

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE GRADO EN DERECHO

Inscripción registral en España de los hijos habidos en el extranjero mediante contrato de gestación por sustitución. Doctrina reciente.

Izaskun Aldabe Muro

DIRECTOR

Elsa Sabater Bayle

Pamplona

3 de junio 2015

RESUMEN:

En este Trabajo de Fin de Grado nos centramos en los aspectos jurídicos relacionados con los contratos de gestación por sustitución. Procederemos a analizar la última jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se determina la incidencia de los derechos contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en dichos contratos.

Asimismo, abarcaremos la situación actual de dichos contratos en España. Para ello, examinaremos las resoluciones judiciales que han interpretado estos acuerdos y estudiaremos la legislación que ha influido en los mismos, como son la nueva Ley del Registro Civil, en *vacatio legis*, el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria nº 121/000112 así como el papel que ha desarrollado la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por último, consideraremos los derechos, principios y bienes jurídicos implicados en dichos contratos, su consideración e incidencia en los contratos de gestación por sustitución.

PALABRAS CLAVE: gestación por sustitución, orden público español, interés superior del menor.

ABSTRACT:

This final academic paper contains the novelties about the contracts of surrogate motherhood. We will examine the most recent case-law pronounced by the European Court of Human Rights in which the Court determinate the influence of these rights written down in the European Convention on Human Rights in these contracts.

Furthermore, we will study the current situation of these contracts in Spain. Therefore, we will analyse the judicial resolutions which have interpreted these agreements and the legislation which affects these practises, such as the new Law

20/2011, of the Civil Registry, the bill of voluntary jurisdiction nº 121/000112 as well as the role carried out by the resolutions related to these agreements.

Finally, we will consider the rights, principles and legal rights involved in these contracts, its importance and incidence in the agreements about surrogate motherhood.

KEY WORDS: surrogate motherhood, the best interest of the child, Spanish public policy.

ÍNDICE:

I.	INTRODUCCIÓN:	6
II.	LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EUROPA: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	7
1.	Sentencias TEDH 26 de junio de 2014 casos Labassee contra Francia y Mennesson contra Francia.....	7
2.	Sentencia TEDH caso Paradiso y Campanelli contra Italia de 27 de enero de 2015	11
3.	Técnica jurídica aplicada y cuestiones sobre el reconocimiento de resoluciones entre Estados Miembros con distintos modelos de regulación del contrato de gestación	13
III.	LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN ESPAÑA	18
1.	Breve desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la gestación por sustitución. Especial referencia al caso resuelto en la Resolución de 18 de febrero de 2009	18
1.1.	<i>Resolución DGRN 18 de febrero de 2009 y sentencia Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010</i>	18
1.2.	<i>Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010:</i>	18
1.3.	<i>Sentencia Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014:</i>	21
1.4.	<i>Circular-informe DGRN de 11 de julio de 2014:</i>	24
1.5.	<i>Auto Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015:</i>	25
2.	La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil	30
3.	Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria nº 121/000112.....	36
4.	Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución en España	37
IV.	PRINCIPIOS, BIENES JURIDÍCOS Y DERECHOS IMPLICADOS EN LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	39
1.	El orden público español en los contratos de gestación por sustitución	39
2.	El interés superior del menor	41
3.	El derecho a la reproducción.....	43
V.	CONCLUSIÓN:.....	46
VI.	BIBLIOGRAFÍA:	47

ABREVIATURAS:

TS: Tribunal Supremo de España

AP: Audiencia Provincial

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

LTRHA: Ley 14/2006, de 26 de marzo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado

LRC: Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil (actualmente en *vacatio legis*).

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

CE: Constitución española

GS: gestación por sustitución

ILP: Iniciativa Legislativa Popular

CC: Código Civil

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

PLJV: Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria

I. INTRODUCCIÓN:

La redacción de este Trabajo Fin de Grado trae causa de las novedades relacionadas con los contratos de gestación por sustitución, una práctica poco conocida y vista con recelo por la sociedad pero que jurídicamente plantea diversas cuestiones que deben analizarse para evitar situaciones de incertidumbre, así como el perjuicio a determinados derechos e intereses que deben ser protegidos y garantizados.

Dichas novedades se centran básicamente en las recientes sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la protección del derecho al respeto a la vida privada y familiar ante estos contratos consagrado en el Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el ámbito nacional también se observan ciertos cambios en relación con el reconocimiento de dichas resoluciones extranjeras que permiten el establecimiento de la filiación entre el menor y sus padres comitentes, como es la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 o la Ley 20/2011 del Registro Civil. Además, es necesario hacer referencia al desarrollo jurisprudencial que han tenido diversos casos planteados ante los Tribunales españoles. Todos estos factores ponen de manifiesto la gran controversia tanto doctrinal como jurisprudencial en la que se ve envuelto este tema en la sociedad española. Los bienes jurídicos y los derechos implicados en esta práctica, como son el interés superior del menor o la integridad física de la madre gestante, así como la moralidad que en ocasiones influye en la aceptación o rechazo de la misma, hacen difícil concluir cuál puede ser la solución más adecuada para regular estas situaciones jurídicas.

Actualmente, existe en nuestra sociedad un creciente número de parejas y personas que deciden recurrir a dicha técnica de reproducción asistida para ver satisfecho su deseo de tener un hijo. Debe recordarse que dicha práctica se encuentra prohibida en el Ordenamiento Jurídico español y los contratos de gestación por sustitución se consideran nulos de pleno derecho, aunque nada impide la existencia en nuestro país de familias que han celebrado en el extranjero un contrato de gestación por sustitución, por lo que la situación en la que encuentran estas familias se caracteriza por un alto grado de incertidumbre.

II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EUROPA: EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:

1. Sentencias TEDH 26 de junio de 2014 casos Labassee contra Francia y Mennesson contra Francia:

Si se analizan las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en junio de 2014¹, puede verse que en ambas se parte de la negativa de inscripción en el Registro civil francés de la filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución. Las razones que se alegan por parte de los tribunales franceses se centran en la vulneración del orden público francés que establece la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas (artículos 16-7 y 16-9 *Code Civil*²).

El Tribunal de Casación francés consideró que el contrato de gestación por sustitución impide absolutamente el establecimiento de cualquier relación de filiación entre los menores y los comitentes, ya sea mediante la inscripción de las certificaciones registrales expedidas en el extranjero, mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación fundada en que los solicitantes han criado y educado al niño desde su nacimiento, mediante la determinación de la filiación biológica paterna, o mediante adopción³.

¹Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nº 65192/11, 26/06/2014 (caso Mennesson V Francia), [JUR 2014\176908]. ; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nº 65941/11, 26/06/2014 (caso Labassee V Francia), [JUR 2014\176905].

² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nº 65192/11, 26/06/2014 caso Mennesson contra Francia, apartado 30: Les articles 16-7 et 16-9 du code civil (créés par loi no 94-653 du 29 juillet 1994) sont ainsi libellés: Article 16-7: « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. »; Article 16-9: « Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public. ».

³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nº 65192/11, 26/06/2014 caso Mennesson contra Francia, apartado 100: “Or, non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique n’a pas été admis à l’occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d’une reconnaissance de paternité ou de l’adoption ou par l’effet de la possession d’état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 34 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l’identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu’en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu’à l’établissement en droit interne de leur lien de filiation à

El Tribunal francés argumentó que debido a la existencia de este fraude, es decir, la celebración de un contrato de gestación por sustitución, que constituye una medida contraria al orden público francés, ningún derecho ni el interés superior del menor pueden ser invocados (*fraus omnia corrumpit*). Por ello, los tribunales franceses alegan⁴, al igual que lo han hecho la Audiencia Provincial de Valencia y el Tribunal Supremo en España que el fin no justifica los medios y que deben tenerse en cuenta los demás bienes jurídicos que se ven implicados en estos casos⁵. Ambos matrimonios, Labassee y Mennesson, acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y alegaron la vulneración del Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual contempla el derecho al respeto a la vida privada y familiar, tanto respecto a los recurrentes o padres comitentes como en relación a los menores nacidos en virtud de este contrato de gestación.

El artículo 8 del citado Convenio expresa lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales,

l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation”.

⁴ Sentencia Corte de Apelación de París de 18 de marzo de 2010 y Sentencia de la Corte de Casación francesa de 6 de abril de 2011: apartados 22 a 28 de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nº 65192/11, 26/06/2014 caso Mennesson contra Francia.

⁵ Sentencia Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) nº. 826/2011, 23/11/2011. [AC\2011\1561]:“la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la Ley”.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº. 835/2013, 06/02/2014. [RJ\2014\833]: “la invocación indiscriminada del “interés del menor” serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos”.

la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás⁶”.

Para determinar la violación o no del derecho al respeto a la vida privada y familiar, el Tribunal define o delimita cual es el contenido del mismo. Hace referencia al derecho que tiene cada persona a establecer su propia identidad, siendo uno de los aspectos más esenciales de la misma la determinación de la filiación biológica. Por ello, expone que existe una relación directa entre la vida privada de los niños y la determinación jurídica de su filiación.

Como se ha expuesto anteriormente, se invoca en la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷ la vulneración del Artículo 8 del Convenio sobre el derecho a la vida privada y familiar de los recurrentes, pero también la vulneración del derecho de los menores.

En ambos supuestos se analiza minuciosamente dicho precepto para dilucidar si se ha producido la violación del derecho debido a la negativa de las autoridades francesas a reconocer el vínculo de filiación entre los padres comitentes y los menores, reconocido en el extranjero. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que dicha negativa constituye una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar prevista en la ley, la cual afecta a dos fines legítimos señalados por el Artículo 8 del Convenio, que son la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los demás. En cuanto al análisis de la medida o injerencia, procede determinar si es necesaria en una sociedad democrática y para ello, los Estados disponen de un margen de apreciación que debe restringirse cuando se trata de la filiación, ya que como se ha expresado anteriormente, la filiación constituye un aspecto fundamental de la identidad de las personas y por lo tanto incide directamente en el derecho al respeto de la vida privada y familiar de las mismas. Finalmente, el Tribunal debe decidir si se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los intereses de los individuos directamente afectados, aspecto en el que el Tribunal concluye de manera diferente en cuanto al derecho de los recurrentes y al derecho de los menores.

⁶ El subrayado es nuestro.

⁷ apartado 43 de la Sentencia TEDH *Mennesson V Francia*, de 26 de junio de 2014.

En cuanto al derecho de los padres comitentes, el Tribunal concluye que los obstáculos o dificultades que se derivan de esta negativa a la inscripción son superables (es posible que convivan todos juntos en Francia, y no existe riesgo de separación de los menores de los padres comitentes), y por ello no exceden los límites que establece el respeto a la vida familiar, por lo que existe un justo equilibrio entre ambos intereses en cuanto al derecho al respeto de la vida familiar de los recurrentes.

