



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado

Presentado por:

Natalia García Berrocal

Tutelado por:

Diana Gluhaia

Valladolid, Julio de 2020

RESUMEN

La gestación por sustitución ha propiciado una nueva realidad social llena de controversias que lleva necesitando en nuestro país una respuesta legislativa desde hace años. El objetivo de este trabajo es comprender la situación actual en España y los problemas que conlleva desde la perspectiva del DIPr. A pesar de ser un contrato considerado nulo de pleno derecho por nuestra legislación, parejas españolas viajan cada año a países donde goza de legalidad para llevarlo a cabo. Ante la falta de actuación del legislador, es fundamental el estudio de la jurisprudencia y de la doctrina de la DGRN. Una vez hecha la comparación de la situación legal entre los diferentes países, estudiaremos detalladamente el interés superior del menor y las posibles vulneraciones de derechos que pueden llegar a sufrir estos menores. Por último, examinaremos más en profundidad el sistema de reconocimiento y ejecución en nuestro país de las resoluciones extranjeras.

PALABRAS CLAVE: gestación por sustitución, interés superior del menor, orden público español, Registro Civil español, Dirección General de Registros y del Notariado.

ABSTRACT

Gestational surrogacy brought about new social reality full of controversies that has been in need of a legislative response in our country for years. The objective of this project is to understand the current situation of gestational surrogacy in Spain and the problems that it entails from the perspective of the Private International Law. In spite of the fact that it is a null and void contract, Spanish couples travel to countries where this contract has legal status to carry it out every year. Due to lack of action of the legislator, the study of the jurisprudence and the doctrine of the General Directorate of Registries and Notaries is essential. Once we make a comparison between the legal situation of this contract in the different countries, we will study in detail the child's best interests and the possible violations of rights that these children may suffer. Finally, we will examine in more depth the system of recognition and execution in our country of the foreign resolutions.

KEY WORDS: gestational surrogacy, the child's best interests, Spanish public order, Spanish civil registration, General Directorate of Registries and Notaries.

LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

AP: Audiencia Provincial

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

DGRN: Dirección General del Registro y del Notariado

DIPr: Derecho Internacional Privado

EEUU: Estados Unidos

INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social

LCJIMC: Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LGSS: Ley General de la Seguridad Social

LJV: Ley de Jurisdicción Voluntaria

LRC: Ley del Registro Civil

MF: Ministerio Fiscal

RD: Real Decreto.

RRC: Reglamento del Registro Civil

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TC: Tribunal Constitucional

TRLGSS: Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

UE: Unión Europea

CONTENIDO

RESUMEN	1
PALABRAS CLAVE:	1
ABSTRACT	1
LISTA DE ABREVIATURAS Y SIGLAS	2
INTRODUCCIÓN	6
1. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL	8
1.1. Delimitación conceptual y modalidades.....	8
1.2. Regulación legal.....	10
1.3. Turismo reproductivo y problemas con el Derecho Internacional Privado	13
1.4. Doctrina de la DGRN y jurisprudencia	16
2. SITUACIÓN LEGAL EN LOS DIFERENTES PAÍSES	25
2.1. Planteamiento general.....	25
2.2. Posturas en contra	27
2.3. Posturas a favor	28
2.3.1. Caso especial de Estados Unidos	31
2.3.2. Caso especial de Ucrania.....	33
3. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	36
3.1. Concepto, naturaleza y normativa	36
3.2. Interés superior del menor frente al orden público español.....	39
3.3. Situaciones de desamparo de los menores	42
3.3.1. Denegación de la filiación y las posibles vulneraciones de derechos	42
3.3.2. Prestaciones parentales.....	45
4. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES EXTRANJERAS SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA	48
4.1. Función calificadora del Cónsul en la inscripción.....	48
4.2. Homologación de las resoluciones extranjeras	52
4.3. Inscripción de la filiación sin sentencia judicial.....	56

5. CONCLUSIONES.....	59
6. BIBLIOGRAFÍA.....	62
7. FUENTES NORMATIVAS	64
8. FUENTES JURISPRUDENCIALES	67
9. PÁGINAS WEB.....	68
10. ANEXO.....	70

INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución, gestación subrogada o también comúnmente conocida como vientres de alquiler, es una de las técnicas de reproducción humana asistida sometidas a mayor debate en la actualidad debido al auge que está experimentando estos últimos años que hace que estemos ante una nueva realidad social innegable que está envuelta en una gran controversia debido a los componentes éticos, morales, religiosos y políticos que implica.

El auge de esta técnica tiene su origen en distintos factores. Uno de estos factores es el cambio social que ha experimentado la institución de la familia, siendo cada vez más las parejas homosexuales o las personas solteras quienes quieren formar una familia. Otro factor relevante es el hecho de que cada vez las personas decidan tener hijos a una mayor edad lo que hace más complicado el embarazo convencional por los riesgos que puede conllevar. A su vez, las dificultades que entrañan otros procesos para formar una familia como puede ser la adopción hacen convertirse esta opción a su vez como la más viable.

Las personas que están a favor de este contrato abogan por el derecho que tienen estas personas que no pueden gestar a un hijo a formar a una familia con los mismos derechos que los demás. No obstante, esta postura se encuentra con la oposición de una gran parte de la sociedad que considera este contrato como una forma de comercialización del cuerpo de la mujer que convierte de esta forma al niño en una mercancía.

Esta contraposición de posturas se materializa en las diferentes regulaciones de la gestación por sustitución que poseen los países. El problema que se produce aquí es que los países que no han legalizado este contrato, como es el caso de España, se encuentran con un fenómeno conocido como “turismo reproductivo”, cada vez más frecuente, que consiste en que los padres nacionales de dichos países acudan a celebrar este contrato a otro país donde goza de legalidad.

Estos padres cuando regresen a su país de origen querrán inscribir a su hijo en el registro y que se le reconozca su filiación a todos sus efectos a partir de una resolución extranjera del otro país que acredita la filiación. Este país se encuentra ante la situación de qué regulación se ha de aplicar un menor nacido mediante un contrato considerado nulo por su propio ordenamiento.

El objetivo de este trabajo por tanto es exponer cual es realmente la situación actual de la gestación por sustitución en nuestro país en relación con el Derecho Internacional Privado y poner de relieve las situaciones de inseguridad jurídica y vulneración de derechos que

origina la inexistencia de una regulación legal debida a la pasividad de nuestro legislador que hace cada vez más patente la necesidad de una respuesta legislativa. Para ello, se va a seguir una metodología teórica y práctica por lo que se va a hacer un estudio tanto de la doctrina como de la jurisprudencia y de las resoluciones DGRN, dando un enfoque comparativo con la situación legal de otros países.

Por consiguiente, la primera parte del trabajo abordará la situación específica de esta figura en España siendo necesario hacer primero un estudio del concepto y sus modalidades con el ulterior estudio de la legislación española aplicable y los problemas que suscitan en el DIPr. Vamos a examinar las sentencias más importantes de los tribunales españoles y las Instrucciones de la DGRN que en muchas ocasiones se encargan de completar el vacío legal existente en nuestro país.

En la segunda parte del trabajo analizaremos la legislación existente sobre la gestación por sustitución de otros países. Como podremos observar *a posteriori*, mientras que países como Estados Unidos, Ucrania, Reino Unido han legalizado esta técnica, cada uno con diferentes matices; otros países de nuestro entorno como Alemania o Italia la prohíben expresamente.

En la tercera parte del trabajo examinaremos el concepto del interés superior del menor, naturaleza y normativa. Posteriormente, se dará a conocer las distintas situaciones de desamparo jurídico que sufren estos menores. El hecho de reconocer la filiación de estos hijos se produce en muchos casos porque aun siendo un contrato no permitido por la legislación está en juego el interés superior del menor, el cual debe ser protegido por encima de los intereses estatales.

