. INTRODUCCIÓN.

La Sociedad Española de Fertilidad asegura que <<la infertilidad afecta al 15% de la población en edad reproductiva de los países occidentales, es decir, una de cada seis parejas, y experimenta una evolución creciente>><sup>1</sup>. La Organización Mundial de la Salud define la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo, al no ser posible lograr un embarazo transcurridos doce meses o más de relaciones sexuales <sup>2</sup>.

Tradicionalmente, las parejas infértiles, aquellas personas con problemas a la hora de engendrar un embrión debido a diversas enfermedades, o las parejas homosexuales, solo tenían una única opción para ser padres: la adopción.

La investigación científica desarrolla y ofrece una serie de avances, que se despliegan en todos los ámbitos de una sociedad. La ciencia rompe la forma de ver la procreación humana, creando un nuevo concepto conocido como técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA). El legislador debe adecuar el Derecho a las nuevas situaciones y relaciones jurídicas que se darán entre los ciudadanos en torno a estas TRHA.

Una de las TRHA más compleja y conflictiva es la gestación por sustitución. Se expone como la más conflictiva por su ilegalidad en el Estado español. Así lo redacta el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida<sup>3</sup> (en adelante, LTRHA). Dicha regulación no se ajusta a las necesidades actuales de la población ya que un gran número de residentes españoles se trasladan al extranjero para llevar a cabo esta técnica.

La reticencia del legislador español a la hora de legalizar la gestación por sustitución está basada en diversos problemas como la mercantilización y cosificación de la mujer. Nos encontramos ante un supuesto, el cual, no se concibe como una nueva realidad.

---

<sup>1</sup> << Fertilidad y reproducción asistida>>, en Sociedad Española de Fertilidad (SEF); disponible en [http://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr\\_sef\\_fertilidad.pdf](http://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf) .

<sup>2</sup> Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS); disponible en [http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf) .

<sup>3</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. BOE núm. 126, de 27/05/2006.

La inadecuación de la normativa española se refleja en numerosas propuestas de regulación de la gestación por sustitución. A modo de ejemplo, se puede citar la Asociación por la Gestación Subrogada o la Sociedad Española de Fertilidad, con su Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la Gestación por Sustitución <sup>4</sup>.

Debido a la regulación en el sistema jurídico español, ha surgido una nueva modalidad de turismo: el turismo reproductivo. Este fenómeno está protagonizado por personas que viven en países en los que no pueden llevar a cabo sus sueños de ser padres y se desplazan a otros Estados en los cuales sí están permitidas dichas prácticas con el fin de realizar un contrato de gestación, ya sea con material genético propio o de un tercero.

A la vista del traslado a distintos países para gestar a un ser humano, los problemas surgen a la hora del reconocimiento de esa filiación en el ordenamiento español. ¿A quién se atribuye la maternidad o paternidad? ¿Cambia el reconocimiento en función de la aportación del material genético? ¿Qué nacionalidad tendrá el recién nacido? Estas son algunas dudas que suscita el reconocimiento cuando se procede a la inscripción en el Registro Civil Español de un nacido mediante gestación por sustitución. Sobre estas dificultades se va a centrar este Trabajo de Fin de Grado.

En el presente estudio trataré diversos temas relacionados con la gestación subrogada para ayudar a comprender el fin último: el reconocimiento en España de esta técnica que se encuentra prohibida. Supone una incoherencia que el legislador español prohíba la gestación subrogada y permita, por el contrario, vías para hacer surtir sus efectos.

Abordaré, en primer lugar, una aproximación al concepto y el contrato por el cual se lleva a cabo esta técnica con el fin de entender las partes que se pueden presentar, distintas denominaciones en otros Estados, así como un estudio de la legislación específica española. En segundo lugar, se compararán los ordenamientos de distintos Estados, con lo cual podremos entender el por qué se da ese turismo reproductivo al cual hice referencia con anterioridad. En último lugar, se pondrá de manifiesto el procedimiento a seguir para que, mediante el reconocimiento en España, pueda surtir efectos esa filiación, analizando jurisprudencia tanto de Tribunales nacionales como extranjeros, así como la reflexión

---

<sup>4</sup> << Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la gestación por sustitución>> en Sociedad Española de Fertilidad (SEF); disponible en <http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>

sobre la necesidad inmediata de una regulación internacional y una modificación de la legislación española.

### III. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

#### 1. Concepto.

En la actualidad existen numerosas técnicas de reproducción asistida con el fin de solventar los problemas de infertilidad de parejas que desean ser padres, ya sean tanto del mismo sexo como del sexo opuesto.

Una de esas técnicas de reproducción asistida es la gestación por sustitución. Dicha técnica posee un concepto muy consolidado sobre el que no discuten los expertos de la materia. Sin embargo, existen numerosas formas de referirse a la gestación por sustitución.

En España la gestación por sustitución se conoce más comúnmente a través de otras expresiones tales como <<maternidad subrogada>>, <<madres suplentes>>, <<madres de alquiler>>, <<maternidad sustituta>>, <<vientre de alquiler>>, entre otras<sup>5</sup>.

El concepto que se establece en la LTRHA es el de gestación por sustitución. Según ELEONORA LAMM, es <<el término que se adecúa en mayor grado a la realidad que comprende>><sup>6</sup>.

La multiplicidad de términos se deja ver también en el contexto internacional. En el Estado francés esta figura recibe el nombre de <<mère de substitution, mère porteuse, mère de remplacement y prêt d'uterus>>. En Italia se conocen los términos <<affitto di útero o locazione di útero>>. En la lengua inglesa se define con el término <<surrogacy>><sup>7</sup>.

ANTONIO JOSÉ VELA SÁNCHEZ define la gestación por sustitución como un <<fenómeno social por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se

---

<sup>5</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J., << La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler>>, en *Diario La Ley*, núm. 7608, Sección Doctrina, 2011, págs. 1-15.

<sup>6</sup> LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pág. 2.

<sup>7</sup> MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Dykinson, Madrid, 1994, pág. 22.

compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no>> <sup>8</sup>.

Basándonos en un concepto más amplio dado por MARÍA R. DÍAZ ROMERO, la gestación por sustitución se lleva a cabo a través de un contrato, oneroso o gratuito, por el cual una mujer consiente en llevar a término una gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja (matrimonial o no), que podrán o no aportar sus gametos <sup>9</sup>.

Al hilo del concepto de MARÍA R. DÍAZ ROMERO, se debe exponer que, efectivamente, la gestación por sustitución se realiza mediante un acuerdo. Dicha voluntad de las partes pasará a formalizarse como un contrato de gestación por sustitución.

Habiendo expuesto el concepto, se debe hacer referencia a los sujetos que pueden intervenir en este contrato. En primer lugar, los comitentes, que serán aquellos que asumirán la función jurídico-social de padres cuando nazca el menor. En segundo lugar, quienes proporcionan el material genético. Esta segunda figura se dará cuando los comitentes tengan dificultades para engendrar al menor por su propio material genético. En tercer y último lugar, será parte la mujer que lleve a término la gestación y que entregará al menor a los comitentes una vez que haya dado a luz <sup>10</sup>.

## 2. Clases.

Existen distintas clases de gestación por subrogación y cada caso se englobará dentro de un grupo u otro según las circunstancias y hechos acaecidos en la pareja.

---

<sup>8</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J., << La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler>>, op. cit., págs. 1-15.

<sup>9</sup> DÍAZ ROMERO, M<sup>a</sup>. R., <<La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico>>, en *Diario La Ley*, núm. 7527, 2010, pág. 18.

<sup>10</sup> JARUFE CONTRERAS, D., *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español. Adopción versus técnicas de reproducción humana asistida*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 261.

#### A. Tradicional.

La madre comitente no aporta ningún tipo de material genético, sino que es la gestante la que aporta sus propios óvulos. De esta manera, la madre comitente no comparte vínculos biológicos con el menor.

Mayores especificaciones se necesitan respecto al padre comitente. En esta modalidad el padre aportará su propio material genético para inseminar a la gestante, convirtiéndose así, en padre biológico del menor. Asimismo, cabe la posibilidad de que la madre comitente recurra a un banco de esperma.

#### B. Gestacional.

La gestante no aporta sus óvulos, sino que se compromete a gestar al embrión implantado en su útero. Hay que advertir que los gametos procederán total o parcialmente de los comitentes. Por lo tanto, en esta clase se pueden distinguir cuatro supuestos distintos: el material genético proviene de terceras personas – denominadas cedentes-; el óvulo pertenece a una cedente, pero el esperma al comitente; un varón cede el semen, mientras que la comitente aporta el óvulo; y, por último, ambas partes proporcionan el material genético <sup>11</sup>.