Sin embargo, respecto al derecho de los menores, esta medida no resulta necesaria y excede los límites del margen de apreciación de los Estados que impone el derecho al respeto a la vida familiar y privada, ya que perjudica al menor de tal forma que impide fijar de cualquier modo su identidad en Francia. Esta situación conlleva una falta de equilibrio entre los intereses perseguidos por el Estado al prohibir la gestación por sustitución y el interés superior del menor, y afecta dicha incertidumbre a un aspecto sustancial de su identidad, que es la filiación, así como al derecho de adquirir nacionalidad francesa, y de heredar como hijo, circunstancias que provocan una grave inseguridad jurídica⁸.

Dado el creciente número de familias que acuden a esta técnica con la consiguiente inseguridad jurídica que provoca esta prohibición absoluta, el 25 de enero de 2013, Francia emitió una Circular mediante la cual se establecen las condiciones para la expedición de certificados de nacionalidad francesa a los niños con padre biológico francés nacidos en el extranjero por gestación por sustitución⁹. El texto de la Circular ha sido incorporado al texto

⁸ VELA SÁNCHEZ, A.J. “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución pueden ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”, en *La Ley* nº 8415, Año XXXV, 6 Nov 2014.

⁹ Circulaire 25 janvier 2013 délivrance des certificats de nationalité française-convention de mère porteuse-Etat civil étranger: <http://actualitesdudroit.lamy.fr/Portals/0/Circulaire%2025%20janvier%202013.pdf>

El art. 47 del Code dispone lo siguiente: “*Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité*”. De manera que el texto de la Circular de 2013 puede considerarse incorporado al texto del Código Civil francés.

del Código Civil francés, en versión posterior a la *Loi n°2006-1376 du 14 novembre 2006*, concretamente en el art. 7 *JORF 15 novembre 2006*¹⁰. Sin embargo, como bien expresa la doctrina¹¹, este certificado de nacionalidad no tiene ningún efecto sobre la filiación del menor, y únicamente otorga una mínima protección para desarrollar su vida familiar con normalidad pero sin reconocer en ningún caso al menor como hijo de sus padres comitentes.

En definitiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece por unanimidad tanto en el caso del matrimonio Mennesson como en el caso del matrimonio Labassee que Francia ha vulnerado el Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución al respeto a su vida privada. Como fundamento de este fallo, queremos resaltar que el motivo principal de la citada vulneración obedece a la situación de desprotección en la que se encuentran los menores, que no pueden ver determinado su vínculo de filiación en Francia de ningún modo.

2. Sentencia TEDH caso Paradiso y Campanelli contra Italia de 27 de enero de 2015:

Recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto el caso Paradiso y Campanelli contra Italia en su sentencia de 27 de enero de 2015¹², que al igual que las sentencias anteriores, trata sobre el derecho al respeto de la vida familiar y la vida privada de los menores nacidos en el extranjero en virtud de un contrato de gestación por sustitución y se hace referencia al Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Como sucede en

¹⁰ [Loi n°2006-1376 du 14 novembre 2006 - art. 7 JORF 15 novembre 2006](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=F4DDBF1E707B0C29EB554551D45803D6.tpdila1lv_3?cidTexte=JORFTEXT000000275701&idArticle=LEGIARTI000006284888&dateTexte=20061116). Consultado: 24/05/2015 en http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=F4DDBF1E707B0C29EB554551D45803D6.tpdila1lv_3?cidTexte=JORFTEXT000000275701&idArticle=LEGIARTI000006284888&dateTexte=20061116

¹¹ LAMM.E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona 2013, página 124.

¹² Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, n° recurso 25358/12, 27/01/2015 Caso Paradiso y Campanelli V Italia. [JUR 2015\24183].

los casos anteriores, las autoridades nacionales italianas rechazan la inscripción de la certificación de nacimiento extranjera en la cual consta la relación de filiación surgida entre el menor y los padres comitentes por medio del contrato de gestación debido a que dicha inscripción supondría una vulneración del orden público. En esta sentencia de 27 de enero de 2015 el TEDH analiza la injerencia que el Estado italiano ha llevado a cabo y considera que está prevista en la ley y que estas medidas persiguen un objetivo legítimo.

Sin embargo, existe una importante diferencia que distingue este supuesto de los precedentes aunque en todos ellos existe una violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar. En este supuesto, dicha violación surge debido a la decisión de las autoridades italianas de separar al menor de los padres comitentes y darlo a una familia en acogida con el argumento de que, en primer lugar, no existe una relación biológica con los demandantes, y por lo tanto debe aplicarse la legislación nacional que impone el no reconocimiento de la filiación, y que, en segundo lugar, ambos han vulnerado las normas de prohibición en Italia sobre los contratos de gestación por sustitución y las normas sobre adopción internacional. Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza la necesidad de estas medidas en una sociedad democrática, expresa que esta injerencia debe responder a una necesidad social imperiosa y debe ser proporcional al objetivo legítimo perseguido, es decir, hay que dilucidar si los motivos que justifican la injerencia son pertinentes y suficientes.

Es importante destacar la violación del Artículo 8 del Convenio no tiene relación con la decisión de cada país de prohibir los contratos de gestación por sustitución. La violación del Artículo 8 del Convenio radica, en los casos franceses, en la prohibición absoluta de establecer un vínculo de filiación y, por consiguiente, la identidad del menor en Francia, y en el caso de Italia, en la extrema medida adoptada consistente en separar al menor de los padres comitentes, medida en la que no se ha respetado el justo equilibrio que debe existir entre los intereses del menor y los intereses legítimos del Estado. Además, con esta decisión, las autoridades italianas no han tenido en cuenta la vida familiar “*de facto*” surgida entre los padres comitentes y el niño. Como expresa el TEDH esta medida consistente en la retirada del menor del ámbito familiar constituye una medida extrema a la que solo debe acudir como

último recurso y que únicamente estaría justificada para proteger al niño de una amenaza inmediata para él, como pueden ser la existencia de maltrato físico o psicológico, violencia o abusos sexuales.

El TEDH resuelve en esta ocasión y declara, por cinco votos a dos que ha habido violación del artículo 8 del Convenio. También, declara por cinco votos a dos que: a) que el Estado demandado deberá abonar conjuntamente a los demandantes, dentro del plazo de tres meses, a partir de que la sentencia sea definitiva, 20.000 euros en concepto de daño moral y 10.000 euros en concepto de gastos y costas; b) que estas sumas se verán incrementadas por un interés simple anual equivalente al tipo de interés de la facilidad marginal de los préstamos del Banco central europeo incrementado en tres puntos a partir de la expiración del antedicho plazo y hasta el pago.

En suma, en esta sentencia se evidencia la violación del Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos debido a la extrema medida acordada por el Estado italiano, así como los graves efectos que ha provocado esta decisión, ya que como apunta el Tribunal, el niño ha desarrollado un vínculo afectivo con la familia de acogida con quien se encuentra desde principios de 2013, desde que fue separado de los demandantes, por lo que la violación del artículo 8 no puede conllevar una obligación al Estado de devolver al menor con los demandantes.

3. Técnica jurídica aplicada y cuestiones sobre el reconocimiento de resoluciones entre Estados Miembros con distintos modelos de regulación del contrato de gestación:

En este apartado es esencial subrayar lo establecido por el TS en su sentencia nº 835/2013 en el sentido de que la técnica jurídica a emplear en estos contratos es la del reconocimiento de resoluciones extranjeras¹³. Con esta afirmación se está haciendo referencia

¹³ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº. 835/2013, 06/02/2014, FJ 3º: “la técnica jurídica aplicada no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento. Existe ya una decisión de autoridad...”.

al conocido como “argumento de autoridad” que, como se establece en el voto particular de la misma, implica la existencia de una decisión de autoridad, una decisión extranjera válida conforme a su normativa que debe proceder a reconocerse¹⁴. Este argumento es compartido por Calvo Caravaca y Carrascosa González ya que según dichos autores, estamos ante una cuestión de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España en la que se deben dilucidar los efectos jurídicos en España de una decisión pública extranjera¹⁵.

Planteada la cuestión del reconocimiento de las resoluciones que permiten la inscripción de la filiación de los menores a favor de los padres comitentes, creemos conveniente aludir brevemente, ya que un análisis más exhaustivo de este apartado debería realizarse desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, qué sucede en los casos de reconocimiento de dichas resoluciones judiciales entre Estados Miembros de la Unión Europea. Como sabemos, en los países de la Unión Europea no existe una regulación uniforme acerca de esta práctica, por lo que puede darse el supuesto de una admisión de dicho

¹⁴ voto particular de la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº. 835/2013, 06/02/2014: “En consecuencia, no resulta aplicable el artículo 10 de la Ley 14/2006, puesto que la filiación ya ha sido determinada por una autoridad extranjera (“decisión de autoridad”), con lo que el problema se trasladaría a resolver si esta decisión contraría o no el orden público internacional”; “ha de diferenciarse la admisión de estas prácticas en España, que en el momento actual son ilegales, de sus efectos cuando provienen de un Estado en el que se admiten y tienen eficacia vinculante basada en la jurisprudencia emanada de su Tribunal Supremo (case law), en línea con el informe de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya 10 de marzo de 2012, sobre los problemas de los contratos de gestación subrogada en el ámbito internacional, porque lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa”.

¹⁵ CALVO CARAVACA, A.L, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3097939> págs. 297-299:

“En efecto, la DGRN indica que, en este caso, la cuestión controvertida (= filiación de los nacidos en California: ¿quiénes son sus padres?) no suscita un problema de “Derecho aplicable a la filiación”, sino una cuestión de “efectos jurídicos en España de una decisión pública extranjera”. Se trata, realmente, de una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones” (extranjeras) en España. En consecuencia, para decidir en torno al eventual acceso de la decisión registral californiana al Registro civil español, las autoridades registrales españolas no deben aplicar las normas de conflicto españolas y tampoco deben aplicar la Ley sustantiva designada por tales normas de conflicto (= la Ley 14/2006 de 26 mayo 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida)”.

“El “método del reconocimiento”, por el contrario, encuentra aplicación en presencia de una “decisión extranjera” en la que la autoridad pública ya ha encontrado y aplicado una concreta Ley estatal al fondo del asunto”.

contrato, ya sea de carácter altruista o comercial, en un Estado Miembro (por ejemplo, en Reino Unido, de forma altruista) y la total prohibición al reconocimiento de dicha técnica en otro Estado Miembro, como sucede en el caso de Francia o España.

En este sentido, debe hacerse mención a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2008¹⁶, la cual expresa que es contrario al Artículo 18 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea “que las autoridades de un Estado Miembro, aplicando el Derecho nacional, denieguen el reconocimiento del apellido de un niño tal como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces, y quien al igual que sus padres sólo posee la nacionalidad del primer Estado miembro”. Por lo tanto las situaciones jurídicas reconocidas judicialmente en un Estado Miembro deben reconocerse en los demás Estados Miembros.