La cuarta parte del trabajo consistirá en el reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras sobre la gestación por sustitución en España. Se conocerá más a fondo como se realiza la inscripción en el Registro Civil español de estos menores y la función calificadora del Cónsul. Ante la falta de regulación legal, las instrucciones de la DGRN y la jurisprudencia juegan un papel fundamental en esta parte.

Finalizaremos con unas conclusiones que persiguen el objetivo de vislumbrar cuales son las mejores soluciones posibles que podrían ser aplicables a nuestro país y de esta forma acabar con el desamparo jurídico que sufren los menores nacidos por esta técnica de reproducción humana asistida.

1. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

1.1. Delimitación conceptual y modalidades

Lo primero que nos encontramos es que esta técnica de reproducción humana asistida tiene distintas denominaciones y por ello debemos aclarar porque la doctrina escoge el término “gestación por sustitución” para denominar a este fenómeno y no otros términos conocidos como son “maternidad subrogada” o “vientres de alquiler”. La denominación “maternidad subrogada” no es adecuada debido a que es la gestación lo que se subroga y no la maternidad, la gestante gesta para otros; mientras que la denominación vientres de alquiler tampoco es adecuada debido a que conlleva un contenido patrimonial y deja de lado cuando la gestación se realiza de forma altruista.¹

La primera definición de la gestación por sustitución la podemos extraer del artículo 10.1 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida² que define esta figura como *“contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”*.

Otra definición podemos extraerla de la sentencia de la AP de Valencia n.º 826 de la Sección 10.^a, de 23 de noviembre de 2011³, comúnmente aceptada por la doctrina, según la cual la gestación por sustitución *“consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”*.⁴

Podemos advertir, por tanto, que es parte esencial de este contrato que la mujer gestante renuncie a todos los derechos sobre el hijo, especialmente a la filiación. El tradicional principio romano *“mater semper certa est”* que vinculaba la determinación legal de la filiación al

¹ NOTRICA F.: “La figura de la gestación por sustitución”, *Revista IUS*, Vol.11, N. 39, enero-junio 2017, pp. 5 - 6.

² Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126 de 27 de Mayo de 2006).

³ SAP Valencia n.º 826 de la Sección 10.^a, de 23 de noviembre de 2011, CENDOJ n.º 46250370102011100707.

⁴ VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, N. 14, 2014, pp. 900 - 903.

hecho biológico del parto se ha visto rebasado por el principio *“mater non semper certa est”* debido a que la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida ha llevado a diversos ordenamientos establecer que la madre biológica y la madre legal no tienen por qué coincidir.

Sin dejar de lado el principio de veracidad biológica, entran en juego otros principios como “el principio de interés superior del menor”. Surge un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las partes sobrepasando el anterior modelo de filiación que se concebía como un elemento indisponible. Sin embargo, el principio *“mater semper certa est”* sigue siendo el criterio común para determinación de la filiación en países como España, Francia o Italia donde la gestación por sustitución es una práctica prohibida.⁵

Las diferentes definiciones que podemos encontrar nos ponen de relieve que existen diferentes modalidades de esta figura, en concreto, dos principalmente:⁶

- Modalidad tradicional, plena o total (traditional surrogacy): la gestante aporta sus propios óvulos que van a ser fecundados por el espermatozoides del padre comitente o de un donante por lo que la madre gestante es la madre biológica. Normalmente, tendrá lugar mediante inseminación artificial (IA).
- Modalidad gestacional o parcial (gestational surrogacy): la gestante no aporta sus propios óvulos, sino que será a partir de los óvulos de la madre comitente o una mujer relacionada con ella o de una donante que serán fecundados por el espermatozoides del padre comitente o de un donante. Esta modalidad se realizará mediante la fecundación “in vitro” (FIV) que tiene lugar en un laboratorio para su posterior transferencia en el útero de la madre gestante.

Actualmente, la modalidad gestacional es la más utilizada hoy en día debido a sus ventajas frente a modalidad tradicional en la cual la madre gestante es la madre biológica y esto puede acarrear problemas posteriores de reconocimiento de filiación del menor en los

⁵ VILAR GONZÁLEZ, S.: “La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación por sustitución subrogada en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2019, Vol. 11, N. 2, pp. 816 - 818.

⁶ FARNOS AMOROS. E.: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *InDret, Revista para el análisis del derecho* 1/2010, Enero 2010, pp. 5 - 6.

ordenamientos jurídicos de distintos países debido a la equiparación de madre biológica y madre legal.

Estas dos modalidades a su vez pueden tener llevarse a cabo por dos tipos de contrato:⁷

- Contrato oneroso: existe una contraprestación económica por parte de los padres comitentes a favor de la mujer gestante que puede ser en concepto de asistencia médica durante el embarazo o ausencias laborales durante este, entre otros.

- Contrato altruista: no existe una contraprestación por parte de los padres comitentes a favor de la mujer gestante por entenderse que esta lo realiza como un acto de mera solidaridad. No obstante, si podrá recibir una prestación económica por los gastos del embarazo y del parto. Esta modalidad está legalizada en algunos países europeos de nuestro entorno como podremos ver posteriormente en este trabajo.

1.2. Regulación legal

El derecho de familia ha experimentado diversos cambios debido a la aparición en los años 70 de las técnicas de reproducción humana asistida como consecuencia de los avances científicos para luchar contra los problemas de infertilidad.

España fue uno de los primeros países en legislar estas prácticas con la promulgación de la Ley 35/1998, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, una ley técnicamente muy deficiente, que fue modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre (actualmente derogada). Tanto en la Ley 35/1998 como en su posterior modificación se recoge específicamente la prohibición expresa de la gestación por sustitución. No obstante, el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida hizo necesario la promulgación de una nueva ley, en concreto, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida que establece el régimen legal vigente a día de hoy. La actual ley aunque introduce novedades sigue recogiendo la prohibición expresa de la gestación por sustitución.⁸

⁷ EMALDI CIRIÓN, A.: “La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley”, *ILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, N. 28, pp. 124 - 125.

⁸ GARCÍA RUIZ, M.-P. (Magistrada Especialista del Orden Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid). “Gestación subrogada: estado legal y jurisprudencia de la cuestión”, *Tribuna*, 5 de enero de 2018.

<https://elderecho.com/gestacion-subrogada-estado-legal-y-jurisprudencia-de-la-cuestion>

Concretamente, el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 establece que *“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”*. Posteriormente, en su apartado 2 establece que *“La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”*.

Parte de la doctrina defiende el encaje para este supuesto las infracciones y sanciones en esta materia recogidas en el Capítulo VII de la ley. El artículo 24 establece que serán sancionadas administrativamente las infracciones, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden. El artículo 26 recoge las diferentes infracciones considerando infracción grave *“La práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2”* donde entraría la práctica de la gestación por sustitución.⁹

Por su parte, el Código Penal no recoge sanciones relativas a este contrato aunque hay autores que encajan este supuesto en los artículos 220 a 222 establece las sanciones relativas a la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor. Concretamente, en el artículo 221.1 se recoge la sanción al supuesto de hecho de entregar un menor o descendiente a una persona sin relación de filiación o parentesco a cambio de una compensación económica, cuya finalidad última es establecer relación análoga a la de filiación eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción.

La ley española vemos por tanto que recoge la gestación por sustitución como una práctica prohibida y establece que los hijos nacidos por esta técnica seguirán la filiación de la madre gestante. No obstante, como veremos más adelante, esta prohibición parece estar en contradicción con la LEC y las instrucciones de la DGRN según las cuales si hay una resolución judicial extranjera acreditando la filiación admiten la inscripción en el registro de estos menores.