Es de especial relevancia este último supuesto ya que plantea menos dudas al momento del reconocimiento. Una vez nacido el menor, la madre gestante renuncia al recién nacido, pasando los comitentes a ser tanto padres legales – al efectuar la adopción del menor – como padres biológicos – al haber sido engendrado con el material genético de ambos cónyuges-.

No se puede dejar de nombrar el caso <<Baby M>> acaecido en Estados Unidos en 1986. Los comitentes llevaron a cabo la gestación en su modalidad tradicional, compartiendo la gestante los vínculos biológicos con el menor. La madre gestante quiso recuperar la custodia del menor alegando que era la madre biológica. En cambio, el juez, que instruyó el caso, dictó sentencia favorable para los comitentes <sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> BAYARRI MARTÍ, M. L., <<Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España>>; disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>

<sup>12</sup> << El caso Baby M>> en Babygest, revista sobre la gestación subrogada; disponible en <https://www.babygest.es/el-caso-baby-m/>.

#### IV. REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.

##### 1. Constitución Española de 1978.

Hay que tomar como referencia el artículo 10.1 de nuestra Carta Magna<sup>13</sup>, el cual afirma que <<la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social>>.

En numerosas ocasiones, los Tribunales se refieren a dicho precepto para respaldar jurídicamente que la gestación subrogada vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño, ya que se mercantiliza tanto la gestación de un ser humano como su filiación. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014<sup>14</sup>.

En contraposición, otros autores opinan que el no legalizar esta técnica de reproducción asistida entraña una vulneración de ese libre desarrollo de la personalidad que se enmarca en el artículo décimo de la Constitución Española.<sup>15</sup>

##### 2. Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

El antecedente de la LTRHA ha de situarse en 1986 con el Informe de la Comisión Parlamentaria Especial de Estudio sobre la Fecundación in vitro, y la Inseminación Artificial Humanas<sup>16</sup>. Mediante este informe, se recomendó la prohibición de esta figura jurídica, estableciendo que todos aquellos menores que nacieran mediante gestación por sustitución serán considerados hijos de la gestante. La Ley 35/1998, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida<sup>17</sup> ya regulaba la nulidad de pleno derecho del actual artículo 10 de la Ley LTRHA<sup>18</sup>.

El artículo 10.1 de la LTRHA expone 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>>.

---

<sup>13</sup> BOE núm. 311, de 29/12/1978.

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala I, núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (Rec. 245/2012).

<sup>15</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J.: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012, págs. 24-25.

<sup>16</sup> Disponible en [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L2/CONG/BOCG/E/E\\_166.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/BOCG/E/E_166.PDF)

<sup>17</sup> Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. BOE núm. 284, de 24/11/1988.

<sup>18</sup> ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J., << La maternidad subrogada en el Derecho comparado>>, en *Cuaderno de Dereito Actual*, núm. 6, 2017, pág. 317.

De la lectura de dicho artículo se comprende que no existe una prohibición expresa de la gestación por sustitución. Sin embargo, se prevé la nulidad de pleno derecho a aquel contrato por el que se convenga la gestación.

En virtud del artículo 1276 del Código Civil (en adelante, CC) <sup>19</sup>, los contratos sin causa o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Se considera nulo de pleno derecho este contrato debido a que posee una causa ilícita, ya que se opone a las leyes o a la moral<sup>20</sup>. Al considerarse el contrato nulo de pleno derecho, se despliegan diversas consecuencias, constituyendo así, la imposibilidad de exigir el cumplimiento a través de la vía judicial. En consecuencia, la parte comitente del contrato no podrán exigir la entrega del recién nacido, ni la mujer portadora se podrá encontrar obligada a cumplir su parte del contrato.

El artículo 10 de la LTRHA, en su segundo precepto, sigue diciendo que <<la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución será determinada por el parto>>. Esta norma del ordenamiento jurídico español se sustenta sobre el principio de *mater semper certa est*, la cual supone que la madre que da a luz será la que conste como madre biológica del menor. En cambio, respecto al padre biológico se añade que <<queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad>>.

Por lo tanto, si se da el supuesto en el que el padre biológico ejercita su acción de paternidad y la madre gestante renuncia a la maternidad, el otro cónyuge podrá adoptar sin problema al menor <sup>21</sup>. De esta forma, el contrato de gestación subrogada no supondría una total ineficacia.

Como advierten algunos autores – VELA SÁNCHEZ <sup>22</sup>, LAMM <sup>23</sup> Y DE VEDA BEAMONTE <sup>24</sup> -, se utiliza la institución jurídica de la adopción para admitir, de forma indirecta, los contratos de la gestación por sustitución. Ante esto, cabe plantearse la idea

---

<sup>19</sup> BOE núm. 206, de 25/07/1889.

<sup>20</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, op. cit., pág. 41.

<sup>21</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J., *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Editorial Reus, Madrid, 2015, págs. 167-173.

<sup>22</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, op. cit., págs. 3-11.

<sup>23</sup> LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, op. cit., págs. 74-77.

<sup>24</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., << Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)>>, en *Diario La Ley*, núm. 7501, Sección Tribuna, 2010, págs. 1-7.

de por qué el legislador deja opciones para determinar la filiación de los nacidos mediante esta técnica y no lo permite directamente.

3. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Si bien ya hemos visto que en la LTRHA no se recoge ninguna sanción más allá de la nulidad de pleno derecho del contrato, el Código Penal español <sup>25</sup> (en adelante, CP) sí que tipifica como delictivas estas conductas.

Por un lado, se deben mencionar los apartados 2 y 4 del artículo 220 del CP. El apartado segundo manifiesta que el que oculte o entregue a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años. Asimismo, el apartado cuarto de dicho artículo expone que los ascendientes, ya sea por naturaleza o por adopción, que cometieran estos hechos serán castigados con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente y, en su caso, sobre el resto de los hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años.

Por otro lado, el artículo 221.1 del CP afirma que <<los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años>>. El CP continúa estableciendo la misma pena para aquel que lo reciba o el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en un Estado distinto al español.

En definitiva, resulta clara e inequívoca la aplicación del CP cuando se lleven a cabo esta técnica de reproducción asistida<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24/11/1995.

<sup>26</sup> MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. << La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español>>, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2014, pág. 3.

## V. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

Una vez analizada la situación española, es necesario fijar el estudio más allá del Estado español. Hoy en día, no existe ningún tipo de norma internacional que uniformice o dé soluciones a la disparidad normativa entre Estados. En consecuencia, se van a agrupar en tres secciones los ordenamientos jurídicos de diferentes Estados según el grado de aceptación de esta técnica de reproducción asistida para un estudio en líneas generales.

### 1. Prohibición de la gestación por sustitución.

España no es el único Estado cuyo ordenamiento jurídico prohíbe y sanciona la gestación subrogada. La ilegalidad de esta técnica es común en los países del continente europeo, nombrando a modo de ejemplo, Francia, Suiza, Suecia, Finlandia, Islandia, Turquía, Montenegro, Serbia, Austria, Alemania e Italia.

En Francia, el artículo 16-7 del Código Civil francés establece que << todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo>>. El *Comité Consultatif National d'Etique* de Francia <sup>27</sup> en su Opinión núm. 3 del 23 de octubre de 1984, se declara en contra de la maternidad subrogada porque conlleva fondos comerciales y la explotación de la mujer. Esta postura vuelve a mostrarse en las opiniones núm. 90 de 24 de noviembre de 2005 y en la núm.110, de mayo de 2010 <sup>28</sup>.

La Corte de Casación declaró ilícito ya en 1989 la gestación por sustitución al entenderlo como un modo de desviar la adopción. Fue en 1994 cuando, fundamentándose en que deviene como contrario a la dignidad de la persona, se ilegalizó de manera definitiva. Atendiendo al Código Penal francés, en sus artículos 227-12 y 227-13, tipifica como atentado a la filiación tanto la incitación al abandono del niño y el hecho de intermediar entre los interesados como simulación para provocar la infracción en la filiación. Asimismo, resulta clara la imposibilidad de reconocimiento de la filiación, al regir en el artículo 311-25 del Código Civil francés la atribución de la filiación materna mediante el parto <sup>29</sup>.

---

27 Órgano consultativo francés que responde a problemas éticos de la medicina, biología y de la salud.

28 LAMM, E., <<Gestación por sustitución. Realidad y Derecho>>, en *InDret*, núm.3, 2012, pág. 11.

29 FLORES RODRÍGUEZ, J., << Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo>>, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 27, 2014, pág. 74.

El artículo 12. 6º de la Ley italiana número 40, de 19 de febrero de 2004, califica como nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución sea cual sea su clase. Se impone la pena de prisión de tres meses a dos años y multa de 600.000 a un millón de euros, quien realice, organice o publicite la maternidad subrogada. A semejanza tanto del ordenamiento francés como del español, en Italia también rige el principio de *mater semper certa est*, es decir, que la filiación se determina en el parto, siendo madre la persona gestante y en ningún caso, los comitentes<sup>30</sup>.