Esta afirmación que realiza el TJUE viene apoyada por la doctrina en virtud del principio del mutuo reconocimiento en el ámbito comunitario, que proviene de la idea llamada *confianza comunitaria* en virtud de la cual, deben aceptarse en los Estados Miembros las situaciones jurídicas internacionales creadas por las autoridades de otro Estado Miembro debido a la plena confianza en la Justicia que se imparte por los jueces de los Estados Miembros¹⁷.

¹⁶Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), asunto C-353/06, de 14 de octubre de 2008. [TJCE 2008\235].

¹⁷ CALVO CARAVACA, A.L, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *op.cit. supra* nota 13: “12. Por otra parte, esta posición en favor de la calificación como auténticas “decisiones” en relación con determinadas resoluciones públicas “no judiciales” ha favorecido la extensión del llamado “principio del mutuo reconocimiento” en el ámbito comunitario 34. Según la técnica o principio del “mutuo reconocimiento” (*Anerkennungsprinzip*), la situación jurídica creada por una autoridad (= judicial o administrativa) de un Estado miembro y considerada como “existente” y “válida” en dicho Estado, debe estimarse también “existente” y “válida” en los demás Estados miembros. El reconocimiento mutuo comunitario se basa en la idea de “confianza comunitaria” (= se aceptan en un Estado Miembro las situaciones jurídicas “creadas” o “cristalizadas” por autoridades de otros Estados Miembros porque se confía plenamente en la Justicia impartida en el Estado Miembro de origen)”. Págs. 303 y 304.

Como afirma la doctrina¹⁸, dicha sentencia comparte ciertos rasgos con estos supuestos de gestación por sustitución, ya que ambos operan en relación con el derecho del niño a una identidad única (apellidos y filiación). Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se ha pronunciado expresamente en relación con la filiación porque no existen normas comunitarias sobre la determinación, reclamación e impugnación de la filiación, ya que dicha materia se encuentra excluida del ámbito de material del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁹. El Reglamento n° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento n° 1347/2000 también excluye expresamente su aplicación en el artículo 1.3 a) a la determinación y a la impugnación de la filiación²⁰.

Es necesario hacer referencia en este apartado a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 en cuanto a que en ella se plantea que puede considerarse al artículo 10 de la Ley 14/2006 como una norma de policía de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.1 del Reglamento n° 593/2008 (Roma I)²¹. En cuanto a la

¹⁸ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2259> pág. 26.

¹⁹ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. *op.cit. supra* Nota 18. Pág. 27.

CALVO CARAVACA, A-L, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*. Volumen I, Comares, Granada décimo cuarta edición 2013-2014, págs. 181-187.

²⁰ El Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000. [LCEur 2003\4396].

²¹ Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). [LCEur 2008\1070]. Artículo 9: “1. Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”.

consideración de este artículo 10 como norma de policía, la aplicación de la norma debe ser esencial para salvaguardar los intereses públicos de España y se aplicará dicha norma, según su tenor literal, a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, independientemente de cual sea la ley aplicable al contrato.

De la doctrina especializada en estas cuestiones²², parece deducirse que la aplicación de esta norma de policía entra en juego cuando un juez español, con competencia judicial para conocer de la situación jurídica internacional, aplica las normas españolas de Derecho Internacional Privado y determina que, a pesar de que la ley aplicable a ese contrato es una ley extranjera (francesa, estadounidense, inglesa), existe una norma española que debe aplicarse por tratarse de una norma de policía. Por ello, el artículo 9.1 del Reglamento Roma I regula las condiciones para la aplicación de las leyes de policía del Estado Miembro cuyos tribunales conocen del asunto (*lex fori*).

En definitiva, los tribunales españoles aceptan esta doctrina de decisión de autoridad y afirman que en estos supuestos nos encontramos ante una cuestión de determinar el reconocimiento o no de una decisión judicial extranjera en España. Sin embargo, el aspecto que sigue siendo dudoso es la posibilidad de admitir efectivamente el reconocimiento de las decisiones extranjeras que determinen la filiación entre un menor habido de un contrato de gestación por sustitución y los padres comitentes.

²² CALVO CARAVACA, A-L, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado (Volumen II)*. Comares, Granada, 2014. 15º Edición. Pág. 820

III. LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN ESPAÑA:

1. Breve desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la gestación por sustitución. Especial referencia al caso resuelto en la Resolución de 18 de febrero de 2009:

1.1. *Resolución DGRN 18 de febrero de 2009 y sentencia Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010:*

Con el fin de analizar las novedades más recientes en esta materia en España, es preciso hacer referencia brevemente al caso que dio lugar al desarrollo jurisprudencial y doctrinal de esta materia en España. El caso que resuelve el TS en febrero de 2014²³ se origina en 2008 cuando un matrimonio formado por dos varones españoles acude al Registro Civil Consular de España en California para inscribir a sus hijos gemelos, nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución. Tras la negativa del Encargado del Registro Consular a realizar la inscripción, la DGRN admite dicha inscripción mediante Resolución de 18 de febrero de 2009²⁴, resolución que el Ministerio Fiscal recurre ante el Juzgado de Primera Instancia de Valencia, que anula dicha resolución por sentencia de 15 de septiembre de 2010²⁵.

1.2. *Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010:*

Tras la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010, la Dirección General de los Registros y del Notariado publicó una Instrucción con fecha 5 de octubre de 2010 en la cual estableció una serie de directrices para proceder a la realización de la inscripción de nacimiento de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por subrogación. La misma establece que dicha

²³ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº. 835/2013, 06/02/2014. [RJ\2014\833].

²⁴ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 18/02/2009. [RJ 2009\1735].

²⁵ Sentencia Juzgado de Primera Instancia de Valencia nº 193/2010, 15/09/2010. [AC/2010/1707].

inscripción se podrá realizar “presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución en la que se determine la filiación del nacido”. Como ya sabemos, la Instrucción tiene como objetivo principal dotar de protección jurídica el interés superior del menor y otros intereses que se ven afectados por dicha técnica. La Instrucción añade que esta regulación se refiere al acceso de la filiación al Registro cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española y establece como requisito previo para la inscripción la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente. Esta exigencia de resolución judicial responde a la necesidad de controlar la protección de los intereses del menor y de la madre gestante como por ejemplo, la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, y la eficacia legal del consentimiento prestado. Como consecuencia de esta necesidad de resolución judicial, la Instrucción añade que se denegará la inscripción cuando no se presente una resolución que determine la filiación o cuando se presente una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante. Sin embargo, el hecho de no presentar una resolución judicial no impide acudir a los medios previstos en el artículo 10.3 y artículos 764 y siguientes de la LEC.

Como se expondrá posteriormente en el análisis de la Ley del Registro Civil, la Instrucción también contempla los dos procedimientos mediante los cuales se procederá a la inscripción de los nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución, dependiendo de si la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria o a uno de jurisdicción contenciosa. En el primer caso, el Encargado del Registro Civil realizará un control incidental para determinar si esa resolución puede ser reconocida en España, y para ello la Instrucción recoge algunos de los requisitos que establece posteriormente la Ley 20/2011 del Registro Civil (a, b y c²⁶), pero añade otros, como “d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante” y que, “e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos

²⁶ a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados, b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española, c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento

prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado”²⁷.

A su vez debe señalarse que la Instrucción, a diferencia de la Ley 20/2011 del Registro Civil, no hacía referencia a la compatibilidad de la resolución judicial extranjera con el orden público español. Como se expondrá posteriormente, la Ley 20/2011 del Registro Civil confirma la posibilidad de inscribir dichas resoluciones judiciales tal y como expuso la DGRN en la Instrucción de 2010 aunque con diferentes requisitos.

Tras la publicación de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, la DGRN ha ordenado en diversas ocasiones que se proceda a la inscripción de nacimiento acaecido en el extranjero mediante contrato de gestación por sustitución, una vez que se ha verificado el cumplimiento de los presupuestos recogidos en la propia Instrucción. En este caso, encontramos la Resolución de 12 de diciembre de 2011²⁸ en la que la DGRN estima la inscripción al existir una resolución judicial en la que se determina la filiación del nacido, se hace constar que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y se recoge el libre consentimiento y la renuncia expresa de la madre gestante, a pesar de que el encargado del Registro Civil Central, en un primer momento, denegase dicha inscripción por no quedar acreditada la verdadera filiación del menor. En este sentido, la Resolución de la DGRN de 15 de abril de 2013²⁹ deniega dicha inscripción debido a que no se aporta en este caso resolución judicial dictada por un órgano jurisdiccional competente que atribuya a los solicitantes la filiación sobre la menor.

Tras la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, que anula dicha resolución por sentencia de 15 de septiembre de 2010, el matrimonio recurre dicha sentencia

²⁷ El subrayado es nuestro.

²⁸ Resolución DGRN núm. 1/2011, 12/12/2011. [JUR 2012\307191].

²⁹ Resolución DGRN núm. 48/2013, 15/04/2013. [JUR 2013\327711].

en apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, la cual confirma la sentencia de instancia³⁰, por lo que los recurrentes interponen un recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

1.3. Sentencia Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014:

La cuestión clave que plantea y resuelve el TS en la sentencia 835/2013, de 6 de febrero 2014 se refiere a si la relación de filiación que resulta del contrato de gestación por sustitución celebrado en el extranjero entre el menor y los padres comitentes es apta para determinar en España la relación de filiación entre los mismos³¹. Este tribunal decidió que no puede reconocerse en España dicha relación jurídica establecida por un ordenamiento jurídico extranjero por ser contraria a las normas de orden público internacional español, como son las normas de filiación y las normas sobre técnicas de reproducción humana asistida.

La Sentencia citada analiza tres cuestiones clave para dictar su fallo: el reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español, la discriminación por razón de sexo u orientación sexual, y el interés superior del menor.

Respecto a la primera cuestión, la Sala reitera que la técnica que debe utilizarse ante la certificación es la del reconocimiento de resoluciones extranjeras, debido a que ya existe una decisión, la cual debe proceder a reconocerse.

Para proceder al reconocimiento de dichas resoluciones, la Sala expone que debe realizarse un control de dicha certificación del Registro extranjero, por lo que debe proceder a aplicarse el artículo 23 de la LRC de 1957, que afirma que se procederá a la práctica de la inscripción por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, “siempre que no

³⁰ Sentencia Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) nº. 826/2011, 23/11/2011. [AC\2011\1561].

³¹ Auto Tribunal Supremo, recurso nº 245/2012, de 02/02/2015. [RJ 2015\141].

haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”³². La Sala realiza una interpretación del mismo, y expone que no se refiere a la necesidad de que exista una total adecuación y cumplimiento de todas las exigencias que se establecen en la legislación española sino que debe respetar "las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español", el cual afirma que lo integran los derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución, es decir, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la protección de la familia, a la intimidad familiar, la protección de la infancia, y también la Ley 14/2006, ya que ampara dichos valores constitucionales.