A pesar de todo esto, hay otra parte de la doctrina defiende que no existe la prohibición de este contrato porque entiende que no existen disposiciones sancionadoras en nuestro ordenamiento como tienen otros países y apoyándose en el artículo 10.3 de la ley 14/2006 cuando establece que *“Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico”* legitima al padre a reclamar su paternidad incluso cuando ha mediado este contrato.

⁹ ALZATE MONROY, P. (Abogada Doctora Derecho de Familia). “Madres de alquiler, ¿el fin justifica los medios?”, Entrevista sobre la Gestación por Sustitución, 24 de julio de 2009.

<https://www.am-abogados.com/blog/entrevista-sobre-la-gestacion-por-sustitucion/2028/>

Sin embargo, aun considerando que no hay sanciones penales, la nulidad de pleno derecho que recoge la ley es ya por sí misma una sanción civil.¹⁰

La realidad con la que nos encontramos durante estos últimos años es que se ha incrementado el número de parejas españolas que deciden irse a otro país donde este contrato está legalizado y nos encontramos con que la ley no regula estos supuestos. Esta situación ha incitado la acción de los poderes públicos. La Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados el 15 de septiembre de 2016 aprobó la Proposición No de Ley (nº 161/000114)¹¹ en la cual se mantenía la prohibición de la gestación por sustitución. Otro informe relevante fue el acordado por el Comité de Bioética de España el 16 de mayo de 2017¹² que sigue la línea de mantener su prohibición, no obstante, a su vez establece que deberá asegurarse la inscripción de la filiaciones de estos menores nacidos en el extranjero siguiendo la doctrina del TS con la finalidad de asegurar su protección. A pesar de la finalidad de protección de estos menores, la doctrina del TS sobre este aspecto, cuyo estudio tendrá lugar posteriormente, no es adecuada ya que establece trámites largos y costosos que dejan al menor en una situación de vulnerabilidad que podría evitarse.

En cuanto a la actividad de los grupos parlamentarios en estos últimos años, Ciudadanos registró una Proposición de Ley (nº 122/000117), 8 de septiembre de 2017¹³, cuyo objeto era regular el contrato de gestación por sustitución aplicando la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN pero que por el adelanto electoral no se llegó a tramitar.¹⁴ El grupo

¹⁰ DÍAZ FRAILE, J.-M. (Registrador de la Propiedad, Letrado adscrito de la DGRN, Catedrático de Derecho Civil). “Ponencia: Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. I Congreso Internacional de Derecho y Sociedad. Gestación por sustitución. Aspectos jurídicos y psicobiológicos”, Admin., 03 de diciembre de 2018.

<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/gestacion-por-sustitucion/>

¹¹ Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, relativa a los contratos de maternidad subrogada, núm. 161/000114, de 15 de septiembre de 2016 (BOCG-12-D-14, pp. 302 - 304).

¹² Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 16 de mayo de 2017, Comité de Bioética de España.

¹³ Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, núm. 122/000117, 8 de septiembre de 2017 (BOCG-12-B-145-1).

¹⁴ GARCÍA RUIZ, M.-P. (Magistrada Especialista del Orden Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid). “Gestación subrogada... ob. cit.

parlamentario registró una nueva Proposición de Ley (nº 122/000015), 16 de julio de 2019¹⁵, donde se introdujeron algunos cambios sobre la regulación de esta figura, no obstante, no ha contado con el apoyo de los demás partidos. Estas proposiciones de ley abogan por legalizar los contratos de gestación en su vertiente altruista, de forma parecida a países como Reino Unido y se establecen ciertos requisitos tanto para los padres comitentes como para la mujer gestante. Sin embargo, lo más criticable es que no se pronuncia sobre la inscripción de los menores nacidos en otros países donde el contrato si es legal, lo que a mi parecer, debería ser lo primero en abordar.

A pesar de los informes y las propuestas legislativas, la ley española sigue recogiendo la prohibición de este contrato y sigue sin regular los supuestos en los que interviene un elemento de extranjería por lo que las Instrucciones de la DGRN siguen encargándose de suplir ese vacío legal y cuyo estudio se llevará a cabo más adelante.

1.3. Turismo reproductivo y problemas con el Derecho Internacional Privado

La globalización en el ámbito médico tiene como consecuencia que haya personas que viajen a otro país para recibir algún tipo de asistencia sanitaria. Los dos principales motivos que mueven a estas personas son que los costes sanitarios sean inferiores en ese país o que el servicio que quieren recibir sea ilegal en su país de origen.¹⁶

Surge el fenómeno que conocemos como turismo reproductivo, que consiste en el desplazamiento que realizan las personas a otro país distinto, al que son nacionales para someterse a un tratamiento de reproducción humana asistida. En ocasiones el motivo del desplazamiento es obtener este servicio sanitario que es legal en el país de destino pero ilegal el país de origen como ocurre en el caso de la gestación por sustitución lo que acarrea distintos problemas entre ellos que pueda ser considerado como fraude de ley, cuestión que estudiaremos más adelante.¹⁷

<https://elderecho.com/gestacion-subrogada-estado-legal-y-jurisprudencia-de-la-cuestion>

¹⁵ Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, núm. 122/000015, 16 de julio de 2019 (BOCG-13-B-46-1).

¹⁶ GARCÍA AMEZ, J. y MARTÍN AYALA, M.: “Turismo reproductivo y maternidad subrogada”, *Revista DS: Derecho y Salud*, Vol. 27, N. Extra 1, 2017 (Ejemplar dedicado a: XXVI Congreso 2017: Derechos sanitario y ciudadanía europea: los retos) pp. 200 - 201.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 203 – 204.

Nos encontramos con la gestación por sustitución transfronteriza que de acuerdo con la definición de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado es el “*acuerdo celebrado entre uno o dos padres intencionales que residen en un Estado y una madre portadora que reside en otro Estado*”.¹⁸ Aquí entran en escena las normas de DIPr en materia de filiación como consecuencia de haber puntos de conexión con al menos dos sistemas jurídicos diferenciados.¹⁹

En este fenómeno transfronterizo tienen un papel muy importante los llamados “intermediarios” que son empresas que a cambio de una contraprestación económica asesoran a parejas interesadas en la gestación por sustitución para irse a otro país donde la práctica es legal. La mayor parte de las parejas interesadas son personas con altos ingresos económicos lo que ha incrementado la aparición de estas entidades. El vacío legal existente en países como es el caso de España proporciona un gran ámbito de actuación de estas donde el control sobre ellas es mínimo lo que conlleva la explotación y abuso sobre las madres gestantes que se encuentran en la mayor parte de los casos en países con pobreza cuyo incentivo es la necesidad económica que sufren.²⁰

Nos encontramos con la situación de que los nacionales que han ido a otro país quieren inscribir la resolución extranjera que establece la filiación del menor como su hijo y que como hemos reiterado en varias ocasiones, el DIPr español no regula los supuestos de gestación por sustitución transfronteriza. A pesar de ello, vamos a proceder al estudio de algunas normas del DIPr español que se consideran importantes para el caso. Primeramente, el artículo 9.4 del CC recoge la ley aplicable para establecer la filiación y establece que la filiación por naturaleza se regirá por “*la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de filiación*”. No obstante, esta regla no sería de aplicación en nuestro caso porque *el quid* de la cuestión no es determinar la filiación de estos menores sino si debe aceptarse e inscribirse en el Registro Civil español una filiación acreditada por una resolución extranjera. Para ello, debemos acudir al sistema de reconocimiento de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras del sistema español que estudiaremos más adelante.