La ley en Alemania de protección del embrión 745/90, de 13/12/90, en su artículo 1 establece que será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa para quien lleve a cabo esta práctica<sup>31</sup>.

En el territorio suizo, esta práctica también se encuentra prohibida, ya que en el artículo 119.2 d) de su Constitución expone que <<la donación de embriones o cualquier tipo de maternidad por subrogación están fuera de la ley>>. También podemos ver que en el artículo 4 de la Ley Federal sobre Procreación médicamente asistida de 1998, se declara ilegal expresamente, ya sea a título gratuito u onerosa<sup>32</sup>.

## 2. Admisión de la gestación por sustitución bajo requisitos.

En este grupo de Estados que muestran una aceptación a dicha técnica, pero siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos, nos encontramos con ejemplos como Albania, Georgia, Grecia, Países Bajos, Reino Unido, Rusia y Ucrania.

Para un estudio más sencillo se puede dividir en dos grupos dichos Estados que establecen ciertas condiciones.

En primer lugar, se encuentran aquellos ordenamientos jurídicos en los que las partes del contrato de gestación por sustitución (comitentes y gestante) acuden a un organismo del Estado para que verifique los requisitos de su propia legislación antes de comenzar con el proceso médico. En este grupo se pueden englobar Israel, Grecia y Sudáfrica.

---

30 VELA SÁNCHEZ, A.J., << La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler>> , en *Ventre de alquiler*, página web de la empresa VDA Fertility Consulting SLU, la cual asesora sobre los diferentes programas de Gestación por subrogación; disponible en <http://www.ventredealquiler.com/index.php/glosario/321-la-gestacion-por-sustitucion-o-maternidad-subrogada-el-derecho-a-recurrir-a-las-madres-de-alquiler>

<sup>31</sup> LAMM, E., << Gestación por sustitución. Realidad y Derecho>>, op. cit., pág. 11.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pág. 12.

En segundo lugar, se encuentran los Estados en los que los comitentes inician un procedimiento para obtener la filiación de un menor que ya ha nacido mediante esta técnica de reproducción asistida. En conclusión, nos hallamos ante un procedimiento para transferir la paternidad y/o maternidad. Un gran ejemplo de este grupo es el caso de Reino Unido.

En Israel se encuentra vigente la Ley 5746 sobre acuerdos de gestación por sustitución de 1996, en la cual se establecen varios requisitos. Los comitentes serán hombre y mujer, por lo tanto, en Israel, las parejas homosexuales no pueden ser padres a través de dicha técnica; la comitente deberá demostrar su infertilidad, razonando así el por qué no es ella quien gesta al menor; la gestante deberá ser soltera, o que los comitentes acrediten que hicieron todo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera, y tampoco podrá rescindir al contrato; el acuerdo deberá ser aprobado por un comité <sup>33</sup>.

La Ley solo será de aplicación para los contratos de gestación por sustitución celebrados en Israel. Esta Ley no prohíbe ni sanciona a aquellos sujetos que recurran a una gestación transnacional, lo que se convierte como una vía de escape para todas aquellas parejas homosexuales que residen en Israel.

En Grecia rigen dos leyes: la Ley 3089/2002 y la 3305/2005. En el artículo 1458 de la primera Ley citada se establece que son necesarios ciertos requisitos para que la gestación por sustitución sea autorizada judicialmente. Entre ellos se pueden destacar que la mujer comitente, al igual que en Israel, debe acreditar mediante informe médico la imposibilidad de llevar a cabo la gestación y no supera los cincuenta años; la gestante probará que posee un estado de salud bueno; si la gestante ostenta el estado civil de casada, prestará su consentimiento; las partes tendrán la nacionalidad griega o serán residentes permanentes y los óvulos nunca podrán corresponder a la gestante <sup>34</sup>.

Hay que añadir que, en los seis meses posteriores al nacimiento del menor, la gestante podrá reclamar la filiación del menor, si se hubiera tratado de una gestación da modalidad tradicional, o lo que es lo mismo, que la gestante hubiese aportado su material genético.

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, pág. 13.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pág. 14.

Adentrándonos en el segundo subgrupo, nos encontramos con el ordenamiento de Reino Unido. Se debe mencionar el Acta de Acuerdos de Subrogación de 1985 (*Surrogacy Arrangements Act*). Esta normativa se aplica tanto a Gran Bretaña como a Irlanda del Norte, sancionando el contrato de gestación por sustitución, su publicidad, intermediarios y negociaciones. En cambio, es totalmente lícito cuando dicho contrato sea a título gratuito. En consecuencia, Reino Unido lo que penaliza son los fines comerciales de dicho contrato, no la técnica en sí. La legislación inglesa solo permite que se sufraguen aquellos gastos que sean razonables, no privando por ello de su carácter gratuito <sup>35</sup>.

La filiación se otorga a la mujer gestante, ya que es ella la que da a luz. Los comitentes deben requerir la paternidad del recién nacido ante los Tribunales ingleses mediante una *parental order*. Por lo tanto, se expiden dos actas de nacimiento: la primera que certifica que la mujer que da a luz es la madre, y, en segundo lugar, cuando la gestante da su consentimiento, una segunda acta a favor de los comitentes <sup>36</sup>.

Gracias a la Ley de Fecundación y Embriología Humana, se permite la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución respecto a personas del mismo sexo unidas civilmente <sup>37</sup>.

### 3. Admisión amplia de la gestación por sustitución.

Dentro del grupo de países donde la gestación por sustitución se encuentra ampliamente reconocida, podemos citar a Georgia, Ucrania, Rusia, India y algunos Estados de Estados Unidos.

El régimen jurídico de Ucrania rompe con la línea europea en torno a esta técnica. Se puede apreciar remitiéndonos al artículo 123.2 del Código de Familia ucraniano <sup>38</sup>, el cual afirma que, si un embrión de una pareja ya concebido se gesta dentro del cuerpo de otra mujer, los padres del menor son los que lo han concebido y no la gestante. Así, mientras exista consentimiento de la mujer gestante, los comitentes obtendrán el acta de

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, pág. 15.

<sup>36</sup> QUIÑONES ESCÁMEZ, A., <<Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009>>, en *InDret*, núm. 3, 2009, pág.32.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pág. 33.

<sup>38</sup> Family Code of Ukraine.

nacimiento<sup>39</sup>. Es de gran relevancia que la normativa ucraniana solo permite esta técnica a parejas casadas y heterosexuales<sup>40</sup>.

En Rusia, los instrumentos legales son el Código de Familia de la Federación de Rusia y la Ley Federal de Salud (núm. 323- FZ). En Rusia se concibe esta técnica como una opción cuando la mujer tiene imposibilidad de gestar, así que, solo tienen acceso las parejas heterosexuales y las mujeres solteras, no teniendo esta suerte los homosexuales ni los hombres solteros<sup>41</sup>. Asimismo, solo es legal en su modalidad gestacional, por lo que la parte gestante no aportará material biológico<sup>42</sup>.

En último lugar, no se puede dejar de realizar un breve estudio del régimen en Estados Unidos debido al gran número de ciudadanos que se desplazan a dicho Estado en la actualidad. Como bien es sabido, Estados Unidos cuenta con un sistema federal, en el cual la legislación vigente cambia de un Estado a otro. Debido a la disparidad normativa, se pueden clasificar la normativa referente a esta técnica de los diferentes Estados en tres grupos: a) Estados en los cuales sí se regula la maternidad subrogada, b) Estados en los que no existe una regulación específica pero sí una jurisprudencia asentada y c) Estados que no cuentan ni con legislación ni con jurisprudencia.

Los Estados de Arizona, Michigan y Columbia prohíben de forma expresa la práctica de esta técnica. Mientras tanto, el Estado de Nueva York y Nebraska solamente lo prohíben cuando sea a título oneroso. Texas y Utah regulan expresamente la gestación por sustitución, legalizando esta técnica<sup>43</sup>. Otros Estados como California, Arkansas, Illionis o Maryland permiten ampliamente la gestación subrogada.

California es un Estado muy liberal respecto esta materia. No posee una legislación específica, si embargo, es clara y reiterada la jurisprudencia que atribuye a los comitentes la paternidad del nacido mediante gestación por sustitución, ya sea en cualquiera de sus modalidades. Es de gran interés añadir que pueden someterse a esta técnica de reproducción asistida cualquier pareja, sea cual fuere su orientación sexual o su estado civil<sup>44</sup>. Los comitentes deberán iniciar un procedimiento judicial, regulado en

---

<sup>39</sup> LAMM, E., <<Gestación por sustitución. Realidad y Derecho>>, op. cit., pág. 17.