En relación con la posible discriminación por razón de sexo u orientación sexual, los recurrentes alegan que resulta discriminatorio el hecho de que sea posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres en el caso de que una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción humana asistida y la otra mujer sea su cónyuge (artículo 7.3 LTRHA³³) y no se contemple dicha posibilidad para el caso de parejas homosexuales masculinas. La Sala rechaza también la existencia de discriminación debido a la desigualdad entre los supuestos de hecho que se pretenden comparar³⁴ y expresa que la denegación procederá independientemente de si se trata de parejas homosexuales, ya sea mujeres u hombres, o heterosexuales si la filiación trae causa de un contrato de gestación por sustitución. Por ello, el TS determinó que en el caso del matrimonio valenciano que acudió a San Diego (California) y que realizó un contrato de gestación por sustitución no existe discriminación

³² Artículo 23 Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil: “Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. 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 «BOE» núm. 151, de 10 de junio de 1957, páginas 372 a 379.

³³ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006, páginas 19947 a 19956.

³⁴ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº. 835/2013, 06/02/2014, Fundamento de Derecho cuarto: “El argumento no se considera admisible. Los propios recurrentes reconocen que uno y otro supuesto son diferentes, por razones evidentes. La desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye en principio la existencia de un trato discriminatorio por el hecho de que la consecuencia legal de uno y otro supuesto sea diferente”.

por razón de sexo, ya que dicha denegación se producirá independientemente de si se trata de parejas homosexuales o heterosexuales.

Finalmente, en relación con el interés superior del menor, la Sala vuelve a afirmar que no puede vulnerarse la legalidad vigente con el fin de salvaguardar el interés superior del menor, ya que dicho interés concurre con otros bienes jurídicos cuya protección es necesaria, aunque llega a admitir que el no reconocimiento de la filiación puede suponer un perjuicio para los mismos, razón por la cual la Sala insta al Ministerio Fiscal en su fallo a que ejercite las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores y que garantice su debida protección.

En conclusión, la Sala de lo Civil del TS desestima el recurso de casación y confirma la sentencia dictada en la Audiencia Provincial, desestimatoria del recurso de apelación y confirmatoria de la sentencia de instancia del Juzgado de 1º Instancia nº15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, a su vez estimatoria de la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 que dejó sin efecto la inscripción de nacimiento practicada. Prevalece por lo tanto, en el parecer mayoritario de la Sala de lo Civil del TS, el criterio de rechazo a la inscripción en el Registro Civil español de las inscripciones de nacimiento de los niños nacidos en San Diego mediante un contrato de gestación por sustitución, hijos de un matrimonio de dos varones españoles.

Sin embargo, debe resaltarse que a esta sentencia se formula un voto particular del Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, al cual se adhieren tres Magistrados más, que discrepan sobre las tres cuestiones clave: a) el acceso al Registro de la certificación expedida, b) el orden público y c) el interés superior del menor.

Al igual que argumenta la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Magistrado sostiene que la cuestión que debe determinarse no es la legalidad de contrato sino “el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa”. Cosa distinta es si la decisión vulnera el orden público internacional. En relación con el orden

público, el Magistrado no realiza la misma interpretación que la Sala, la Audiencia o el Juez de Primera Instancia, sino que entiende el orden público como la necesidad de que la certificación en la que se determina el asiento proteja, ampare y tutele el interés del menor y no como la necesidad de que dicha decisión se adecúe a la normativa interna. Por ello, si no se reconoce la filiación de ambos varones mediante la inscripción sí se estaría contrariando el orden público internacional español.

1.4. Circular-informe DGRN de 11 de julio de 2014:

Tras la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, que recordemos volvía a ratificar la denegación de la inscripción de la filiación resultante de un contrato de gestación por sustitución, y las sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, la Dirección General de los Registros y del Notariado emitió una Circular-Informe con fecha 11 de julio de 2014 en la que se disponía lo siguiente:

“La Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello, con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en la materia a fin de dotarla de mayor seguridad

jurídica"³⁵.

Hemos transcrito dicho pasaje por su trascendencia, dado que, con dicha Circular, la Dirección General de los Registros y del Notariado se reafirma en la doctrina ya sentada a través de la anterior Instrucción de 5 de octubre de 2010, a pesar de las apreciaciones que se recogen en la STS de 6 de febrero de 2014³⁶.

Como resultado de esta serie de pronunciamientos que se han dictado en relación con este asunto, nos encontramos con que en el Ordenamiento Jurídico español, por una parte, se niega jurisprudencialmente la posibilidad de inscribir la filiación de los nacidos en el extranjero en virtud de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres comitentes, como se aprecia en el *iter* judicial del caso que resuelve finalmente el Auto del TS de 2 de febrero de 2015, pero, por otra parte, y simultáneamente a estas resoluciones judiciales, la DGRN ha dictado la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y la Circular de 11 de julio de 2014 que permiten dicha inscripción, a pesar de la constante manifestación por parte de los Tribunales de su incompatibilidad con el cumplimiento del orden público internacional español, con el argumento o finalidad de proteger el interés superior del menor en estos casos.

1.5. *Auto Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015:*

Tras la STS nº 835/2013 de 6 de febrero y las sentencias dictadas por el Tribunal

³⁵ “La DGRN dicta Resolución remitiendo a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” LA LEY Derecho de familia, Editorial LA LEY.

http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIji9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgeplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9-fB8_IorZ7LMXpzv07H967-Dg4S-8zOumqJaf_WRxkS_bHH8X59dPq-mb61X-2XIWNvkvXGRtm9efPX_-LFvoH79Xfv3Zq9OfPHv95vgX5pOqehtA_f0V2v8DtLS57m4AAAA=WKE Consultado: 9/04/2015

<http://www.ical.es/actualidad/noticias/la-dgrn-remite-a-los-criterios-establecidos-por-la-instruccion-de-5-de-octubre-de-2010-para-la-inscripcion-registral-de-los-ninos-nacidos-de-ventre-de-alquiler/1583>

³⁶ En este sentido, VELA SÁNCHEZ, J. *op.cit. supra* nota 8.

Europeo de Derechos Humanos³⁷, se promovió incidente de nulidad de actuaciones ante la Sala de lo civil del TS, cuyo suplico solicitaba la anulación de la Sentencia dictada el 6 de febrero de 2014 por vulnerar derechos fundamentales de los recurrentes. Además, se solicitó que se dictase otra sentencia en reparación de tal derecho, en la cual se acordara la estimación del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AP de Valencia Sección 10ª nº 826/2011, de 23 de noviembre de 2011, se anulara la misma, y se mantuvieran las inscripciones registrales de acuerdo con lo establecido por la DGRN.

En el planteamiento del incidente se alega que la sentencia del TS ha vulnerado tres derechos fundamentales: a) el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, b) el derecho a la igualdad sin discriminación, tanto de los menores en cuanto a la no discriminación por razón de nacimiento como de los padres, en cuanto a la no discriminación por razón de su orientación sexual, y c) el derecho a la intimidad familiar, en cuanto al derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida.

Respecto a la vulneración del primer derecho alegado, los recurrentes manifiestan la vulneración de las reglas sobre la prueba y la carga de la prueba e incongruencia debido a que opinan que el tribunal parte de la constancia de unos hechos cuya existencia no se ha probado y que ha desviado el debate hacia las consecuencias de la ilicitud en España de la gestación por sustitución. El Auto del TS expresa que los solicitantes de nulidad de actuaciones no pueden alegar una denegación de tutela judicial efectiva ya que han admitido los referidos hechos, el nacimiento de los menores mediante un contrato de gestación por sustitución, y a su vez, tenían en su poder los documentos acreditativos de este hecho por lo que serían responsables de la no acreditación de los mismos. Respecto a la incongruencia alegada, el Auto expone que no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva que el tribunal resuelva la cuestión de un modo diferente a cómo la parte pretendió que lo fuera.

³⁷Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nº 65192/11, 26/06/2014. [JUR 2014\176908]; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nº 65941/11, 26/06/2014. [JUR 2014\176905]; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recurso nº 25358/12, 27/01/2015. [JUR 2015\24184].

En relación con el derecho a la igualdad en las dos vertientes expuestas, el Auto declara que la prohibición de discriminación por razón de filiación no obliga en todo caso a reconocer la filiación que ha sido reconocida por ordenamientos extranjeros, y que la pretendida discriminación frente a parejas heterosexuales u homosexuales femeninas no concurre en este caso, ya que la razón de la decisión de no reconocer la filiación de ambos varones en relación con los menores se debe a las circunstancias de la gestación de los menores.

Por último, respecto al derecho a la intimidad familiar, el Tribunal argumenta en este Auto que al igual que todos los derechos, no se trata de un derecho ilimitado y que la sentencia que se impugna en el actual incidente de nulidad de actuaciones acordó la adopción de las medidas pertinentes para otorgar la protección jurídica necesaria a los menores.

El TS realiza un análisis de la trascendencia de las sentencias dictadas el 26 de junio de 2014 (Labassee y Mennesson) en el caso objeto del incidente, mediante la comparación de ambos supuestos.

A pesar de que en ambos casos se deniega la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimientos que establecen la filiación de los niños con los padres comitentes, el Tribunal expone que existen importantes diferencias entre ambos casos, como por ejemplo, el hecho de que en los casos franceses existe una imposibilidad absoluta de determinar o de reconocer legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes. En el caso español, se permite la determinación de la filiación paterna de acuerdo con el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, y también se admite la adopción, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar “*de facto*”.

Otra de las diferencias más notables se refiere a los derechos sucesorios que ostentan los menores respecto de los padres comitentes, puesto que en Francia las niñas nacidas no pueden adquirir la nacionalidad francesa ni heredar a los comitentes como descendientes de

los mismos³⁸. Sin embargo, en España, una vez determinada la filiación de los menores por los métodos anteriormente expuestos, tendrán nacionalidad española y podrán heredar como hijos. Por último, ambas sentencias distan en la ponderación que realizan sobre los distintos derechos concurrentes y el interés superior del menor, que en Francia no puede invocarse este interés debido al fraude que entraña el contrato de gestación, y en España, tal y como afirmó la sentencia del TS, debe tenerse en cuenta para evitar la desprotección de los menores. Es decir, en Francia no se establece ningún tipo de alternativa para inscribir a los menores como hijos de los padres comitentes porque el origen de la filiación, basado en la gestación por sustitución, constituye un fraude. Sin embargo, en España, a pesar de que se deniega dicha inscripción directa, sí se permite el recurso a otras vías para lograr la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, ya que el mismo TS reconoce que su decisión puede causar inconvenientes a los menores implicados³⁹.