Una parte de la doctrina considera que se está cometiendo un fraude de ley apoyándose en el artículo 12.4 del CC que establece que “*se considerará como fraude de Ley la utilización de una*

¹⁸ GONZALEZ MARTÍN, N. y MERCEDES ALBORNOZ, M.: “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, p. 163.

¹⁹ *Ibidem*, p. 168.

²⁰ GARCÍA AMEZ, J. y MARTÍN AYALA, M.: “Turismo reproductivo...”, *ob. cit.*, pp. 203 - 204.

norma de conflicto con el fin de eludir una Ley imperativa española". Al ser una técnica prohibida por una ley imperativa española, concretamente, la Ley 14/2006, los padres acuden a otro país donde es legal y usan esa norma como norma de cobertura y lograr de esa forma el resultado prohibido en nuestro ordenamiento.²¹

Así mismo, el artículo 12.3 del CC establece que *"en ningún caso tendrá aplicación la Ley extranjera cuando resulte contraria al orden público"*. Estamos ante una cláusula general que permite al juez no aplicar el derecho extranjero cuando considere contrario al orden público del foro y aplicar en consecuencia el derecho material español. Para entender que es el orden público señalamos la definición de PEREZ VERA, *"conjunto de normas y principios que, en un momento histórico determinado, reflejan el esquema de valores esenciales, a cuya tutela atiende de una manera especial cada ordenamiento jurídico concreto"*.²²

El contrato de gestación por sustitución no está permitido por nuestra legislación por lo que ante una resolución extranjera que acredite la filiación de un menor nacido en virtud de ese contrato se procedería a su denegación en la inscripción en el Registro civil español debido a que esa resolución extranjera produce efectos contrarios al orden público. Esta posición es compartida por gran número de autores y por el propio TS en la STS de 6 de febrero de 2014, según el cual la vulneración del orden público internacional en estos casos tiene lugar porque de aceptarse esta filiación estaríamos admitiendo que tanto la mujer gestante como el menor pueden ser mercancías; se admitiría una discriminación al solo poder permitirse unos pocos poder irse a otro país para someterse a esta técnica; y por último, estamos ante un fraude de ley debido a que los padres se han ido a otro país para eludir la aplicación de las normas españolas intencionadamente.²³

No obstante, esta interpretación de la vulneración del orden público español ha sido criticada por parte de la doctrina que entiende que los efectos legales de la resolución extranjera no vulneran el orden público internacional español. Por un lado, el orden público internacional debe operar de modo restrictivo y de forma excepcional a la hora de denegar una resolución extranjera. La valoración sobre si se ha producido una vulneración del orden público español

²¹ VILAR GONZÁLEZ, S.: "Situación actual de la gestación por sustitución", *Revista de Derecho UNED*, N. 14, 2014, pp. 909 - 913.

²² ABARCA JUNCO, A.-P., *El Derecho Internacional Privado*, Ed. UNED, 2018, p. 394.

²³ CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA CONZÁLEZ, J.: "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2015, Vol. 7, N. 2, pp. 71-74.

debe hacerse en cada caso concreto, no puede admitirse que en todos los nacimientos de menores en virtud de esta técnica se haya visto perjudicado la dignidad del menor y de la madre gestante. Por otro lado, el interés superior del menor es un principio esencial del orden público español cuya superioridad ante cualquier otro interés exige el reconocimiento de la resolución extranjera.²⁴

Dejando a un lado el debate doctrinal, lo cierto es que podemos advertir que la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, cuya entrada en vigor en su totalidad tendrá lugar el 30 de abril de 2021, y las Instrucciones de la DGRN permiten la inscripción de la sentencia extranjera que acredite la filiación de estos menores como veremos a lo largo del trabajo, lo que deja sin contenido la nulidad de este contrato que recoge el artículo 10 de la Ley 14/2006.²⁵

1.4. Doctrina de la DGRN y jurisprudencia

Las Instrucciones y Resoluciones de la DGRN suplen la ausencia de normativa legal ante los supuestos de gestación por sustitución con un elemento internacional, lo que no es sino sumamente criticable que un tema con tanta relevancia esté regulado por normas de carácter reglamentario tal como ha puesto de relieve la doctrina en diversas ocasiones.²⁶ Por esta razón vamos a proceder a su estudio junto con la jurisprudencia más relevante.

El motivo que ha llevado a la DGRN a tomar partido en el asunto es que cada vez más parejas españolas viajan a otro país donde este contrato goza de legalidad y una vez nacido el menor intentan conseguir un pasaporte para él para volver a España sin ser conscientes de los problemas que se van a encontrar a la hora de inscribir el nacimiento del menor en el registro. En muchas ocasiones estas familias se encuentran con la situación de que el Registro civil consular les niega la posibilidad de obtenerlo quedándose “atrapadas” en ese país durante largos periodos de tiempo. Debido a la situación la DGRN se ha visto obligada a dar algún tipo de solución guiándose por principio del interés superior del menor.²⁷

²⁴ *Ibidem*, pp. 76 - 84

²⁵ VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución..., ob. cit., pp. 909 - 913.

²⁶ SERRA ALCEGA, M.: “Reconocimiento de la maternidad subrogada en el derecho internacional privado español”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, N. 32, 2015, p. 289.

²⁷ VILAR GONZÁLEZ, S.: “La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación por sustitución subrogada en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2019, Vol. 11, N. 2, pp. 818 - 822.

Primeramente, vamos a mencionar la doctrina de la DGRN previa a la Resolución del 18 de febrero de 2009. Las resoluciones e instrucciones estaban guiadas por el principio de veracidad biológica por lo que las inscripciones de nacimiento y filiación en el Registro civil español mediante una certificación extranjera que acreditase la filiación quedaban sujetas a que no hubiese duda de que fuesen los padres biológicos.²⁸ Tanto la DGRN y los registradores consulares de los países donde esta práctica estaba legalizada argumentaban la imposibilidad de inscripción por ser una práctica prohibida en nuestra legislación amparándose en el artículo 10 de la Ley 16/2004. Asimismo, el artículo indicado establece que la determinación de la filiación será determinada por el parto por lo que la madre no puede ser otra que la que ha dado a luz.

La Resolución del 18 de febrero de 2009 de la DGRN dio solución totalmente vanguardista y es que por primera vez en nuestro país se permitió la inscripción de filiación de unos menores nacidos por un contrato de gestación por sustitución en virtud de certificación registral extranjera.²⁹ Esta resolución estimó el recurso que interpuso una pareja de varones españoles ante el Auto del Encargado del Registro Civil Consular de Los Ángeles denegando la inscripción del nacimiento de dos niños gemelos que tuvo lugar mediante un contrato de gestación por sustitución. El Auto se fundamentaba como hemos dicho anteriormente en la prohibición del artículo 10 de la Ley 14/2006, no obstante, la Resolución de la DGRN ordenó la inscripción del nacimiento de estos dos menores en virtud de la certificación registral extranjera que los varones aportaron.³⁰

Esta Resolución instauró una serie de directrices para poder solicitar la inscripción de estos menores en la Oficina Consular.³¹ En primer lugar, establece que no debe aplicarse el derecho sustantivo español ni las normas de conflicto españolas debido a que la cuestión ante la que

²⁸ DÍAZ FRAILE, J.-M. (Registrador de la Propiedad, Letrado adscrito de la DGRN, Catedrático de Derecho Civil). “Ponencia: Gestación por sustitución...”, ob. cit.

<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/gestacion-por-sustitucion/>

²⁹ SERRA ALCEGA, M.: “Reconocimiento de la maternidad subrogada...”, ob. cit., p. 289.