<sup>40</sup> Maternidad subrogada en Ucrania; disponible en <http://surrogacy-ukraine.com/index-esp.php>

<sup>41</sup> VILAR GONZÁLEZ, S., <<Situación actual de la gestación por sustitución>>, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, pág. 907.

<sup>42</sup> LAMM, E., << Gestación por sustitución. Realidad y Derecho>>, op. cit., pág. 17.

<sup>43</sup> ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J., <<La maternidad subrogada en el Derecho comparado>>, op. cit., pág.337.

<sup>44</sup> VILAR GONZÁLEZ, S., <<Situación actual de la gestación por sustitución>>, op. cit., pág. 905.

la Sección 7630 (f) del Código de Familia de California, obteniendo de dicho proceso una resolución judicial para determinar la filiación en favor de los comitentes <sup>45</sup>.

## VI. LA INSCRIPCIÓN EN ESPAÑA DE LOS MENORES DE ESPAÑOLES NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

### 1. Tesis de determinación de la filiación reconocida en el extranjero.

Son frecuentes – y lógicos - los casos en los que los comitentes nacionales españoles se desplazan a un Estado donde la gestación por sustitución sea legal y una vez nacido el menor y con la filiación otorgada a los comitentes, y no a la madre gestante, por las autoridades extranjeras, regresen a España con el menor. Es, en este momento, cuando se debe precisar la filiación para el Derecho español. Respecto a esta cuestión, se han sostenido tres tesis: la tesis legeforista de la aplicación sistemática del Derecho sustantivo español, la tesis de la admisión en España de la filiación extranjera determinada en el extranjero mediante sentencia judicial y la tesis de la admisión en España de la filiación extranjera determinada en el extranjero mediante decisión registral.

La tesis legeforista de la aplicación sistemática del Derecho sustantivo español es sostenida por autores como J.M ESPINAR VICENTE, C. LASARTE ÁLVAREZ, E. FARNÓS AMORÓS Y A.J. VELA SÁNCHEZ. Asimismo, sigue esta tesis jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Valencia <sup>46</sup>. Esta tesis se basa en distintos puntos: (a) El documento registral extranjero no es una <<decisión>> extranjera, se entiende como un soporte documental en el que constan una serie de hechos. Así pues, una vez que esa decisión extranjera es presentada ante el Registro Civil, el Encargado de dicho Registro comprobará la legalidad y la veracidad de los hechos, constituyendo una cuestión de derecho aplicable; (b) La ley aplicable será siempre el artículo 10 LTRHA y no el artículo 9.4 CC. Según los defensores de esta tesis, el artículo 10 LTRHA constituye una norma material imperativa, aplicándose de manera forzosa a todos los supuestos planteados ante las autoridades españolas ya que defiende los intereses de la nación española; (c) Es correcta la aplicación del artículo 10 LTRHA ya que todos aquellos casos

---

<sup>45</sup> FARNÓS AMORÓS, E., << Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California>>, en *InDret*, núm. 1, 2010, págs. 11-12.

<sup>46</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.<sup>a</sup>, de 23 de noviembre 2011.

en los que los nacionales españoles se movilizan a otro Estado para llevar a cabo el contrato de gestación incurren en un claro fraude de ley (art. 6.4 CC) <sup>47</sup>.

Autores como CALVO CARACAVA A.L Y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., se oponen totalmente a esta tesis ya que consideran que sí se debe considerar el acta registral extranjera como una decisión adoptada por una autoridad extranjera. Según estos dos autores, no nos encontramos ante un caso de determinación de la filiación del menor, sino de observar si una filiación que ha sido establecida e inscrita legalmente en el Registro de otro Estado debe aceptarse o no en España y acceder así a nuestro Registro Civil. Es, por lo tanto, un problema de efectos extraterritoriales de decisiones extranjeras en España <sup>48</sup>.

Estos dos autores mencionados también piensan que, las certificaciones registrales extranjeras, sí se corresponde con el concepto de decisiones extranjeras, puesto que el Derecho Internacional privado español regula medios para poder otorgar efectos jurídicos en España a aquellas decisiones que no revisten la modalidad de una sentencia (artículos 81 a 83 Reglamento del Registro Civil <sup>49</sup>).

La tesis de la admisión en España de la filiación extranjera determinada en el extranjero mediante sentencia judicial sostiene que sí se podrá registrar la filiación que ya fue acreditada en el extranjero siempre y cuando se presente una sentencia o una resolución judicial extranjera, así como que se compruebe que el menor no ha sido objeto de comercio y que la madre gestante consintió en perder la patria potestad. Esta tesis es seguida por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 <sup>50</sup>, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Actualmente, esta es la tesis que se sigue en los Registros Civiles españoles <sup>51</sup>.

La tesis de la admisión en España de la filiación extranjera determinada en el extranjero mediante decisión registral, seguida por la Resolución de la Dirección General

---

<sup>47</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., <<Filiación natural>> en *Derecho Internacional Privado Volumen II* (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ dir.), Comares, Granada, 2016, pág. 310.

<sup>48</sup> *Ibidem*, pág. 310.

<sup>49</sup> Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.

<sup>50</sup> BOE núm. 243 de jueves 7/10/ 2010.

<sup>51</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., <<Filiación natural>>, *op. cit.*, pág. 311.

de los Registros y del Notariado 18 de febrero de 2009 <sup>52</sup>, afirma que existen normas de Derecho Internacional Privado español (artículos 81 y 85 RRC) que permiten <<trasladar>> al Registro Civil español la filiación de los nacidos como consta en la certificación registral extranjera.

2. La Resolución de 18 de febrero de 2009 dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Un matrimonio, conformado por dos varones, contratan los servicios de una madre gestante en su modalidad gestacional en Estados Unidos, concretamente, San Diego. Nacidos los dos menores, acuden al Registro con el fin de inscribir a sus hijos, pero el Encargado del Registro Civil Consular lo deniega mediante auto, basándose en la LTRHA – concretamente en su artículo 10-.

Ante esto, ambos deciden tomar la medida de interponer un recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), con el fin de solventar el problema y lograr la inscripción de los menores en nuestro Registro Civil.

La DGRN dicta la resolución de 18 de febrero de 2009, ordenando finalmente la inscripción de los dos menores a favor de los dos varones comitentes. Podemos destacar cuatro razonamientos que expone la DGRN en dicha resolución.

En primer lugar, se cuestiona el acceso registral, no la filiación. Esta ya fue determinada por las autoridades estadounidenses, por lo tanto, estamos no ante una materia de Derecho aplicable, sino ante una cuestión de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España. Al poseer el matrimonio la certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación del nacido, la solución no es acudir a las normas de conflicto españolas, sino aplicar la normativa de acceso al Registro Civil

---

<sup>52</sup> La SAP Valencia, Sección 10.ª, de 23 noviembre 2011 anuló esta RDGRN, dejando a un lado este criterio para seguir la segunda tesis expuesta.

español. De esta forma, quedaría excluida la aplicación del artículo 9.4 del Código Civil<sup>53</sup>, la LTRHA, entrando en juego el artículo 81<sup>54</sup> del Reglamento del Registro Civil<sup>55</sup>.

En segundo lugar, con la inscripción no se vulnera el orden público. Debido a que el artículo 7.3 LTRHA<sup>56</sup> permite la inscripción de la filiación en favor de dos mujeres, no debe denegarse una inscripción porque resulta imposible que dos varones sean los padres naturales de los dos menores. En el supuesto de la denegación de una resolución por ese motivo, se vulneraría el derecho constitucional de la igualdad entre hombre y mujer<sup>57</sup>.

En tercer lugar, invocan al interés superior de los niños. No se puede dictar una resolución que como consecuencia suponga la falta de filiación de un menor y la posesión de diferente identidad según el lugar donde se encuentre<sup>58</sup>.

En cuarto y último lugar, no conciernen un fraude de ley debido a dos motivos: que los comitentes no han tratado de alterar el punto de conexión de la norma de conflicto española ni tampoco puede hablarse propiamente de *forum shopping*, puesto que acudieron a las autoridades españolas y no a las californianas<sup>59</sup>.

El Ministerio Fiscal impugnó la resolución de 18 de febrero de 2009 dictada por la DGRN y el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Valencia, a día 15 de

---

<sup>53</sup> Artículo 9.4 Código Civil: << La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5.

La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños>>.

<sup>54</sup> Artículo 81 RRC: << 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>>.

<sup>55</sup> CASANUEVA SÁNCHEZ, I., <<Comentarios a Resoluciones de la Dirección General de los Registradores y del Notariado: La adopción por matrimonios homosexuales y la RDGRN, de 18 de febrero de 2009>> en *Vlex España*, núm. 729, 2012; disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/comentarios-matrimonios-homosexuales-rdgrn-18-365339942> .

<sup>56</sup> Artículo 7.3 LTRHA: <<Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o, de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge>>.