Estas cuestiones así suscitadas plantean además un problema-el de la nacionalidad de las menores y la determinación de la ley aplicable a sus derechos sucesorios-cuya resolución debe analizarse desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, por lo que aquí nos limitaremos a exponer las declaraciones formuladas por el TS en su Auto de 2015 al que nos

³⁸ Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nº 65192/11, 26/06/2014. [JUR 2014\176908]: “Par ailleurs, le fait qu’en droit français, les deux enfants n’ont de lien de filiation ni avec le premier requérant ni avec la deuxième requérante, a pour conséquence, du moins à ce jour, qu’elles ne se sont pas vues reconnaître la nationalité” française” (apartado 89);

“La Cour constate en outre que le fait pour les troisième et quatrième requérantes de ne pas être identifiées en droit français comme étant les enfants des premiers requérants a des conséquences sur leurs droits sur la succession de ceux-ci. Elle note que le Gouvernement nie qu’il en aille de la sorte. Elle relève toutefois que le Conseil d’État a souligné qu’en l’absence de reconnaissance en France de la filiation établie à l’étranger à l’égard de la mère d’intention, l’enfant né à l’étranger par gestation pour autrui ne peut hériter d’elle que si elle l’a institué légataire, les droits successoraux étant alors calculés comme s’il était un tiers (paragraphe 37 ci-dessus), c’est-à-dire moins favorablement. La même situation se présente dans le contexte de la succession du père d’intention, fût-il comme en l’espèce le père biologique. Il s’agit là aussi d’un élément lié à l’identité filiale dont les enfants nés d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger se trouvent privés”. (apartado 98).

³⁹ Fundamento Jurídico quinto de la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº. 835/2013, 06/02/2014. [RJ\2014\833]: “No obstante, este tribunal es consciente de que la decisión que ha adoptado no es intrascendente en este aspecto, y que puede causar inconvenientes a los menores cuya filiación se discute”.

referimos en este apartado.

El Tribunal concluye que en la STS nº 835/2014 de 6 de febrero se permite que la identidad de los menores quede debidamente establecida mediante los recursos que la legislación española otorga en estos casos, ya mencionados. Por ello, los menores nacidos como consecuencia de dichos contratos no se ven privados del derecho a establecer su identidad. El Tribunal entiende que los inconvenientes que puedan surgir debido al tiempo que transcurra hasta lograr la determinación de la filiación mediante estas alternativas que ofrece el Ordenamiento Jurídico español no pueden entenderse como un desequilibrio vulnerador del derecho a la vida privada de los niños.

Finalmente el Tribunal expresa en su Auto de 2 de febrero de 2015 al que nos referimos que, a pesar de que los promotores del incidente invocan el derecho a la vida privada de los menores, no se alegan los perjuicios concretos causados a la identidad de los mismos, y reitera que no se produce esa situación de incertidumbre como tiene lugar con los menores en Francia porque sus intereses se verán protegidos si los comitentes y los niños forman efectivamente un núcleo familiar “*de facto*”⁴⁰, y además existe la posibilidad de determinar la filiación biológica paterna de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁴¹.

Al igual que sucede en la sentencia del TS nº 835/2014 de 6 de febrero de 2014, se formula un voto particular contra dicho Auto suscrito por los magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. José Antonio Seijas Quintana, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol, los cuales discrepan respecto de la transcendencia de las tres sentencias dictadas por el TEDH en el caso que es objeto el incidente, expresando que el

⁴⁰Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº. 835/2013, 06/02/2014. [RJ\2014\833]. Fundamento jurídico sexto: “Además, como se ha dicho, en ese periodo transitorio regirá el criterio de protección de la unidad familiar “*de facto*” que al parecer existe, para el caso de que surjan problemas en relación a la situación de los menores”.

⁴¹ Artículo 10.3 Ley 14/2006: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

hecho de que el Ordenamiento Jurídico español ofrezca alternativas para determinar la relación de filiación entre las partes no justifica un tratamiento distinto entre ambos casos. Señalan a su vez que no debe hacerse una distinción entre la defensa de los derechos o intereses de los menores y de los padres comitentes, ya que todos integran el mismo núcleo familiar, y otorgan una especial relevancia a la incertidumbre jurídica que genera la situación de denegación de inscripción en tanto no se responda a la solicitud de la misma.

A la vista de esta situación, cabe afirmar que tras el Auto de 2015 la cuestión acerca de si deben o no aceptarse las inscripciones de nacimiento se mantiene controvertida.

2. La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil:

La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en *vacatio legis* actualmente⁴², recoge en su Título X las normas de Derecho Internacional Privado respecto a la inscripción de documentos judiciales extranjeros. Antes de proceder al análisis de la Ley es necesario diferenciar dos vías que ofrece para reconocer las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros, dependiendo de si la certificación deriva de una resolución judicial previa-en este caso se aplicará el artículo 98 apartado 2 y el artículo 96- o no deriva de una resolución judicial previa-en este otro caso se aplicará el artículo 98 apartado 1-.

En este sentido, el artículo 98.2 de la Ley expresa que las certificaciones que deriven de una resolución judicial extranjera previa serán título que tenga acceso al Registro, acceso que se debe llevar a cabo de acuerdo a los dos procedimientos que recoge el artículo 96 de

⁴² La Disposición adicional vigésima de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia establecía “La Ley 20/2011, de 21 de julio, en la parte que al día de la publicación del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, no hubiera entrado en vigor, lo hará el día 15 de julio de 2015”, en «BOE» núm. 252, de 17 de octubre de 2014, páginas 83921 a 84082. Sin embargo, a fecha de publicación de este Trabajo de Fin de Grado, se presentó una enmienda al Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que prevé la ampliación del plazo de entrada en vigor de la Ley 20/2011 del Registro Civil hasta el 30 de junio de 2017.

http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-281.PDF. Página 37.

dicha Ley (previa superación del trámite del exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 o ante el Encargado del Registro Civil). La aplicación de un procedimiento u otro dependerá de si la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción contenciosa o a uno de jurisdicción voluntaria. En el primer caso, la resolución extranjera deberá ser objeto de *exequatur*, de acuerdo con los artículos 951 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por el contrario, si la resolución judicial se ha dictado en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, deberá llevarse a cabo un control incidental por parte del encargado del Registro Civil acerca de si dicha resolución puede ser reconocida en España, control en el que deberá verificar lo dispuesto en el artículo 96.2 segundo inciso⁴³.

Como hemos expresado anteriormente, esta regulación en la Ley 20/2011 sigue la línea ya establecida por la DGRN en su Instrucción de 2010 pero añade un matiz de suma importancia, como es el requisito de que la inscripción de la resolución no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.

Puede afirmarse que la LRC confirma y reemplaza la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 en cuanto que regula la posibilidad de que las certificaciones que sean reflejo de una resolución judicial previa puedan constituir título válido para acceder al Registro⁴⁴, además de por el hecho de constituir una norma posterior y de mayor rango⁴⁵. Por lo tanto, puede decirse que a partir de la entrada en vigor de la Ley del Registro Civil dichas resoluciones judiciales deberán superar el citado control incidental que realiza el Encargado

⁴³ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en «BOE» núm. 175, de 22 de julio de 2011, páginas 81468 a 81502.: “a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados, b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española, c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento, d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.”

⁴⁴ VELA SÁNCHEZ, J. *op.cit. supra* nota 8

⁴⁵ MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, LUIS. F, “La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 18, 2014, pág. 321

del Registro Civil. Como novedad de la LRC en relación con la Instrucción encontramos lo regulado por el artículo 98 referente a la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros que no sean reflejo de una resolución judicial previa. Estas certificaciones serán título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que cumplen con determinados requisitos⁴⁶.

En los casos en que se admita el reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras mediante estos procedimientos y se proceda a la inscripción de la filiación en el Registro Civil por entender que no se vulnera el orden público internacional surge una cuestión de gran relevancia que es preciso tratar. Algunos autores hacen referencia a los efectos que conlleva esta inscripción, y es que en estos casos, estaríamos otorgando un trato diferenciado a las personas que, por un lado, pueden permitirse realizar un contrato de gestación por sustitución en el extranjero e inscribir la filiación que deriva del contrato en España, y por otro lado, a las personas que no pueden permitirse recurrir a dicha técnica en el extranjero, y que si pretendieran realizar este contrato en España, la inscripción de esa filiación surgida del contrato realizado en España se denegaría, lo que resulta discriminatorio⁴⁷. Esto nos lleva a concluir que el acceso a dicha técnica de reproducción asistida solo estará al alcance de las personas que económicamente se lo puedan permitir y ocasionaría de nuevo diversos problemas añadidos a los ya existentes.

Como se plantea por parte de la doctrina, puede suceder que cuando entre en vigor

⁴⁶ a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.

b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española.

c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.

d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

⁴⁷ VELA SÁNCHEZ, J. *op.cit. supra* nota 8.

PRESNO LINERA, M.Á., JIMÉNEZ BLANCO, P “Libertad, igualdad ¿maternidad?. La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia”, en *Revista española de Derecho Europeo*, nº 51, junio-septiembre 2014. Pág. 43.

dicha Ley no pueda aplicarse ninguno de estos tres procedimientos: el *exequatur* puede no prosperar por no tratarse de una obligación lícita en España (art. 954.3 LEC), el control incidental tampoco se admitiría porque puede considerarse su reconocimiento contrario al orden público español por parte del Encargado del Registro y tampoco procedería la aplicación del artículo 98.1 (certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros que no sean reflejo de una resolución judicial previa) porque no cumpliría con los dos últimos requisitos de ese artículo⁴⁸.

En relación con la Ley 20/2011, del Registro Civil, el actual Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la administración de justicia y del Registro Civil⁴⁹ modifica en su artículo segundo la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, concretamente el artículo 44 de la misma, entre otros. En lo que a los contratos de gestación por sustitución concierne, el apartado 7 del artículo 44 expresa lo siguiente:

“7. En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de *exequatur*”.

Como expresa la doctrina, la redacción de este apartado séptimo implica una mayor dificultad para el reconocimiento de la filiación entre los padres comitentes y el menor nacido en virtud de contrato de gestación por sustitución, así como para determinar cómo se debe

⁴⁸ MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, LUIS. F, *op.cit. supra* nota 44. Pág. 322.

⁴⁹[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-101-1.CODI.%29#\(Página1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-101-1.CODI.%29#(Página1))
Consultado:17/05/2015

interpretar dicho apartado en lo referente a la gestación por sustitución⁵⁰.

Como actualidad más novedosa, debe reseñarse que a fecha de 18/05/15 diversos medios se han hecho eco de una noticia en torno a la ley del Registro Civil⁵¹ conforme a la cual al parecer se ha propuesto prorrogar su entrada en vigor hasta junio de 2017. En este sentido, se han introducido dos enmiendas al Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la administración de justicia y del registro civil, las cuales afectan a la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, y también a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁵². La primera enmienda añade una nueva disposición derogatoria al Proyecto de Ley en la que se derogan las normas contrarias a lo previsto en el Proyecto y deroga también las disposiciones adicionales vigésima, vigesimoprimera, vigesimotercera, vigesimocuarta y vigesimoquinta de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que hacen referencia a la prórroga de la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, a la llevanza del Registro Civil, a otras modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, a la uniformidad de los sistemas y aplicaciones informáticas en las Oficinas del Registro Civil y a las funciones de los Juzgados y Tribunales en materia de Registro Civil

⁵⁰ PRESNO LINERA, M.Á., JIMÉNEZ BLANCO, P *op.cit. supra* nota 46. Pág. 43.