³⁰ DÍAZ FRAILE, J.-M (Registrador de la Propiedad, Letrado adscrito de la DGRN, Catedrático de Derecho Civil). “Ponencia: Gestación por sustitución...”, ob. cit.

³¹ GARCÍA RUIZ, M.-P. (Magistrada Especialista del Orden Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid). “Gestación subrogada...”, ob. cit.

<https://elderecho.com/gestacion-subrogada-estado-legal-y-jurisprudencia-de-la-cuestion>

estamos es de acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras. No es de aplicación por tanto la Ley 14/2006 ni el artículo 9.4 del CC, sino el artículo 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil que recogen los requisitos para acceder a él.

A tenor del artículo 81 RRC, la Resolución establece que las certificaciones registrales extranjeras deben superar un control de legalidad, sin embargo, esto no significa que *“dicho control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española”*. Los requisitos que debe tener una certificación registral extranjera son:

1. Debe ser un documento público lo que quiere decir que debe haber sido autorizado por una autoridad extranjera.
2. La autoridad registral extranjera que la ha expedido debe ejercer funciones semejantes a las de la autoridad registral española.
3. Debe cumplir unas exigencias imperativas que son la competencia de la autoridad registral extranjera, respeto de los derechos de defensa de los interesados y que no produzcan efectos contrarios al orden público internacional español.

En cuanto la cuestión de la vulneración del orden público internacional español, establece que no se produce, de hecho, establece que denegar la filiación de estos menores cuyos padres son dos varones resultaría una vulneración del artículo 14 de la CE que establece la no discriminación por razón del sexo.

La resolución también se apoya para estimar el recurso en el interés superior del menor que podría verse vulnerado al no proceder a la inscripción en el registro lo que parece contrario al artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York de 20 de noviembre de 1989³² que recoge el derecho del menor a una identidad única. Por último, menciona el artículo 17.1.a) del CC que establece que son españoles de origen los nacidos de español o española por lo que estos menores tienen nacionalidad española.

Vemos entonces que la Resolución abre las puertas a que las parejas puedan realizar la inscripción de los menores nacidos en el extranjero por esta técnica sin exigir que haya una resolución judicial extranjera acreditando la filiación, sino que bastará con una certificación

³² Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).

extranjera que lo acredite. El MF interpone recurso ante el Juzgado de Primera Instancia de Valencia.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 15 de septiembre de 2010 resuelve estimando la pretensión del MF y deja, por lo tanto, sin efecto la inscripción de nacimiento. Se dispone que no es posible la aplicación del artículo 81 RRC, sino que se debe aplicar el artículo 23 de la LRC de 1957 que establece que *“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”*. Es necesario por tanto que encargado compruebe que:

1. La realidad del hecho inscrito lo que implica ya no solo un control formal sino material lo que en este caso la certificación no puede mostrar que sean biológicamente los padres del menor.
2. La inscripción es conforme la ley española y aquí es donde debe examinarse si se debe aplicar la Ley 14/2006.

Establece que si resulta de aplicación la ley, por lo tanto, alega la vulneración de su artículo 10 que establece la nulidad del contrato y que el parto determina la filiación. En cuanto a la no vulneración del orden público que alega la DGRN, argumenta en contra diciendo que aunque los niños puedan tener dos padres, biológicamente no pueden serlo y la no inscripción no es una cuestión de discriminación por sexo, sino porque la ley no lo permite ya sea una pareja homosexual o heterosexual. Asimismo, establece que no se puede alegar interés superior del menor con la finalidad de no cumplir el ordenamiento jurídico y es que la sentencia literalmente expresa *“el fin no justifica los medios”*. La legislación española contempla otras vías como la adopción y esas son las que deben ser utilizadas.

La pareja de varones recurrió en apelación. El fallo de la Sentencia de la AP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 desestima la pretensión del recurrente considerando de la misma forma que la sentencia recurrida la aplicación de la Ley 14/2006 y por tanto la nulidad del contrato. Establece que no ha existido vulneración del principio de igualdad y prohibición de discriminación por sexo del artículo 14 CE y que la defensa del principio del interés superior del menor no puede implicar la infracción del ordenamiento jurídico español.

El fallo desestimatorio suscitó a la pareja a interponer recurso de casación ante el TS que resolvió en la STS 6 de febrero 2014³³ denegando la inscripción del nacimiento de los menores en el Registro Civil español.

En cuanto al reconocimiento de decisiones extranjeras, la Sentencia establece que los artículos 81 y 85 del RRC no deben dejar sin contenido el artículo 23 de la LRC lo que requiere un control de las cuestiones de fondo además de las cuestiones formales. Señala que a pesar de la compatibilidad que se busca entre los ordenamientos de los distintos países debido a la posibilidad de los ciudadanos de buscar en otro país una solución jurídica diferente, tiene como límite el respeto al orden público español que lo forman los derechos, libertades, valores y principio de la CE y los convenios internacionales de los que forma parte España. Aunque los criterios no biológicos para determinar una filiación no vulneran el orden público español, la prohibición del contrato de gestación por sustitución de la Ley 16/2014 integra el orden público español porque entiende que está técnica cosifica a la mujer y al menor posibilitando la explotación de mujeres que están en situación de pobreza y que solo pueden beneficiarse de ella las personas con grandes recursos económicos.

Respecto al principio del interés superior del menor, establece que debe ser aplicado para aplicar e interpretar la ley pero no ir en contra de la misma porque podría suponer ir en contra del principio de sujeción de la ley del artículo 117 de la CE. Igualmente aunque el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño considere como primordial este principio, no es el único a tener en cuenta, sino que choca con otros bienes jurídicos que son la dignidad e integridad de la mujer gestante entre otros. El TS considera además que no se deja al menor en una situación de desamparo, sino que existen vías suficientes en nuestro ordenamiento jurídico para llevar a cabo la inscripción del menor, como instar la acción de paternidad que recoge el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, y acudir a figuras jurídicas como son el acogimiento familiar o la adopción.

Esta Sentencia tiene un voto particular discrepante con la solución del tribunal. La discrepancia radica principalmente en que expone que al haber sido determinada la filiación por una autoridad extranjera ya no debe aplicarse el artículo 10 de la Ley 14/2006 sino que el problema está en el reconocimiento de esa resolución extranjera que podrá denegarse por ser contraria al orden público español. Pero este orden público debe entenderse desde la perspectiva del interés superior del menor y no en la cuestión de si va en contra de una ley

³³ STS Sala de lo Civil nº 247, de 6 de febrero de 2014, CENDOJ nº 28079119912014100001.

material nacional, por lo que se debe comprobar caso por caso. En este supuesto no se manifiesta que se haya vulnerado la dignidad de la mujer gestante ni del menor sino que al contrario, al denegar la inscripción el interés del menor queda gravemente afectado. Así mismo sostiene el derecho a la no discriminación en función de la filiación y citando la STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2013 apunta que *"el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado por parte de las autoridades públicas o instituciones privadas"*.³⁴

Con la Sentencia del TS debemos entender revocada la doctrina de la Resolución de 18 de febrero de 2019.³⁵ A mi parecer la postura que adopta el TS no es acertada porque ni considera como primordial el interés superior del menor ni realiza una interpretación correcta ya que difícilmente puede verse el menor beneficiado al ser denegada su inscripción en el Registro civil español. Los padres eran plenamente conscientes de que nuestra legislación no permite ese contrato y esa fue la razón por la que se fueron a otro país obviando los problemas que se podían encontrar a la hora de inscribir al menor, sin embargo, el menor no tiene por qué sufrir las consecuencias de los actos irresponsables de sus padres. La denegación de la inscripción deja durante ese lapso de tiempo al menor en una situación de vulnerabilidad extrema que podría evitarse reconociendo desde un primer momento la inscripción acreditada por una resolución extranjera en vez de tener que acudir a otras vías que el propio TS propone y que llegaría finalmente a la misma solución.