<sup>57</sup> ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J., << La maternidad subrogada en el Derecho comparado>>, op. cit., pág. 321.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pág. 322.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pág. 322.

septiembre de 2010 <sup>60</sup> falló a favor del Ministerio Fiscal, arrebatándole los efectos a la inscripción.

En esta Sentencia se alega que debe ser de aplicación el artículo 23 de la antigua Ley del Registro Civil <sup>61</sup> y no los artículos 81 y 83 del reglamento que desarrolla dicha ley. El artículo 23 de la citada Ley exponía que << 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>>.

En virtud de dicho artículo, el Encargado del Registro controlará el contenido de la certificación extranjera, para que no se contradiga con la Ley española. En términos textuales, el ponente ESTEBAN TABERNERO MORENO afirma que << el encargado debería verificar que realmente ambos solicitantes son los padres de los menores, cuya inscripción se pretende, lo que no es ni puede serlo a efectos materiales, pues biológicamente resulta imposible>>.

Con el fin de proteger el interés superior del menor, se propone que el padre biológico del menor reclame la paternidad (en base al artículo 10.3 LTRHA) y su pareja proceda a la adopción del hijo.

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

Debido al auge del turismo reproductivo por parte de los nacionales españoles y posterior negativa de la inscripción de esos menores nacidos por un contrato de gestación por sustitución, la DGRN dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución <sup>62</sup>.

La DGRN con esta Instrucción asienta una serie de requisitos para la inscripción en España de una filiación subrogada determinada en el extranjero, solucionando así los

---

<sup>60</sup> Sentencia Juzgado de Primera Instancia Núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. Número de recurso 188/2010.

<sup>61</sup> Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil.

<sup>62</sup> BOE núm. 243, de jueves 7 de octubre de 2010.

problemas ante los nuevos intentos de inscripción y dotando de protección jurídica el interés superior del menor <sup>63</sup>.

La primera condición que establece la Instrucción es la necesidad de presentar ante el Encargado del Registro Civil una resolución judicial dictada por el Tribunal competente. Con esta medida, se controlan los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante, es decir, se constata la plena capacidad jurídica y de obrar de la parte gestante, corroborando que no fue sometida a violencia, engaño o coacción. Además, se asegura que el contrato de gestación por sustitución no tuvo como objeto el tráfico internacional de menores <sup>64</sup>.

Este primer requisito es basado jurídicamente por la Instrucción en el artículo 10.3 LTRHA, el cual exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de la gestación por sustitución.

En cuanto al reconocimiento de la resolución que determina la filiación del nacido, ya dictada por un Tribunal extranjero, la Instrucción incorpora la doctrina consolidada por el Tribunal Supremo, haciéndose necesario instar el exequátur. En cambio, en los casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, basta con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.

En el control incidental, el Encargado del Registro Civil deberá constatar: << la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos presentados; que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia en criterios equivalentes; que se garanticen derechos procesales de las partes; que no se produjo vulneración alguna del interés del menor y de los derechos de la gestante y que la resolución judicial es firme y que los consentimientos son irrevocables >>.

De ninguna manera, el Encargado del Registro Civil podrá llevar a cabo la inscripción cuando no se presente una resolución reconocible incidentalmente o mediante

---

<sup>63</sup> MORENO SÁNCHEZ MORALEDA, A., <<La inscripción de los hijos españoles nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la Sentencia TS de 6 de febrero 2014>>, *op. cit.*, pág. 2.

<sup>64</sup> *Ibidem*, pág. 3.

exequátur. Sin embargo, el interesado podrá intentar la inscripción a través del artículo 10.3 LTRHA.

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

La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil <sup>65</sup> (en lo sucesivo, LRC) dedica su Título X a recoger las normas de Derecho Internacional Privado, regulando, así, el acceso al Registro Civil español de los documentos extranjeros judiciales y no judiciales, y de las certificaciones registrales extranjeras.

La filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero es una materia que corresponde desde su entrada en vigor a la LRC, ya que los contratos entre comitentes y la gestante será una relación jurídica de Derecho Internacional Privado. Consecuentemente, prevalecerá la LRC ante la DGRN de 2010 en todo lo que la contradiga, puesto que la LRC ostenta el principio de norma de mayor rango, recogiendo, además, de forma más específica la regulación de los problemas del Derecho Internacional Privado <sup>66</sup>.

La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros la encontramos regulada en el artículo 98 de la LRC. Es obvio que este artículo se refiere a la certificación registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en un Estado extranjero.

Únicamente se realizará un estudio en cuanto a los aspectos formales, dejando a un lado la realidad del hecho inscrito como la de su legalidad conforme a nuestro Derecho. Se exige además que << el Registro extranjero tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española >>.

Las garantías a las que se refiere el artículo 98 LRC, se encuentran en el artículo 13 de la misma Ley, declarando que << los Encargados del Registro Civil comprobarán de oficio la realidad y legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende, según resulte de los documentos que los acrediten y certifiquen, examinando en todo caso la legalidad y exactitud de dichos documentos >>.

---

<sup>65</sup> Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE núm. 175, de 22/07/2011.

<sup>66</sup> ALBERT MÁRQUEZ, M. M., <<Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil>>, en *Diario La Ley*, núm. 7863, 2012.

Autores como VELA SÁNCHEZ o ALBERT MÁRQUEZ sostienen que el artículo 98 LRC solo exige que se realice un examen formal de la certificación extranjera, lo que excluiría, tanto la exigencia de la realidad del hecho inscrito, como la de su legalidad conforme al Derecho español. Tampoco se exige que el Registro extranjero tenga en consideración idénticas garantías que el español, sino garantías semejantes, atenuándose los requisitos de legalidad y realidad del artículo 13 LRC. De esta forma, se desplazaría la aplicación del artículo 10 LTRHA, permitiéndose la aplicación de las normas respecto a la filiación del país donde se hubiera celebrado el contrato <sup>67</sup>.

El artículo 98 también añade que la inscripción de la certificación registral extranjera no podrá ser contraria al orden público español. Esto puede servir de base jurídica para no aceptar la inscripción en nuestro Registro Civil de la certificación registral extranjera<sup>68</sup>.

En virtud del artículo 98.2 LRC cuando nos encontremos ante una certificación registral extranjera que sea un mero reflejo de una resolución judicial anterior, accederá al Registro ya sea bien por exequátur o bien ante el Encargado del Registro Civil. En este último supuesto, analizará la regularidad y autenticidad formal de los documentos, la competencia del Tribunal, la debida notificación y, una vez más, se añade la cláusula de que no sea contraria al orden público español.

Recapitulando, de este artículo se puede extraer la idea de que no nos encontramos ante un conflicto de leyes, sino a un puro reconocimiento de una decisión dictada en un Estado extranjero, la cual deviene firme. De este modo, no resulta aplicable ni el artículo 9.4 CC ni el artículo 10 LTRHA, aunque sigue pudiéndose alegar la causa de orden público como denegación del reconocimiento.

---

<sup>67</sup> VELA SÁNCHEZ, A. J., *Gestión por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, op. cit., págs. 203- 204.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pág. 208.

## VII. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL COMO LÍMITE A LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL.

La validez en España de las certificaciones extranjeras acreditando la filiación de un menor nacido mediante la gestación por sustitución ha sido objeto de debate en numerosas ocasiones. La inexistencia de unanimidad gira en torno a la vulnerabilidad o no del orden público.

A continuación, pasamos a analizar las posturas del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### 1. Posición del Tribunal Supremo.

Para realizar un estudio de la posición de nuestro Tribunal Supremo hay que encauzarlo en torno a la Sentencia de dicho Tribunal de 6 de febrero de 2014 <sup>69</sup>.

Un matrimonio de varones, con nacionalidad española, obtuvieron la filiación de un menor nacido mediante gestación por sustitución en California y gracias a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado consiguieron inscribir al menor en el Registro Civil.

Ahora bien, para que sea válido el reconocimiento de esa decisión californiana, es necesario que no sea contraria al orden público internacional español. El Tribunal Supremo entiende como orden público internacional español <<el sistema de derechos y libertades individuales garantizadas en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, así como los valores y principios que estos encarnan>>.

El Tribunal Supremo considera que las normas españolas de aplicación a esta técnica de reproducción humana asistida, no se limitan a establecer la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, sino que va más allá. Se determina la filiación materna mediante el parto y se prevé la posibilidad de que el padre biológico reclame la paternidad. Por lo tanto, el Tribunal Supremo expone que << la decisión de la autoridad registral de California, atribuyendo la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución, es contraria al orden público internacional español al ser incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones

---

<sup>69</sup> Sentencia TS núm. 835/2013, Sala IV, de lo Social, 6 de febrero de 2014 (recurso núm. 245/2012).

familiares, inspiradas en valores constitucionales, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina >>.