<http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro>

⁵¹ <http://www.conflegal.com/noticias/futuro-registro-civil-anos-resolverse-14052015-1914>. Consultado: 18/05/15

⁵² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2015 X Legislatura Núm. 281: pág. 37 “Nos parece oportuno —así hará el Grupo Parlamentario Popular, entiendo que de acuerdo con otros grupos de esta Cámara— presentar una enmienda al proyecto de ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que actualmente estamos tramitando, y cuyo plazo de enmiendas al articulado vence hoy, ampliando el plazo de entrada en vigor de la Ley 20/2011 del Registro Civil hasta el 30 de junio de 2017”. En http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-281.PDF

<http://www.pp.es/actualidad-noticia/pp-destaca-que-reforma-lopj-hara-una-justicia-mas-agil-moderna-racional-eficiente>

respectivamente⁵³.

La segunda enmienda añade un apartado al artículo segundo del Proyecto de Ley que hace referencia a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Esta enmienda modifica disposición final décima de la Ley 20/2011 referente a la entrada en vigor de la norma, y establece que la Ley del Registro Civil entrará en vigor el 30 de junio de 2017 salvo algunas excepciones⁵⁴.

Como puede apreciarse, se trata de un ejemplo de técnica legislativa de dudosa eficacia y operatividad, en que se llega a modificar sucesivamente una norma ya en la etapa anterior a su entrada en vigor, y se prolonga reiteradamente la fecha final de su *vacatio legis*. Todo ello no supone sino dejar pasar tiempo antes de establecer la solución al problema que nos ocupa, que es únicamente el de determinar el régimen aplicable a la inscripción registral española del nacimiento en el extranjero de los hijos habidos mediante contratos de gestación por sustitución, que en nuestro Ordenamiento se encuentran prohibidos.

⁵³ Enmienda número. De adición. Se añade una nueva disposición derogatoria al texto del Proyecto de Ley, que tendrá el contenido siguiente: “Disposición derogatoria única. 1. Quedan derogadas cuantas normas se opongan a lo previsto en la presente Ley. 2. Asimismo quedan derogadas las disposiciones adicionales vigésima, vigesimoprimera, vigesimotercera, vigesimocuarta y vigesimoquinta de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.” en http://www.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/15597/2063214-Enmiendas_Ley_18-2014_y_ampliacion_vacatio_legis_Ley_20-2011.pdf a través de <http://www.ccoojusticia.com/2015/05/enmiendas-presentadas-en-el-congreso-de.html>.

⁵⁴ Enmienda número. Al artículo segundo relativo a la modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. De modificación. Se añade un nuevo apartado al artículo segundo del Proyecto de Ley con el siguiente contenido: XXXX (nuevo). La disposición final décima de la Ley 20/2011 queda redactada del siguiente modo: “Disposición final décima. Entrada en vigor. La presente Ley entrará en vigor el 30 de junio de 2017, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava, las disposiciones finales tercera y sexta, que entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”. Sin perjuicio de lo anterior, entrarán en vigor el 15 de octubre de 2015 los artículos de la presente Ley modificados por el artículo segundo de la Ley (...) de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. Hasta la completa entrada en vigor de esta ley, el Gobierno adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles.”, en http://www.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/15597/2063214-Enmiendas_Ley_18-2014_y_ampliacion_vacatio_legis_Ley_20-2011.pdf a través de <http://www.ccoojusticia.com/2015/05/enmiendas-presentadas-en-el-congreso-de.html>.

3. Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria nº 121/000112⁵⁵:

El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (PLJV) fue presentado por el Gobierno ante las Cortes Generales el día 02/08/2014, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 05/09/2014⁵⁶. El artículo 12 de dicho proyecto incide también en el tema que nos ocupa, puesto que hace referencia a los efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras⁵⁷. El Título III del citado Proyecto hace referencia a los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia, como son la posibilidad de celebrar un matrimonio o tramitar un divorcio. Respecto a la incidencia de este Proyecto en los contratos de gestación por sustitución, tal y como expresa el artículo 12, los encargados de otorgar el reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados en el extranjero competen a los jueces y tribunales españoles y a los Encargados del registro público, por lo que, en principio los notarios no

⁵⁵BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-112-1 de 05/09/2014 http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-112-1.PDF Consultado el 17/02/2015.

⁵⁶[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437_next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=\(121%2F000112*.NDOC.\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437_next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=(121%2F000112*.NDOC.)) Consultado: 17/05/15.

⁵⁷ 1. Los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras que sean firmes surtirán efectos en España y accederán a los registros públicos españoles previa superación de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la legislación vigente.

2. El órgano judicial español o el Encargado del registro público competente lo será también para otorgar, de modo incidental, el reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras. No será necesario recurrir a ningún procedimiento específico previo.

3. El reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras sólo se denegará en estos casos: a) Si el acto hubiera sido acordado por autoridad extranjera manifiestamente incompetente. Se considerará que la autoridad extranjera es competente si el supuesto presenta vínculos razonables con el Estado extranjero cuyas autoridades han otorgado dicho acto. Se considerará, en todo caso, que las autoridades extranjeras son manifiestamente incompetentes cuando el supuesto afecte a una materia cuya competencia exclusiva corresponda a los órganos judiciales o autoridades españolas. b) Si el acto hubiera sido acordado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados. c) Si el reconocimiento del acto produjera efectos manifiestamente contrarios al orden público español.

tienen competencia en materia de reconocimiento de dichas resoluciones. Algunos autores opinan que, debido a la ilegalidad de dichos contratos de gestación por sustitución, el notario español debería negarse a autorizar la escritura del contrato, ya que es contrario al orden público interno⁵⁸.

4. Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución en España:

Ante la manifiesta necesidad de aportar seguridad jurídica y dotar de una regulación completa a este tipo de situaciones, se ha producido una Iniciativa Legislativa Popular que recoge una proposición de Ley de Gestación Subrogada cuyo texto aparece publicado en la página de la Asociación por la Gestación Subrogada en España⁵⁹. Esta proposición tiene como objeto regular la gestación por subrogación y para ello establece 11 artículos, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales que contemplan ciertos aspectos tales como las condiciones para la aplicación de la técnica, los requisitos que deben cumplir tanto la madre gestante como el o los progenitores subrogantes, la filiación de los hijos y su determinación, las diversas situaciones que pueden surgir en caso de premoriencia de alguna de las partes, y un Registro nacional de gestación por subrogación, entre otros.

Dicha propuesta limita el recurso a esta técnica a los progenitores subrogantes que hayan agotado o sean incompatibles con otras técnicas de reproducción asistida. Por ello, se excluye en dicha ILP los supuestos en los que se acude a dicha técnica por una mera cuestión estética o no médica. Además, en este supuesto entrarían también las parejas homosexuales varones ya que son incompatibles con cualquier otra técnica de reproducción asistida existente actualmente en nuestro país. Otro de los aspectos más reseñables de esta Iniciativa es el carácter altruista de los contratos de gestación por sustitución. El artículo 3 inciso segundo establece que la gestación subrogada nunca tendrá carácter lucrativo o comercial por

⁵⁸ MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, LUIS. F, “La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 18, 2014, pág. 325.

⁵⁹ <http://www.xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/4.html> Consultado: 17/05/15

lo que, al igual que sucede en el Reino Unido, quedarían prohibidos los contratos comerciales de gestación por sustitución y únicamente se establecería una compensación razonable para cubrir los gastos generales que conlleva dicha gestación y no una retribución por ello, aunque en determinados casos sea difícil controlar si en esa aportación se incluye una retribución.

Puede observarse que la propuesta no limita el número de veces que la mujer gestante puede realizar dicho contrato probablemente debido al carácter altruista del mismo, aunque sí sería conveniente limitarlo. Además, en el artículo 4, se establecen las condiciones que deben cumplir el progenitor o progenitores subrogantes (en el caso de parejas, las personas que la integren deberán estar unidas por el vínculo matrimonial, estar inscritas como pareja de hecho o mantener una relación análoga a las anteriores, deberán ser españoles o haber residido en España durante los dos años anteriores a la formalización del contrato de gestación por subrogación, o en caso de parejas, al menos uno de ellos debe cumplir este requisito).

El artículo 6 de dicho texto regula las previsiones mínimas que debe contener el contrato de gestación por sustitución⁶⁰. Además, establece que las partes en el contrato deberán otorgar ante notario, con carácter previo a cualquier aplicación de una técnica de reproducción humana asistida, así como que el contrato deberá contener el justificante de la inscripción de la mujer gestante en el Registro nacional y presentarlo ante el Registro nacional de gestación por subrogación. Por ello, dentro de los dos grandes sistemas que pueden regular dichos contratos, esta ILP opta por establecer un sistema de aprobación previa de los acuerdos de GS, mediante el que el/los progenitores subrogantes deben presentar dicho acuerdo ante un notario para que lo apruebe con anterioridad a la realización del tratamiento médico con el fin de que se verifique el cumplimiento de las condiciones requeridas⁶¹.

⁶⁰ a) Compensación económica que percibirá la mujer gestante por subrogación y forma y modo de percepción. b) Técnicas de reproducción humana asistida que se emplearán. c) Forma, modo y responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación y previsión del lugar del parto. d) Designación de tutor, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 223 del Código Civil. e) Detalles del seguro al que hace referencia el artículo 3.5 de la presente Ley.

⁶¹ LAMM.E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013. Pág. 250. La autora expone que también existe otro sistema para regular estos contratos, que consiste en “poner en marcha un procedimiento para que los comitentes

IV. PRINCIPIOS, BIENES JURIDÍCOS Y DERECHOS IMPLICADOS EN LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

1. El orden público español en los contratos de gestación por sustitución:

Tanto la sentencia de la Audiencia Provincial como la sentencia del TS establecen el orden público internacional español como un obstáculo para la inscripción de dicha relación de filiación, ya que la misma atentaría contra Derechos Fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución, como se ha expuesto anteriormente. Además, el Tribunal Supremo expresa que este método de reproducción humana asistida vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño, ya que existe la posibilidad de negociar con dichos bienes jurídicos, “posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ciudadanía censitaria, en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”.

Sin embargo, a pesar de establecer el orden público internacional español como límite para el reconocimiento de este tipo de resoluciones extranjeras, la sentencia de la AP⁶², en su Fundamento Jurídico nº3, hace referencia a la Instrucción que, cuando resolvió el recurso, ya había publicado la DGRN el 5 de octubre de 2010, la cual permite, previa acreditación de una serie de presupuestos, la inscripción del nacimiento de un menor en el Registro Civil español, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución. La pregunta que se plantea ante esta situación es la siguiente: ¿qué hubiera sucedido si en el proceso judicial se hubiera probado y acreditado el cumplimiento de todos los requisitos previstos en dicha Instrucción para su inscripción? ¿se hubiera admitido la inscripción por parte del Tribunal a pesar de que considera que se vulnera el orden público internacional

obtengan la paternidad legal del niño nacido como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución ex post facto. Aquí la atención se centra en la transferencia de la filiación posparto”.