La DGRN dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010 donde estableció las directrices que deben guiar a los Encargados del Registro Civil para calificar si las solicitudes de inscripción de menores nacidos por esta técnica pueden acceder al Registro Civil español con la finalidad *"de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución"* tal como establece la misma Instrucción. Los requisitos necesarios son:

1. Presentación de una resolución judicial que determine la filiación del menor dictada por un Tribunal competente junto con la solicitud de inscripción.
2. Presentación del auto que resuelve el procedimiento exequatur que debe seguir la resolución judicial recogido en la LEC.

³⁴ STSJ Madrid nº 8633 Sala de lo Social Sección 3, de 13 de marzo de 2013, CENDOJ nº 28079340032013100397.

³⁵ DÍAZ FRAILE, J.-M. (Registrador de la Propiedad, Letrado adscrito de la DGRN, Catedrático de Derecho Civil). "Ponencia: Gestación por sustitución...", ob. cit.

3. No será necesario el procedimiento exequatur si el procedimiento seguido de la resolución judicial extranjera fuese análogo a uno español de jurisdicción voluntaria sino que el Encargado del Registro Civil lo que debe realizar es un control incidental donde debe constar:
 - Regularidad y autenticidad de la resolución judicial y otros documentos
 - Competencia del tribunal extranjero basada en criterios semejantes a los establecidos en nuestra legislación.
 - Los derechos procesales de las partes, especialmente el de la madre gestante hayan sido respetados.
 - No existiese vulneración del interés superior del menor ni de derechos de la madre. Verificación de que esta última tenga capacidad suficiente y su consentimiento haya sido prestado de forma libre y voluntaria
 - Firmeza de la resolución judicial.
4. Una certificación registral extranjera o una simple declaración no será título apto para llevar a cabo la inscripción del menor.

En este caso, El Centro Directivo de la DGRN sostiene la vigencia de esta Instrucción y niega que haya sido afectada por la Sentencia del TS de 2014.³⁶ La novedad de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 es la necesidad de aportar una sentencia extranjera para poder llevar a cabo la inscripción que responde a la finalidad de proteger los intereses del menor y de la madre gestante. No obstante, en la práctica la necesidad de una resolución judicial ha conllevado diversos problemas debido a que países como Ucrania o la India no existe como tal una resolución judicial y por lo tanto estas parejas al regresar a España no han podido inscribir el nacimiento y la filiación de los menores en el Registro Civil español.³⁷

En las posteriores Resoluciones la DGRN ha aplicado la doctrina establecida por la Instrucción de 5 de octubre de 2010. La nueva ley 20/2011³⁸, de 21 de julio, del RC que entrará en vigor en su totalidad el 30 de abril de 2021 igualmente sigue la instrucción estableciendo en el artículo 98.2 que “*deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de*

³⁶ DÍAZ FRAILE, J.-M. (Registrador de la Propiedad, Letrado adscrito de la DGRN, Catedrático de Derecho Civil). “Ponencia: Gestación por sustitución...”, ob. cit.

³⁷ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y CARRIZO AGUADO, D.: “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?” *LA NOTARÍA*, 2/2014, p. 63 - 64.

³⁸ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (*BOE* núm. 175, de 22 de septiembre de 2011).

los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley”. Así mismo la ley sigue aplicando el principio de veracidad biológica y por lo tanto, atribuyendo la maternidad por razón del parto.³⁹

La DGRN ante la avalancha de casos donde los padres no podían inscribir a los menores debido a que como hemos dicho anteriormente, hay países cuya legislación interna no establece que una resolución judicial que establezca la filiación en virtud de esta técnica aprobó la Instrucción de 14 de febrero de 2019 para dar una solución a estos supuestos. La novedad más importante que introdujo fue la posibilidad de determinar la filiación paterna mediante reconocimiento legal en virtud de una prueba biológica y a través de un procedimiento de adopción constituir la filiación de la madre no gestante.

La Instrucción de 14 de febrero de 2019 no llegó a publicarse en el BOE debido a que el 16 de febrero el Ministerio de Justicia emitió un comunicado donde decreta que deja sin efecto la anterior Instrucción de la DGRN. El Gobierno recuerda que la gestación por sustitución es una práctica prohibida en nuestro país y que perseguirá a las agencias que se dedican a asesorar parejas con el cometido de facilitarlas el desplazamiento a otro país donde técnica es legal para su realización.⁴⁰

La DGRN unos días después dicta la Instrucción de 18 de febrero de 2019 la cual determina que queda sin efecto la Instrucción de 14 de febrero de 2019 y que solo tendrá lugar la inscripción de los menores en el Registro Civil español cuando exista una sentencia firme de la autoridad judicial de ese país o mediante un control incidental en los casos que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 así lo prevea. Su justificación principal es la vulneración de derechos de los menores y madres gestantes que produce el contrato de gestación por sustitución.

³⁹ MARÍA DÍAZ FRAILE, J.: “La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 6, N.1, enero-marzo, 2019, pp. 127 - 128.

⁴⁰ GARAU, F. (Catedrático de Derecho Internacional Privado). “El Gobierno deja sin efecto la Instrucción DGRN de hace dos días sobre registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”. *Conflictus legum*, sábado, 16 de febrero de 2019.

<http://conflictuslegum.blogspot.com/2019/02/el-gobierno-deja-sin-efecto-la.html>

Podemos concluir, por tanto, que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sigue en vigor y hasta de día de hoy es la que marca las pautas a seguir para los Encargados del Registro Civil en cuanto la inscripción de estos menores. Sin embargo, debemos recordar que estas instrucciones de la DGRN tienen carácter reglamentario por lo que al no existir una norma de rango legal conlleva a que las soluciones dadas por los distintos tribunales sean diversas aceptando en ocasiones la inscripción y en otras no.⁴¹

Dejando a un lado la procedencia o no del reconocimiento de la filiación acreditada en el extranjero, la respuesta unánime de los tribunales ha sido declarar la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, con independencia del lugar donde se haya convenido el contrato. No obstante, parece haber dudas razonables de que esta situación esté cambiando debido a la SAP de Barcelona de 15 de enero de 2019⁴² que resuelve por primera vez en España una demanda interpuesta por dos parejas de hombres españoles contra la empresa que habían contratado para llevar a cabo contratos de gestación por sustitución en México por incumplimiento y resolución del contrato al no haber tenido lugar el nacimiento de ningún niño.⁴³

Varias parejas demandan en juicio ordinario de a la sociedad SUBROGALIA S.L. para que se declare que esta ha incumplido la obligación del resultado y a indemnizarles por incumplimiento contractual y los daños y perjuicios causados. La demandada alega que se trata de un contrato de servicios, no de un contrato de obra y que los demandantes incumplieron el contrato por lo que no debe devolverse ninguna cantidad. El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona estima íntegramente la demanda por lo que declara resuelto el contrato y manda pagar a la sociedad las cantidades que pedía la demandante más las costas del proceso. Frente a esta resolución, SUBROGALIA S.L. interponer recurso de apelación ante la AP de Barcelona. El tribunal confirma que estamos ante un contrato de obra pues

⁴¹ DURÁN AYAGO, A.: “Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2019, Vol. 11, N. 2, pp. 578 - 580.

⁴² SAP Barcelona nº 10 de la Sección 4, de 15 de enero de 2019, CENDOJ nº 08019370042019100002.