Ese orden público internacional español trata de proteger, en este caso concreto, la dignidad de la mujer gestante y del niño, evitando la mercantilización tanto de la gestión como de la filiación. Así entiende el Tribunal que se han infringido tales normas, permitiendo a determinados intermediarios la explotación del estado de necesidad de algunas mujeres.

Atendiendo al interés superior del menor, señala nuestro Tribunal que es un concepto jurídico indeterminado <<esencialmente controvertido>> ya que no hay unanimidad social. Que el principio de interés superior del menor sea considerado como primordial no autoriza al juez obtener cualquier resultado.

El interés del menor se llevará a cabo considerando los valores asumidos por la sociedad como propios, recogidos en normas nacionales como en las convenciones internacionales. Es de utilidad para interpretar y aplicar la ley y cubrir sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto<sup>70</sup>.

Nuestro Tribunal Supremo reconoce que la inadmisión de reconocimiento de la filiación, ya producida por las autoridades californianas, puede perjudicar al menor, pero se apoya en la creencia de que la vulneración de la Ley supondría un perjuicio aún mayor. Además, deja entreabierta la posibilidad recogida en el artículo 10 de la LTRHA para reclamar la paternidad por el padre biológico y formalizarlo mediante la adopción.

Es necesario recoger el voto particular de esta sentencia ya que discrepa en varias consideraciones. En primer lugar, el objeto de la sentencia no debe versar sobre el conflicto de leyes, sino sobre el reconocimiento de una decisión dictada por una autoridad extranjera. Así pues, el artículo 10 LTRHA quedaría inaplicado y se debería realizar un control en torno al orden público internacional español.

Asimismo, el voto particular se refiere a la vulneración del orden público exponiendo que <<la denegación de este reconocimiento solo podría producirse cuando se contraría el orden público entendido desde el interés superior del menor. El orden

---

<sup>70</sup> MORENO SÁNCHEZ- MORALED A., << La inscripción de los hijos de españoles nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la Sentencia TS de 6 febrero 2014>>, *op. cit.*, págs. 1-2.

público en esta materia no debe valorarse desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna, sino desde la consideración que merezca la tutela del interés del menor>>.

El voto particular también cree que esta técnica no vulnera la dignidad de la mujer gestante o del niño, así como que no se está mercantilizando. Supone, en palabras textuales, <<una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso; no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante; el consentimiento se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias, y tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere (...) >>. Se entiende, por tanto, que no se vulnera el orden público internacional y más cuando en otros Estados ha dejado de ser una barrera tan rígida.

Para finalizar, el voto particular añade que << no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño (...) perfectamente individualizado>>.

## 2. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Resulta imposible, debido a su importancia, no referirnos a las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Hay que destacar tres sentencias que versan sobre la gestación por sustitución: *Menesson vs Francia*<sup>71</sup>, *Labassee vs Francia*<sup>72</sup> y *Paradiso et Campanelli*<sup>73</sup>.

Las Sentencias 65192/11, *Menesson vs Francia* y 65941/11, *Labassee vs Francia*, de 26 de junio de 2014 ambas, son muy similares entre sí. Los dos casos giran en torno a dos matrimonios varones de nacionalidad francesa que se movilizan a Estados Unidos para llevar a cabo esta técnica de reproducción. El matrimonio *Menesson* acudieron a California, donde nacieron dos gemelas en el año 2000, mientras que el matrimonio formado por la pareja *Labassee*, se trasladaron a Minnesota, donde nació una hija en 2001. Respecto al material genético, la parte masculina sí fue aportada por los comitentes

---

<sup>71</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 2014, as. 65192/11.

<sup>72</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 2014, as. 65941/11.

<sup>73</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 27 de enero de 2015.

mientras que la parte fémica provino de donantes. Nacidos los menores, los Tribunales competentes, en este caso los de California y los de Minnesota, acordaron la filiación a los comitentes. El problema surgió cuando el Estado francés denegó la inscripción de esos menores nacidos en norte América tomando como base jurídica el artículo 16 del Código Civil francés. En este precepto declara que el contrato de gestación por sustitución es nulo debido al orden público. Por lo tanto, la Corte de Casación francesa, basándose jurídicamente en lo anterior, declaró que no se reconociesen esas filiaciones.

En cambio, el TEDH expone que con dicha denegación de la filiación en el Estado francés ya reconocida por las autoridades estadounidenses, se vulnera el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)<sup>74</sup>. En él, se promulga que << toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar (...) >>.

Y, es en este sentido, por el que el TEDH resuelve sobre el caso. Sostiene la obligación de que se reconozca en Francia esas filiaciones ya determinadas por California y Minnesota para que dé lugar a un total respeto al derecho de una vida privada, puesto que la filiación es algo tan unido a la identidad, perteneciendo al derecho de una vida privada.

La tercera sentencia a la que antes se hacía mención se conoce como *Paradiso et Campanelli vs. Italia*, STEDH de 27 de enero de 2015. Relatando los hechos, el matrimonio de nacionalidad italiana celebran el contrato de gestación en Rusia, sin aportar este ningún material genético, estando, entonces, ante una gestación subrogada gestacional. Tras obtener la filiación los comitentes respecto del menor por parte de las autoridades rusas, en Italia se alegó el orden público como causa para que el reconocimiento no se llevara a cabo. Asimismo, el Estado italiano inició un procedimiento de adopción en torno al menor. Transcurridos estos hechos, el matrimonio italiano acudieron al TEDH.

Dicho Tribunal, al igual que en los dos casos anteriores, se basó en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, alegando que se impuso una medida inadecuada al alejar totalmente el menor del matrimonio. Esta es una medida a la que solo se debe acudir en caso de que el menor sea expuesto a una amenaza inminente. Asimismo, según la creencia del Tribunal, ya se había constituido una vida familiar entre el menor y

---

<sup>74</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

los comitentes puesto que transcurrieron seis meses conviviendo. En consecuencia, el TEDH reconoció el derecho a una vida familiar a favor del matrimonio reconocido en el artículo 8 CEDH.

### 3. Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la filiación en casos de gestación por sustitución.

Una vez expuesta la posición del TEDH respecto a esas tres sentencias antes comentadas, se va a tratar los puntos más relevantes de la doctrina asentada por el TEDH.

En primer lugar, respecto a la regulación de la gestación por sustitución en los casos internos o meramente nacionales, el TEDH alega que todos los Estados que sean parte del CEDH son totalmente libres para regular en sus legislaciones internas esta materia. Asimismo, no hay ninguna imperatividad en el CEDH a reformar las leyes internas de dichos Estados miembros ni a admitir la filiación de los menores nacidos y gestados mediante esta técnica de reproducción humana asistida. El TEDH apoya esta idea en diversos puntos: que los Estados no poseen una legislación parecida en esta materia ni tampoco el CEDH resuelve de manera directa este problema, por lo que, el TEDH cree indebido aplicar una solución uniforme; tanto en cuanto se tratan de cuestiones éticas, cada Estado tiene y debe posicionarse legalmente <sup>75</sup>. Por lo tanto, como no hay consenso ni legislativa ni éticamente, los Estados negarán si creen oportuno el reconocimiento de la filiación de los nacidos por esta técnica <sup>76</sup>.

En segundo lugar, existe una regla específica para los menores cuya filiación ha sido legalmente determinada en otro país. El TEDH establece mediante su doctrina que los menores que nazcan por medio de esta técnica y cuya filiación respecto a los comitentes, ya haya sido establecida en otro Estado, dicha filiación debe ser reconocida en el Estado de destino por dos motivos: porque con el reconocimiento se garantizaría el

---

<sup>75</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., CALVO CARAVACA, A.L., << Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos>>, en *Cuadernos de derecho transnacional*, Volumen 7, Núm. 2, 2015, pág. 96.

<sup>76</sup> Así, el Estado español no se encuentra obligado a modificar su legislación porque la jurisprudencia del TEDH sea contradictoria.

derecho a la vida privada del menor y porque el reconocimiento asienta el derecho a su vida familiar <sup>77</sup>.

En suma, apreciando la doctrina asentada del TEDH, contemplados dos casos totalmente opuestos. Los Estados, en los casos meramente nacionales, tienen libertad para regular la gestación por sustitución, mientras que, si nos encontramos ante un supuesto en el que una autoridad extranjera ya decidió sobre la filiación, el Estado de los nacionales comitentes, deben reconocerla.

Debido a las resoluciones del TEDH, las cuales marcaron un punto de inflexión en esta materia, se interpuso un incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 ya comentada anteriormente. Ante esto, el TS mantuvo su postura advirtiendo que con su resolución de ninguna manera se vulneran los derechos a una vida privada y familiar ya que se ofrecen dos vías para otorgar la filiación: mediante la adopción o el acogimiento o bien por la determinación de la filiación biológica paterna en los supuestos de aportación del material genético por los comitentes.