⁶² Sentencia Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) nº. 826/2011, 23/11/2011. [AC\2011\1561].

español?

Por ello, actualmente, a pesar de que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 y en su Auto de 2 de febrero de 2015 confirma de nuevo la imposibilidad de la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 admite dicha posibilidad por lo que nos encontramos con una situación en la que se admite continuamente por parte de la DGRN aquello que se niega por parte de la jurisprudencia.

A su vez, ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina la determinación de filiación de dichos menores mediante ciertos mecanismos que el Ordenamiento Jurídico prevé como es el caso previsto en el apartado 3 del art. 10 LTRHA que recoge la posibilidad para el padre biológico en estos casos de interponer una acción de reclamación de la paternidad, y para el caso del cónyuge del padre biológico la posibilidad de iniciar el procedimiento de adopción. Ante esta situación, algunos autores critican que mediante dichas alternativas, que permiten eludir la prohibición de dichos contratos que la ley establece⁶³, se consigue el mismo resultado que el que se prohíbe en la legislación española (art. 10 LTRHA), pero dilatando y complicando el proceso de inscripción y eludiendo la prohibición de dicha inscripción de nacimiento que prevé la ley⁶⁴. A su vez, otros autores opinan que, a pesar de que el resultado sea el mismo, las vías para conseguirlo no son iguales⁶⁵.

En este sentido, el Tribunal Supremo manifiesta en su Auto de 2 de febrero de 2015 que no se anula la inscripción de filiación para obligar a los padres comitentes “a dar un

⁶³ SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. “Eficacia jurídico- registral del contrato de gestación subrogada”, en Base de datos Aranzadi. BIB 2011\1357. Publicación: Revista Aranzadi Doctrinal num.6/2011 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.

⁶⁴ VAQUERO LÓPEZ, C. “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015”, en Base de Datos Aranzadi BIB 2015\982. Publicación: Revista Aranzadi Doctrinal num.4/2015 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2015.

⁶⁵ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V. “Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo”, en *Revista Actualidad Civil* Núm. 7-8-Julio-Agosto 2014. Pág. 784.

rodeo, ‘cumplir unas formalidades’ y llegar al mismo sitio”, tal y como afirmó el mismo Tribunal en su sentencia de 6 de febrero de 2014. Con el fin de que se permita la inscripción debe partirse de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la posterior existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores porque la protección del interés superior de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California.

Sin embargo, como indica la AP en su sentencia de 23 de noviembre de 2011, lo que se deniega por parte de los tribunales es la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, ya que la filiación constituye la causa del contrato para los comitentes y el objeto de la prestación de la madre gestante (art. 1274 CC), por lo que se trata de un elemento esencial del contrato. Si la filiación es un elemento esencial de contrato de GS y dicha filiación se puede inscribir por otros medios, es evidente que dichos mecanismos constituyen un rodeo para conseguir el mismo resultado. Dicho rodeo se muestra claramente en la norma que posibilita la acción de reclamación de paternidad (art. 10.3 LTRHA), ya que aunque la base de la inscripción en dicho artículo es que existe un padre biológico, esa relación de filiación biológica también tiene su origen en un contrato de gestación por sustitución.

Como se desprende de las diferentes resoluciones judiciales que se han pronunciado en relación con este caso, el orden público internacional español y el principio de interés superior del menor han estado presentes en los diversos procedimientos, y ambos constituyen grandes argumentos con el fin de defender tanto la admisión de la inscripción como la denegación de la misma.

2. El interés superior del menor:

Tras delimitar por parte del Tribunal Supremo cual es el contenido del orden público internacional español, conviene definir qué se entiende por interés superior del menor. Si bien

es esta una cuestión que, por su enorme proyección, excede de los límites del presente trabajo, podemos apreciar que, en las resoluciones analizadas en esta ocasión, el concepto de interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, que según el Artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño merece una consideración primordial en todas las medidas que se tomen en relación con los niños, tanto por parte de los tribunales como del poder legislativo o cualquier medida que les afecte⁶⁶. En la Sentencia del TS de 2014, el Tribunal hace referencia a que la doctrina relaciona el concepto con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie. El TS añade que dicho interés superior debe concretarse considerando los valores de la sociedad, recogidos en las previsiones legales tanto nacionales como internacionales, en los principios que inspiran la legislación nacional, y considerando también los demás bienes jurídicos que concurren junto con el interés superior del menor. Es claro que, aunque dicho interés sea superior y de orden público, su concreción o interpretación no puede contrariar lo previsto expresamente en la ley, sino que sirve para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas.

De lo expuesto podemos deducir que nos encontramos ante una situación en la que por un lado, se defiende el orden público como argumento para impedir el acceso de la inscripción de la filiación que deriva de un contrato de gestación por sustitución, pero a su vez, tenemos el principio de interés superior del menor, que también forma parte del orden público internacional. Como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2015⁶⁷, la Constitución Española establece la obligación de los poderes públicos de asegurar

⁶⁶ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 en «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904. Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

⁶⁷ Sentencia Tribunal Supremo nº 76/2015, 17/02/2015. [RJ 2015\924].

la protección social, económica y jurídica de la familia y la de los menores, obligación que se incluye dentro de los principios rectores de la política social y económica y por ello dentro del Título I de la Constitución, que como estableció el TS, recoge los principios y valores que encarnan el orden público internacional. Pero además, dicha sentencia expresa lo siguiente “La respuesta, sin embargo, no puede ser de interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor; por lo que la Sala cuando ha tenido que acudir a negar o posibilitar la interpretación correctora de una norma que afectaba a alguna medida en la que se encontraba interesado un menor, se ha cuidado de tener en cuenta el interés superior de éste”.

3. El derecho a la reproducción:

Ante el creciente número de casos en los que se recurre a los contratos de GS, se ha planteado la posible existencia del derecho a la reproducción, derecho a procrear o derecho a la filiación biológica. El ejercicio de este derecho constituye el rasgo diferenciador de esta técnica respecto a la adopción, ya que mediante la GS los padres comitentes pretenden tener hijos genéticamente propios, ya sea de uno de los comitentes en caso de parejas homosexuales o heterosexuales o ya sea de ambos en parejas heterosexuales. En el caso de parejas homosexuales, la gestación por sustitución supone claramente la única posibilidad de tener descendencia genéticamente propia. Por ello, diversos autores creen necesario que esta técnica se restrinja a los casos en los que al menos uno de los padres comitentes aporte material genético⁶⁸, ya que en caso contrario, dicho contrato sí constituiría un claro fraude a la adopción.

Este derecho ya viene apuntado por el voto particular de la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 en el que el Magistrado expresa que “supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente

⁶⁸ DE TORRES PEREA, J.M. “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, en *Diario La Ley* nº 8281, Año XXXV, 28 Mar. 2014, ref. D^a-103, Pág. 1255

propio, como en este caso”. Aunque las posturas acerca del reconocimiento de tal derecho son variadas, algunos autores exponen que el derecho a procrear constituye una manifestación del derecho a la libertad, a fundar una familia, a la dignidad humana y el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad⁶⁹. Otros incluso llegan a afirmar que el derecho a la reproducción constituye un derecho fundamental inherente a la persona que debe ser garantizado⁷⁰. Sin embargo, estos derechos sexuales y reproductivos se consideran como salud sexual y reproductiva y no como Derechos Fundamentales⁷¹.

Como sabemos, los contratos de gestación por sustitución son declarados nulos de pleno derecho por la Ley 14/2006 por lo que la filiación se determina por el parto con la salvedad de la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. Sin embargo, el artículo 7 de dicha Ley fue modificado por la Ley 3/2007, que introdujo el apartado 3º de la misma con el siguiente tenor: “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. Algunos autores

⁶⁹ PRESNO LINERA, M.Á, JIMÉNEZ BLANCO, *op.cit. supra* nota 46 , pág. 22 “en el OJ español se ha admitido jurisprudencialmente que forma parte del libre desarrollo personal la libertad de procreación”

LAMM, E. “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf, pág. 7: “Importa una manifestación del derecho a procrear que está implícito en el derecho a la libertad, la dignidad humana, el derecho a fundar una familia y el libre desarrollo de la personalidad.

⁷⁰ LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013. Pág. 66: “El derecho a la reproducción, como derecho fundamental, es un derecho que posee la persona por el hecho mismo de ser persona, por su propia naturaleza y dignidad; derecho que le es inherente, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, ha de ser por ésta consagrado y garantizado”.

⁷¹ IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 835/2013 sobre la gestación por sustitución”, en *Revista de derecho y genoma humano*, nº 40, 2014, pág. 178. La autora plantea el reconocimiento o la importancia que tiene el derecho a la reproducción en el OJ español, ya que las posiciones son variadas: por un lado, expone que la reproducción es una necesidad básica de los seres humanos y que estos derechos sexuales y reproductivos que se protegen en diversos instrumentos jurídicos internacionales de los que es parte España son considerados o interpretados como salud sexual y reproductiva, no como verdaderos Derechos Fundamentales.

critican por qué dicho consentimiento es suficiente en el caso de un matrimonio compuesto por mujeres para determinar la filiación a favor de la mujer que no gesta y ese consentimiento no es posible para el hombre que no aporta material genético en el caso de parejas de homosexuales varones⁷².

Por lo tanto, podemos concluir que este artículo otorga relevancia al hecho del alumbramiento, solamente posible, en el caso de matrimonios homosexuales, en los matrimonios entre dos mujeres, y no tanto al hecho de la filiación biológica. Consecuentemente, nos encontramos ante una situación en la que un hombre y una mujer homosexuales, casados con sus respectivas parejas, aunque sean ambos padres biológicos de sus hijos, sus cónyuges van a necesitar acudir a vías distintas para que se reconozca su filiación a favor del menor (cónyuge de la mujer, mediante consentimiento y cónyuge del varón, mediante adopción). En ambos supuestos se admite la inscripción a favor de las parejas homosexuales pero es evidente que en el caso de las mujeres homosexuales el procedimiento es mucho más sencillo.

⁷² GARCÍA ALGUACIL, M. J. “¿Incoherencia legislativa o despropósito judicial?: A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, en Base de Datos Aranzadi BIB 2014\1538; Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.3/2014 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014. Pág. 17: “*O porqué a la consorte de la mujer que gesta se le determina la filiación sobre la base del consentimiento prestado, y ese mismo consentimiento no vale igual para el varón, cónyuge del que aporta los gametos*”.