⁴³ GÁLVEZ CRIADO, A.: “¿Siguen siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable”, *Diario La Ley*, Nº 9444, Sección Tribuna, 26 de Junio de 2019, Wolters Kluwer, pp. 8 - 9.

hay cláusulas que garantizan el resultado disponiendo que en el caso de no cumplirse se devolverán los honorarios. Así mismo, el posible incumplimiento contractual de las parejas es consecuencia del previo incumplimiento de la entidad por no haberse producido en envío de los embriones a México. Al no haberse acreditado el incumplimiento de los demandantes y si el de la demandada se debe desestima el recurso y se confirma la Sentencia de Primera Instancia, solo se revoca parcialmente la condena de costas que se imputaba previamente a la demandada, no haciendo pronunciamiento expreso sobre estas.

Lo que más impacta de este supuesto es que ni en la sentencia de primera instancia ni en la sentencia definitiva de la AP al discutir sobre la naturaleza del contrato se menciona la nulidad de este contrato que establece la ley española. Un mes después tuvo lugar la publicación de la Instrucción de 18 de febrero de 2019 que dispone en su justificación que *“resulta además claro que la lucrativa actividad de las agencias mediadoras que operan en este terreno no puede considerarse ajustada a derecho”*, sin embargo, la realidad es que estas agencias se mueven en un vacío legal lo que hace posible que ejerzan sus servicios. Si la AP de Barcelona con este pronunciamiento ha sentado precedente abriendo las puertas a que se pueda demandar a estas empresas por incumpliendo contractual y aplicar al contrato de gestación la materia de contratos será algo que podremos observar en el futuro.⁴⁴

2. SITUACIÓN LEGAL EN LOS DIFERENTES PAÍSES

2.1. Planteamiento general

Las personas que deciden recurrir a la técnica de gestación por sustitución para formar una familia es una realidad que poco a poco se ha ido haciendo hueco en nuestra sociedad, según la ONG suiza Internacional Social Security, al menos 20.000 niños nacen cada año mediante esta técnica en todo el mundo.⁴⁵

Sin embargo, la situación legal de la gestación por sustitución difiere bastante entre los diferentes países, mientras que algunos de ellos cuentan con legislaciones muy permisivas, otros cuentan con una prohibición total de esta práctica. Entre los países donde se permite llevar a cabo esta práctica, algunos de ellos cuentan con restricciones como puede ser que

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 17 – 19.

⁴⁵ VILLAR, G. y GARCÍA, A. “La situación de la gestación subrogada en el mundo”, EL PAÍS, 27 junio de 2017.

https://elpais.com/internacional/2017/06/27/actualidad/1498555779_269973.html

solo se permite su realización cuando es de forma altruista o solo está permitido para los nacionales o para parejas heterosexuales.

Esta situación ha propiciado que ciudadanos que residen en un país donde esta práctica no está permitida, que se denomina país de origen o de nacimiento, se desplacen a otro país donde si es legal para realizar allí para acceder a esta técnica de reproducción humana asistida, que se denomina país de destino o de recepción.⁴⁶

Antes de hacer un estudio detallado, podemos acudir al mapa que se encuentra en el Anexo del trabajo y que nos muestra las leyes de gestación por sustitución de forma genérica en los diferentes países y así poder tener una idea general.

El principal problema que se encuentra en la gestación por sustitución transfronteriza es que la determinación de la filiación dependerá de la ley del Estado que se aplique por lo que el status de los menores puede variar de un Estado a otro. En los Estados de nacimiento suelen existir procedimientos para atribuir la filiación a los padres internacionales y como regla general el menor no adquirirá la nacionalidad del Estado. No obstante, cada Estado sigue un procedimiento por lo que cuando los padres regresen con el menor al Estado donde residían el tratamiento será distinto, no es lo mismo que haya una sentencia que establezca la filiación a que haya una simple certificación de nacimiento.⁴⁷

La Conferencia de la Haya de DIPr lleva desde hace años estudiando los problemas de DIPr que hay en relación con la paternidad legal de los niños y con los acuerdos internacionales de subrogación. Se convocó a un Grupo de Expertos para ayudar en la materia, cuyas reuniones han tenido lugar durante estos años. En marzo de 2019 se aprobó la continuación del trabajo y la mayoría de los Expertos señalaron que en el futuro el trabajo se debe centrar en el desarrollo de un instrumento general de DIPr sobre el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras sobre paternidad y un protocolo separado sobre el reconocimiento de

⁴⁶ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2014, Vol. 6, N. 2, pp. 148 - 149.

⁴⁷ GONZALEZ MARTÍN, N. y MERCEDES ALBORNOZ, M.: “Aspectos transfronterizos...”, ob. cit., pp. 166 - 167.

decisiones judiciales extranjeras sobre paternidad legal derivadas de acuerdos internacionales de subrogación.⁴⁸

2.2. Posturas en contra

Un alto porcentaje de países no permiten el contrato de gestación por sustitución en ninguna de sus modalidades. Dentro de estos países, algunos tienen legislaciones que lo prohíben expresamente y tienen establecidas sanciones para quienes lo lleven a cabo que usualmente consisten en multas económicas e incluso penas privativas de libertad, mientras que otros aunque no lo permiten, no tienen leyes que lo regulen.

España y la mayor parte de los países europeos como son Francia, Italia, Alemania, Dinamarca, Austria, Suiza o Polonia no permiten este contrato. Fuera de Europa, en otros países como China, Japón, Pakistán tampoco está permitido.

La postura mayoritaria de estos países coincide con la normativa española que declara la nulidad del contrato por considerarse contrario al orden público por lo que no vamos a detenernos profundamente en ello aunque si vamos a examinar algunos ejemplos.

En el caso de Francia, el artículo 16.7 de su CC establece que “*Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo*”⁴⁹ y posteriormente, el artículo 16.9 establece que tales disposiciones son de orden público. La práctica de técnicas de reproducción humana asistida que el Código de Salud Pública no permita o no reconozca está penada de acuerdo con el artículo 511-24 del Código Penal francés⁵⁰ con cinco años de prisión y 75.000€ de multa.

⁴⁸ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “Filiación /Maternidad subrogada”.

<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/>

⁴⁹ Código Civil Francés aprobado por la Ley del 21 de marzo de 1804

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20200501>

⁵⁰ Código Penal Francés

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20200501>

En el caso de Italia, el artículo 12.6 de la Ley nº 40, de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en materia de procreación médica asistida establece la nulidad de pleno derecho del contrato y establece penas de prisión de tres meses a dos años y multas de 600.000€ a 1.000.000 € a quien lo realice.⁵¹

En el caso de Alemania, la Ley de protección del embrión, n. 745/90 del 13 de diciembre de 1990⁵² en su artículo 1 se recogen penas de privación de libertad hasta 3 años en los casos de utilización de técnicas de reproducción humana asistida de forma abusiva, constituyéndose uno de los supuestos castigados en el párrafo 7 la gestación por sustitución.

Todos estos países que no permiten el contrato de gestación por sustitución se encuentran con la situación de decidir si aceptan o no las consecuencias jurídicas derivadas de la determinación de la filiación establecida en el extranjero de los menores nacidos mediante este contrato.⁵³

2.3. Posturas a favor

Los países que permiten acudir esta técnica están divididos principalmente en dos posturas. Por un lado, están los países que permiten tanto su realización a título gratuito y a título oneroso como es el caso de Rusia, India, Ucrania o diferentes Estados de Estados Unidos.⁵⁴

Por otro lado, están los países que solo permiten esta técnica cuando se realiza de forma altruista y se cumplan ciertas condiciones como pueden ser que la madre comitente por problemas médicos no pueda acudir al embarazo convencional. Es el caso de Brasil, Canadá y diferentes países europeos como Reino Unido o Grecia.⁵⁵

⁵¹ Ley nº 40, de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en materia de procreación médica asistida.