## VIII. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS.

### 1. Ley 29/ 2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.

La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (en lo sucesivo, LCJI) <sup>78</sup> posee tanto normas de cooperación como normas que regulan diversas materias. En este trabajo, nos centraremos en su Título V, el cual se refiere al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros.

La LCJI ya en su artículo segundo expone que es subsidiaria respecto a la normativa de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil,

---

<sup>77</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., CALVO CARAVACA, A.L., << Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos>>, *op. cit.*, pág. 98.

<sup>78</sup> Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. BOE núm. 182, de 31/07/2015.

prevaleciendo en este orden las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte y las normas especiales del Derecho interno.

En la Disposición adicional primera de la LCJI se establecen las normas especiales que hace referencia el artículo segundo. Hay que destacar, entre otras, los artículos 94 a 100 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil; los artículos 25 a 31 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional y las normas de Derecho Internacional privado de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (posteriormente, LJV) <sup>79</sup>.

El Título V de la LCJI comienza con el artículo 41, relativo al ámbito de aplicación del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros. Conforme a este artículo, serán susceptibles de reconocimiento y ejecución en España: <<las resoluciones extranjeras firmes recaídas en un procedimiento contencioso>> ; << las resoluciones extranjeras definitivas adoptadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria>> (artículos 11 y 12 LJV) ; << los documentos públicos extranjeros>> y << las medidas cautelares y provisionales cuando su denegación suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva y se hubiera adoptado una previa audiencia de la parte contraria>> . La LCJI expone una definición de resolución firme en el artículo 43 b), siendo, entonces, << aquella contra la que no cabe recurso en el Estado de origen >> <sup>80</sup>.

El reconocimiento de una resolución extranjera se podrá instar de dos formas a través del procedimiento de exequátur o a título incidental. No obstante, el artículo 50 de la LCJI alega que las resoluciones judiciales extranjeras que tengan fuerza ejecutiva en el Estado de origen serán ejecutables en España una vez se haya obtenido el exequátur.

Una vez reconocida la resolución, en virtud del artículo 44.3 LCJI, producirá los mismos efectos en España que los que hubiere desplegado en su Estado de origen.

Al igual que la LCJI permite el reconocimiento de resoluciones extranjeras, también regula los supuestos en los que una resolución judicial extranjera firme será denegada de reconocimiento en España. En concreto, el artículo 46 se enumeran seis causas: cuando fueran contrarias al orden público; cuando la resolución se dictase

---

<sup>79</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE núm. 158, de 3/07/ 2015.

<sup>80</sup> Garcimartín F., <<Lecciones: reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España>> en Almacén de Derecho, Blog sobre actualidad jurídica, de 10 de septiembre de 2015; disponible en <http://almacenederecho.org/lecciones/>.

infringiendo los derechos de defensa; cuando la resolución se pronunciase en materias que ostenten la competencia exclusiva los Tribunales españoles; cuando una resolución fuese inconciliable con una española; cuando en España se encuentre pendiente un litigio entre las mismas partes y con el mismo objeto ya iniciado en un momento anterior al proceso extranjero y aquellas resoluciones que sean inconciliables con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado.

## 2. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Las normas de Derecho Internacional Privado, recogidas en la LJV, se encuentran en el Capítulo I del Título I. Centrándonos en lo importante del asunto, el artículo 11 se refiere a la inscripción en los registros públicos y el artículo 12 hace referencia a los efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras.

Se establece en el artículo 11.1 de la LJV los dos casos en los cuales una resolución definitiva extranjera de jurisdicción voluntaria emanada de un órgano judicial podrá ser inscrita en los registros públicos españoles. En primer lugar, con la <<superación del trámite de exequátur o de reconocimiento incidental en España>> y <<por el Encargado del registro correspondiente, siempre que verifique la concurrencia de los requisitos exigidos para ello >>. En suma, se permite tanto el exequatur como el reconocimiento incidental en España como trámites previos para poder inscribir en un registro español una resolución definitiva extranjera de jurisdicción voluntaria. Asimismo, del apartado tercero de este artículo que se está analizando podemos extraer que el régimen previsto para la inscripción de las resoluciones extranjeras es aplicable tanto a las adoptadas por órganos jurisdiccionales extranjeros como a las resoluciones pronunciadas por autoridades no pertenecientes a órganos judiciales extranjeros en materia de jurisdicción voluntaria cuya competencia corresponda según la LJV al conocimiento de órganos judiciales.

Al igual que la LCJI, la LJV requiere para que puedan ser reconocidas en la nación española que las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria sean firmes (art. 11.1 y 12.1 LJV).

En el artículo 12.3 LJV se exponen cuatro causas de denegación del reconocimiento: <<si el acto hubiera sido acordado por autoridad extranjera manifiestamente incompetente>>; <<si el acto hubiera sido acordado con manifiesta

infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados>>; <<si el reconocimiento del acto produjera efectos manifiestamente contrarios al orden público español>> y, por último, << si el reconocimiento del acto implicara la violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico>>.

## IX. POSIBLES SOLUCIONES A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

### 1. Modificación de la legislación material.

La primera posibilidad que se puede plantear para acabar con esta controversia es la modificación de la legislación española interna. Un gran problema consecuente de la gestación por sustitución es el turismo reproductivo, el cual desemboca en un *forum shopping*. Si el Estado español permitiera el contrato de gestación, se acabaría con ese turismo reproductivo y con los problemas que desencadena una vez nacido el menor.

Sin embargo, modificar la legislación material española no resulta fácil en tanto en cuanto existen problemas o cuestiones en la sociedad española.

En primer lugar, nos encontramos con problemas sociales y éticos. La maternidad subrogada es una institución jurídica sobre la que recaen puntos de vista muy distintos - pensemos desde la Iglesia Católica hasta el movimiento feminista que está teniendo un gran auge en los últimos años -. Autores, como CAROL PATEMAN, MARTA SERRA ALCEGA o NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ, asemejan esta técnica de reproducción a la prostitución como una manifestación clara del contrato sexual <sup>81</sup>.

Los contratos de gestación por sustitución también tienen una repercusión en la economía ya que en muchos de estos contratos no se realizan de manera altruista, sino que media un determinado precio. Es obvio, como se puede deducir de este estudio, que solo pueden acudir a esta técnica personas que tengan unos recursos económicos altos puesto que resulta necesaria la movilidad de los comitentes al Estado donde resida la gestante, los gastos hospitalarios, etc.

Desde una perspectiva jurídica, también se plantean cuestiones. Se entiende que no se puede admitir la maternidad subrogada porque un ser humano no puede ser considerado nunca *res intra commercium*. FERNANDO PANTALEÓN opina que no

---

<sup>81</sup> SERRA ALCEGA, M., << Reconocimiento de la maternidad subrogada en el Derecho Internacional Privado español >>, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 32, 2015, pág. 291.

tiene por qué tratarse al menor como objeto de comercio ya que << puede contestarse que no comercializa al niño sino simplemente la capacidad generativa de una mujer (que tiene el derecho a disponer libremente de su cuerpo), a fin de satisfacer el legítimo deseo de tener un hijo de la pareja comitente >><sup>82</sup>.

Puesto que el interés superior del menor no supone la base más acertada para poder legalizar la gestación por sustitución, sí que podría fundamentarse en un derecho a la igualdad, y no entre matrimonios homosexuales o heterosexuales, sino, un derecho a la igualdad respecto a la economía ya que solo pueden acceder a esta técnica personas con un nivel económico elevado. Sin embargo, como señala HERDEIA CERVANTES << se ignora que el interés superior del menor es precisamente eso, superior y que no puede ser interpretado ni ponderado en el mismo plano que el resto de valores o derechos que concurran en el supuesto >><sup>83</sup>.

## 2. Modificación de la legislación de Derecho Internacional Privado español.

Debido a la multitud de cuestiones que surgen en el ámbito nacional, se puede plantear una modificación de la respuesta dada por el Derecho Internacional Privado español.

La solución que proporciona en la actualidad es, en palabras de VELA SÁNCHEZ, un problema de valor normativo que no puede resolverse otorgando más valor a una norma reglamentaria que a la ley <sup>84</sup>. ÁLVAREZ GONZÁLEZ expone que la no inscripción del menor desembocaría en una discriminación al menor por el modo de su concepción, llevando a una vulneración del artículo 14 de la Constitución Española por una discriminación por razón de nacimiento <sup>85</sup>.

En definitiva, se debe permitir el reconocimiento en España de una filiación ya reconocida en otro país dando prioridad al interés del menor y al derecho a una vida privada como así lo entiende el TEDH.

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, pág. 292.

<sup>83</sup> *Ibidem*, pág. 293.

<sup>84</sup> VÉLA SÁNCHEZ, A.J., << La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución >>, *op. cit.*, pág.9.