“el legislador estaba pensando, probablemente en que madre es la que da a luz, y en el caso de pareja de mujeres, en una de ellas concurre este requisito, mientras que en la pareja de hombres no es posible. De modo que, quizá, no se daba hablar de discriminación con respecto a la declaración de nulidad del contrato, pero sí en relación a la situación general establecida para estas parejas”.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V. “Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo”, en Revista Actualidad Civil Núm. 7-8-Julio-Agosto 2014. Pág. 783.

V. CONCLUSIÓN:

Tras haber analizado la situación jurídica en la que se encuentran los españoles que deciden recurrir a esta técnica de reproducción asistida, las resoluciones judiciales de los tribunales españoles que se han pronunciado en relación a estos contratos y la doctrina española, queremos poner de manifiesto la imperante necesidad de una regulación legislativa de dicha materia en nuestro Ordenamiento Jurídico, una regulación que aporte la debida seguridad jurídica a estas familias que recurren a los contratos de gestación por sustitución y que proteja los derechos de las personas implicadas.

No nos estamos refiriendo a una necesidad de admitir los contratos de gestación por sustitución, de permitir su práctica en España, sino a la necesidad de una legislación que aborde los inexorables efectos que dichos contratos, celebrados en el extranjero, producen en España, aun cuando su práctica aquí esté prohibida. La prohibición de celebración de estos contratos no impide la existencia de situaciones jurídicas creadas en el extranjero que desplieguen todos sus efectos en nuestro país. Es por dichas razones por las que el recurso a este tipo de contratos no puede ser ignorado por el legislador, ya que existe un número cada vez mayor de parejas y personas deciden recurrir a dicha técnica de reproducción asistida para ver satisfecho su deseo de tener un hijo biológico sin que las autoridades españolas puedan impedirlo.

A su vez, esta necesidad de que exista en España una regulación completa y clara sobre los efectos y el reconocimiento de estos contratos en España se debe, por un lado, a la manifiesta y constante contradicción entre la jurisprudencia y la Dirección General de los Registros y del Notariado, y por otro, a la superación por parte de la realidad familiar y social al Derecho, que se ha visto obsoleto ante esta reciente y cada vez más frecuente práctica. Por todo ello, consideramos altamente reprobable la vacilación y enorme demora del legislador a la hora de abordar esta cuestión en su sede propia, que es la legislación del Registro Civil.

VI. BIBLIOGRAFÍA:

Manuales:

- CALVO CARAVACA, A-L, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*. Volumen I, Comares, Granada décimo cuarta edición 2013-2014.
- CALVO CARAVACA, A-L, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*. Volumen II. Comares, Granada, 2014. 15º Edición
- LAMM. E, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona 2013

Artículos de revistas y publicaciones:

- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2259>
- BAUTISTA, J., “Maternidad subrogada”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 815/2011. BIB 2011\274.
- BEORLEGUI LOPERENA, A., “La maternidad subrogada en España”, en *Academica-e, repositorio institucional de la Universidad Pública de Navarra*. Trabajo Fin de Master de Acceso a la Abogacía. Febrero 2014
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Hijos made in California”, en *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 3/2009. BIB 2009\411.
- BERTI DE MARINIS, G. “La maternità surrogata nell’interpretazione della Corte EDU nella sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia”, en *Instituto de Derecho Iberoamericano (IDIBE)*.

(Texto completo en: <http://idibe.org/2015/05/26/maternita-surrogata-interpretazione-corte-edu/>).

- BLANCO.MORALES LIMONES, P., “Los vientres de alquiler”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* num.881/2014. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014. BIB 2014\961.
- CALVO CARAVACA, A-L, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol.1, nº 2, 2009, págs.. 294-319,
- CALVO CARAVACA, A-L, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 Octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, en *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 3, nº 1, Marzo 2011
- DE TORRES PEREA, J-M-. “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, en *Diario La Ley* nº 8281, Año XXXV, 28 Mar. 2014, ref. D^a-103
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013”, en *Diario La Ley* nº8273, Año XXXV, 18 Mar. 2014, ref.^a D.89.
- FLORES RODRÍGUEZ, J., “Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida”, en *Actualidad Civil*, núm. 5-Mayo 2014.
- FLORES RODRÍGUEZ, J., “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa”, en *Diario La Ley* nº 8363, Año XXXV, 28 Jul. 2014, ref-D-255.
- GARCÍA ALGUACIL, M.J., “¿Incoherencia legislativa o despropósito judicial?: A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.3/2014, parte Comentario. [BIB 2014\1538]

- HUALDE MANSO, T., “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.10/2012. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012. [BIB 2012\132].
- IGAREDA GONZÁLEZ, N., “La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 835/2013 sobre la gestación por sustitución”, en *Revista de derecho y genoma humano*, nº 40, 2014
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., “Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo”, *Actualidad Civil* , núm. 7-8-Julio-Agosto 2014
- LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, en *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3/2012.

(Texto completo: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf)

- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.F., “La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 18, 2014
- PANIZA FULLANA, A., “Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm.1/2014. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014. [BIB 2014\841].
- PRESNO LINERA, M.A., JIMÉNEZ BLANCO, P. “Libertad, igualdad ¿maternidad?. La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia”, en *Revista española de Derecho Europeo*, nº 51, junio-septiembre 2014.
- RUBIO TORRANO, E., “Inscripción como hijos de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución”, en *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2011. [BIB 2010\2505].

- SALAS CARCELLER, A., “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* , núm. 10/2011. [BIB 2010\2946].

- SÁNCHEZ MORALEDA, A., “La determinación de la filiación mediante gestación por sustitución reconocida en el Derecho Internacional Privado español”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* , núm.9/2014. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014. [BIB 2013\2707]

- SÁNCHEZ MORALEDA, A., “La inscripción de los hijos de españoles nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la Sentencia TS de 6 de febrero 2014”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.1/2014. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2014. [BIB 2014\852].

- SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A., “Eficacia jurídico- registral del contrato de gestación subrogada”. *Revista Aranzadi Doctrinal* num.6/2011 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011, [BIB 2011\1357]

- VAQUERO LÓPEZ, C., “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal* , núm.4/2015, parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2015 [BIB 2015\982]

- VELA SÁNCHEZ, A.J., “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución pueden ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley* núm. 8415, Año XXXV, 6 Nov 2014.

- VELA SÁNCHEZ, A.J., “los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014), en *Diario La Ley*, núm. 8279, Año XXXV, 26 Mar. 2014, ref.^a D-99.

- VELA SÁNCHEZ, A.J, “el interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, en *Diario La Ley* núm. 8162, Año XXXIV, 3 Oct. 2013, ref.^a D-333.

- VELA SÁNCHEZ, A.J, “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, en *Diario La Ley*, nº 8457, Sección Doctrina, 13 de Enero de 2015, Año XXXVI, Editorial La Ley. La Ley 9255/2014.

- “La DGRN dicta Resolución remitiendo a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”
LA LEY Derecho de familia, Editorial LA LEY, en

http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIJi9tynt_SvVK1-

[B0oQiAYBMk2JBAE0zBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--](http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAE0zBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--)

[999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9-fB8_IorZ7LMXpzv07H967-](http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIJi9tynt_SvVK1-999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9-fB8_IorZ7LMXpzv07H967-)

[Dg4S-8zOumqJaf_WRxkS_bHH8X59dPq-mb61X-2XIWNvkvXGRtm9efPX_-](http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIJi9tynt_SvVK1-Dg4S-8zOumqJaf_WRxkS_bHH8X59dPq-mb61X-2XIWNvkvXGRtm9efPX_-)

[LFvoH79Xfv3Zq9OfPHv95vgX5pOqehA_f0V2v8DtLS57m4AAAA=WKE](http://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIJi9tynt_SvVK1-LFvoH79Xfv3Zq9OfPHv95vgX5pOqehA_f0V2v8DtLS57m4AAAA=WKE)

(Las referencias citadas en resoluciones y en la legislación corresponden a la base de datos Aranzadi Digital).

Resoluciones judiciales:

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nº 65192/11, *Menesson V Francia*, 26/06/2014, [JUR 2014\176908].

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nº 65941/11, *Labassee V Francia*, 26/06/2014; [JUR 2014\176905].

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nº recurso 25358/12, *Paradiso Campanelli V Italia*, 27/01/2015, [JUR 2015\24184].

Sentencia Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, nº. 826/2011, de 23 de noviembre de 2011 [AC\2011\1561].

Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, nº. 835/2013, de 6 de febrero de 2014, [RJ\2014\833].

Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), asunto C-353/06, de 14 de octubre de 2008, [TJCE 2008\235].

Sentencia Juzgado de Primera Instancia de Valencia nº 193/2010, de 15 de septiembre de 2010, [AC 2010\1707].

Auto Tribunal Supremo, recurso nº 245/2012, de 2 de febrero de 2015, [RJ 2015\141].

Sentencia Tribunal Supremo nº 76/2015, de 17 de febrero de 2015, [RJ 2015\924].

Legislación:

El Reglamento (CE) Nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000, [LCEur 2003\4396].

Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), [LCEur 2008\1070].

Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, en «BOE» núm. 151, de 10 de junio de 1957, páginas 372 a 379, (BOE-A-1957-7537).

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006, páginas 19947 a 19956, (BOE-A-2006-9292).

Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, en «BOE» núm. 252, de 17 de octubre de 2014, páginas 83921 a 84082, (BOE-A-2014-10517).

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en «BOE» núm. 175, de 22 de julio de 2011, páginas 81468 a 81502, (BOE-A-2011-12628).

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904, (BOE-A-1990-31312).

Otras resoluciones:

Circulaire 25 janvier 2013 délivrance des certificats de nationalité française-convention de mère porteuse- Etat civil étranger:, en <http://actualitesdudroit.lamy.fr/Portals/0/Circulaire%2025%20janvier%202013.pdf>

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 18/02/2009 [RJ 2009\1735].

Resolución DGRN núm. 1/2011, 12/12/2011, [JUR 2012\307191].

Resolución DGRN núm. 48/2013, 15/04/2013, [JUR 2013\327711].

Recursos digitales:

<http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro>

<http://www.boe.es/>

<http://actualitesdudroit.lamy.fr/Portals/0/Circulaire%2025%20janvier%202013.pdf>

http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=F4DDBF1E707B0C29EB554551D45803D6.tpdila11v_3?cidTexte=JORFTEXT000000275701&idArticle=LEGIARTI000006284888&dateTexte=20061116

www.congreso.es

<http://www.conflegal.com/noticias/futuro-registro-civil-anos-resolverse-14052015-1914>

<http://www.pp.es/actualidad-noticia/pp-destaca-que-reforma-lopj-hara-una-justicia-mas-agil-moderna-racional-eficiente>

http://www.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/15597/2063214-Enmiendas_Ley_18-2014_y_ampliacion_vacatio_legis_Ley_20-2011.pdf

<http://www.ccoojusticia.com/2015/05/enmiendas-presentadas-en-el-congreso-de.html>

<http://www.xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/4.html>

<http://www.indret.com>