<sup>85</sup> SERRA ALCEGA, M., << Reconocimiento de la maternidad subrogada en el Derecho Internacional Privado español >>, *op. cit.*, pág. 294.

## X. CONCLUSIONES.

La problemática de la gestación por sustitución versa sobre la nulidad de pleno derecho que le atribuye el artículo 10.1 de la LTRHA. Junto a dicho precepto, el artículo 1275 del CC deja sin efectos a todo contrato que no posean una causa lícita, por ir en contra de la ley o de la moral.

Sin embargo, aunque la LTRHA impone la nulidad de pleno derecho a este tipo de contrato, deja una puerta entreabierta que permite llevar a cabo esta técnica de reproducción humana asistida. Así pues, se debe hacer referencia al artículo 10 en sus apartados 2 y 3. El apartado segundo expone que <<la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto>>, recogándose así el principio de *mater semper certa est*, es decir, la madre biológica siempre será aquella que dé a luz, constanding así en el Registro Civil. Asimismo, el apartado tercero de dicho artículo declara que <<queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales >>. Tomando esta idea como referencia, podemos concluir que solo se le atribuye al padre biológico esa oportunidad de reclamar la paternidad. No obstante, conforme al principio de *mater semper certa est*, aunque la madre comitente proporcione su material genético, no podrá reclamar la paternidad, quedando únicamente la vía de la adopción.

Este planteamiento podría llevar a la conclusión de que se está vulnerando el artículo 14 de la Constitución Española, al tratar de forma desigual al hombre y a la mujer, ya que se encuentran en este caso, en idénticas condiciones. En suma, se debería permitir la reclamación de la filiación a toda aquella mujer comitente que aporte su material genético.

Otra cuestión que surge es la utilización de instituciones jurídicas como la adopción o el acogimiento como salida para los nacionales españoles que lleven a cabo esta técnica. Es un tanto incoherente que nuestro Tribunal Supremo declare que el contrato de gestación infringe las normas de orden público internacional español, alegando que se está mercantilizando tanto a los menores como a las gestantes y que puede servir de enriquecimiento a terceros intermediarios – creándose así las llamadas agencias de alquiler -, pero, que a su vez, ofrezca como solución la adopción a las parejas que le fue denegado el reconocimiento de la filiación. Reflexionando, podríamos preguntarnos si la institución jurídica de la adopción acaba con esos problemas de la

gestación subrogada o, en cambio, es la única vía de dar cabida a un menor que ya ha nacido y que la filiación ha sido ya reconocida en el extranjero, pero no en España.

Al estudiar esta técnica de reproducción, es obvio que es un problema que atañe a la generalidad y no únicamente al Estado español. Fruto de ello, surge, como ya se ha mencionado en otras ocasiones, el turismo reproductivo, creando relaciones jurídicas con elementos extranjeros. Tratándose de un tema tan delicado como un menor, resulta a la vez que coherente y necesario, que se llevara a cabo una convención internacional para tratar de dar respuesta a esta cuestión. De esta manera, se uniformizarían las legislaciones internas de cada Estado, dejando de crear así esa inseguridad jurídica a la que se exponen aquellas personas que recurren a la maternidad subrogada.

También se debe añadir que existen grupos sociales que ven limitado su deseo de ser padres, entre ellos, las parejas homosexuales masculinas, personas sin pareja o aquellas parejas en las que la/s mujer/es tengan problemas a la hora de llevar a cabo la gestación. Estas solo pueden recurrir o bien a la adopción o bien a este contrato de gestación. Por ello, admitiéndose en España esta práctica tendrían mayor facilidad para formar una familia.

En conclusión, considero que el contrato de gestación por sustitución debería regularse de forma permisiva en España. Para no incurrir en la mercantilización de los menores o de las madres gestantes, se debería imponer como requisito que se practicara de forma altruista. De esta forma, no cabría ninguna duda de que la madre gestante no gesta a un embrión durante nueve meses más allá del afán de ayudar a que la parte comitente cumpla su sueño de poder ser padres, dejando atrás que sean madres gestantes debido a posibles estados de necesidad. Mediando dicho requisito, todas las personas podrían acceder a esta técnica en igualdad de condiciones sin prevalecer ningún estatus social sobre otro. Así pues, si el Derecho es aquel conjunto de normas que regula la convivencia entre sus ciudadanos, la sociedad actual necesita su legalización.

## XI. BIBLIOGRAFÍA.

### MONOGRAFÍAS.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., <<Filiación natural>> en *Derecho Internacional Privado Volumen II* (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ dir.), Comares, Granada, 2016.

JARUFE CONTRERAS, D., *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español. Adopción versus técnicas de reproducción humana asistida*, Dykinson, Madrid, 2013.

LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Dykinson, Madrid, 1994.

VELA SÁNCHEZ, A.J., *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión -jurídica de las madres de alquiler*, Editorial Reus, Madrid, 2015.

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

### ARTÍCULOS.

ALBERT MÁRQUEZ, M. M., << Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil>>, en *Diario La Ley*, núm. 7863, 2012.

ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J., << La maternidad subrogada en el Derecho comparado>>, en *Cuaderno de Dereito Actual*, núm. 6, 2017.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., CALVO CARAVACA, A.L., << Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos>>, en *Cuadernos de derecho transnacional*, Volumen 7, núm. 2, 2015.

CASANUEVA SÁNCHEZ, I., <<Comentarios a Resoluciones de la Dirección General de los Registradores y del Notariado: La adopción por matrimonios homosexuales y la RDGRN, de 18 de febrero de 2009>> en *Vlex España*, núm. 729, 2012.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., << Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)>>, en *Diario La Ley*, núm. 7501, Sección Tribuna, 2010.

DÍAZ ROMERO, M<sup>a</sup>. R., <<La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico>>, en *Diario La Ley*, núm. 7527, 2010.

FARNÓS AMORÓS, E., <<Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California>>, en *InDret*, núm. 1, 2010.

FLORES RODRÍGUEZ, J., <<Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo>>, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 27, 2014.

LAMM, E., <<Gestación por sustitución. Realidad y Derecho>>, en *InDret*, núm.3, 2012.

MORENO SÁNCHE- MORALEDA, A., << La inscripción de los hijos de españoles nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la Sentencia TS de 6 febrero 2014>>, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2014.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. << La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español>>, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2014.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., << Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009 >>, en *InDret*, núm. 3, 2009.

SERRA ALCEGA, M., <<Reconocimiento de la maternidad subrogada en el Derecho Internacional Privado español>>, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 32, 2015.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: <<La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler>>, en *Diario La Ley*, núm. 7608, Sección Doctrina, 2011.

VILAR GONZÁLEZ, S., <<Situación actual de la gestación por sustitución>>, *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014.

#### LEGISLACIÓN.

Código Civil. BOE núm. 206, de 25/07/1889.

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. BOE núm. 126, de 27/05/2006.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE núm. 158, de 3/07/2015.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE núm. 175, de 22/07/2011.

Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. BOE núm. 182, de 31/07/2015.

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. BOE núm. 284, de 24/11/1988.

Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24/11/1995.

#### JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES.

Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010. BOE núm. 243 de jueves 7 octubre 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.<sup>a</sup>, de 23 de noviembre 2011.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 2014, as. 65941/11.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 27 de enero de 2015.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 2014, as. 65192/11.

Sentencia Juzgado de Primera Instancia, núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, (recurso núm. 188/2010).

Sentencia Tribunal Supremo, Sala IV, de lo Social, núm. 835/2013, 6 de febrero de 2014 (recurso núm. 245/2012).

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala I, núm. 835/2013 de TS, de 6 de febrero de 2014 (recurso núm. 245/2012).

#### DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.

<< El caso Baby M>>; en Babygest, revista sobre la gestación subrogada; disponible en <https://www.babygest.es/el-caso-baby-m/>.

<< Fertilidad y reproducción asistida>>; en Sociedad Española de Fertilidad (SEF); disponible en [http://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr\\_sef\\_fertilidad.pdf](http://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf).

<< Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la gestación por sustitución>> en Sociedad Española de Fertilidad (SEF); disponible en <http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>

BAYARRI MARTÍ, M. L., <<Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España>>, disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>.

CASANUEVA SÁNCHEZ, I., << Comentarios a Resoluciones de la Dirección General de los Registradores y del Notariado: La adopción por matrimonios homosexuales y la RDGRN, de 18 de febrero de 2009 >> en Vlex España; disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/comentarios-matrimonios-homosexuales-rdgrn-18-365339942>.

Garcimartín F., << Lecciones: reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España >> en Almacén de Derecho, Blog sobre actualidad jurídica, de 10 de septiembre de 2015; disponible en <http://almacenederecho.org/lecciones/> .

Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), disponible en [http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology\\_es.pdf](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf) .

Maternidad subrogada en Ucrania; disponible en <http://surrogacy-ukraine.com/index-esp.php>