⁵² Ley de protección del embrión, n. 745/90 del 13 de diciembre de 1990

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/5.pdf>

⁵³ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y CARRIZO AGUADO, D.: “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución...”, ob. cit., pp. 59 - 61.

⁵⁴ VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución...”, ob. cit., pp. 903 - 904.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 903 - 904.

India se convirtió uno de los principales países de destino a los que las personas decidían acudir para recurrir a esta técnica porque no existía ninguna ley que lo prohibiese y su coste económico era bastante menor en relación con otros países. Se convirtió en la “capital mundial de la gestación subrogada” durante el año 2012.⁵⁶ No obstante, con la aprobación de una nueva ley, Surrogacy (Regulation) Bill 2016⁵⁷ solo se permite realizar este contrato si cumple ciertos requisitos:

- Debe ser realizado de forma altruista y ser la madre gestante familiar cercano
- Ser de origen indio, extranjero residente en la india o extranjero casado con un ciudadano indio
- Ser un matrimonio heterosexual con problemas de fertilidad
- Llevar como mínimo 5 años casados

Nepal y Tailandia eran otros dos destinos muy solicitados, pero con la aprobación de nuevas leyes se prohibió su realización a los extranjeros. Esto ha producido el surgimiento de nuevos focos de mercado en países como Ucrania donde el coste estimado es de 50.000\$ frente a los 100.000\$ que cuesta en Estados Unidos.⁵⁸ Estos dos casos concretos debido a su especial vinculación con España los estudiaremos al detalle posteriormente.

Kenia se está convirtiendo también en uno de los principales focos de mercado porque no existe ninguna regulación y el coste estimado es entre 40.000\$ y 45.000\$.⁵⁹

En Rusia, la Ley federal N° 323-FZ sobre las Bases de Protección de la Salud de los Ciudadanos de la Federación Rusa⁶⁰ establece el derecho de participar en el programa de

⁵⁶ ROLLANO VEGA, L. “India pretende cerrar la puerta a la maternidad subrogada a gays y extranjeros”, EL PAÍS, 27 de septiembre de 2017.

https://elpais.com/internacional/2017/09/27/actualidad/1506529140_757638.html

⁵⁷ Surrogacy (Regulation) Bill 2016.

http://164.100.47.4/BillsTexts/LSBillTexts/Asintroduced/257_LS_2016_Eng.pdf

⁵⁸ CUDDY, A. “¿Dónde es legal la gestación subrogada en Europa?”, Euronews, 19 de febrero de 2019.

<https://es.euronews.com/2018/09/13/donde-en-europa-es-legal-la-gestacion-subrogada>

⁵⁹ *Ibidem*

⁶⁰ Ley federal N° 323-FZ sobre las Bases de Protección de la Salud de los Ciudadanos de la Federación Rusa.

maternidad subrogada a mujeres solteras y a parejas heterosexuales, incluyendo extranjeros. No obstante, la Orden N° 67 no permite acceder a este programa a hombres solteros y a parejas homosexuales. Otra cuestión importante es que solo se permite la gestación por sustitución gestacional, es decir, que la mujer gestante no aporte sus óvulos. Es requisito esencial también que la madre comitente acredite incapacidad gestacional. Para poder llevar a cabo el registro del menor es necesario llevar un documento que acredite en nacimiento donde consten los padres comitentes y otro documento que contemple la renuncia de la gestante. El problema surge al volver al país de origen cuando en este contrato no sea legal, como es el caso de España, donde será necesario que el padre haya aportado su material genético para que pueda aparecer como padre biológico. Posteriormente, la madre comitente deberá adoptar al hijo de su marido y convertirse en madre adoptante. Estos trámites conllevan que sea muy complicado para mujeres solteras españolas acudir a esta técnica.

Entre los países que solo permiten la gestación por sustitución altruista como ya hemos dicho anteriormente está Reino Unido. La Acta de Acuerdos de Subrogación de 1985⁶¹ prohíbe la subrogación comercial, no obstante, la Acta de Fertilización y Embriología Humana permite pagar a la madre gestante los gastos ocasionados por el embarazo. La especialidad de esta ley es que establece que los comitentes necesitaran una orden judicial para establecer a filiación del menor o una orden de adopción y hasta entonces la madre gestante será la madre legal a todos los efectos. Estos trámites son bastante costosos por lo que no es de los países más solicitados para acudir a la realización de esta técnica.

Otro de los países más representativos es Canadá, cuya Acta de Reproducción Asistida Humana⁶² prohíbe la gestación por sustitución onerosa, pero permite la forma altruista siempre que la madre gestante sea mayor de 21 años. Pueden acceder tanto parejas homosexuales como solteros y la filiación se obtiene mediante una sentencia judicial. Existe

<https://fzakon.ru/laws/federalnyy-zakon-ot-21.11.2011-n-323-fz/>

⁶¹ Acta de Acuerdos de Subrogación de 1985.

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/contents?view=plain>

⁶² Acta de Reproducción Humana Asistida de 29 de marzo de 2004.

<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/page-1.html#docCont>.

una excepción, la provincia de Quebec que en su Código Civil prohíbe tanto la forma onerosa como la altruista.⁶³

Un caso llamativo es el de nuestro país vecino Portugal, que a pesar de haber sido aprobada por el Parlamento en varias ocasiones una ley permitiendo la modalidad altruista de este contrato y habiendo estado en vigor varios meses, el 18 de septiembre de 2019 el Tribunal Constitucional de Portugal ha declarado la ilegalidad de la ley por segunda vez.⁶⁴

2.3.1. Caso especial de Estados Unidos

Estados Unidos es uno de los países con mayor experiencia en los contratos de la gestación por sustitución. En 1986, tuvo lugar uno de los primeros casos que contó con una gran repercusión a nivel mundial, el *Caso Baby M*, que a su vez dejó de relieve la problemática que entrañaba este contrato. El matrimonio Stern formalizó con Elizabeth Whitehead un contrato de gestación que tendría lugar mediante inseminación artificial a cambio de una contraprestación económica y teniendo posteriormente, que entregar él bebe renunciando a todos los derechos de filiación. No obstante, una vez nacido el bebé, Elizabeth se arrepintió y quiso quedarse con su custodia alegando ser la madre biológica. Tenemos que tener en cuenta que estamos ante un caso de modalidad tradicional, el esperma pertenecía al padre comitente por lo que es padre biológico, pero los óvulos eran de la madre gestante por lo que es también la madre biológica.⁶⁵

El caso fue llevado a los tribunales y fue resuelto de forma definitiva por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey que estableció que el contrato era inválido por vulnerar el orden público: por estar en conflicto con las leyes de las adopciones que prohíben la contraprestación económica; con las leyes que exigen prueba de incapacidad de los padres o el abandono para que pueda tener lugar la adopción; y las leyes que establecen la revocabilidad en los contratos

⁶³ VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución...”, ob. cit., pp. 907 - 908.

⁶⁴ MARTÍN DEL BARRIO, J. “La ley portuguesa de vientres de alquiler, declarada inconstitucional por segunda vez”, EL PAÍS, 19 de septiembre de 2019.
https://elpais.com/sociedad/2019/09/19/actualidad/1568881037_943374.html

⁶⁵ JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ, F.: “Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, N. 12, Enero-Junio 2018, pp. 44 – 45.

privados de adopción. Sin embargo, el TS reenvió el caso al tribunal de familia en base al interés superior del menor y este decidió conceder la custodia al matrimonio Stern y estableció un régimen de visitas a favor de Elizabeth.⁶⁶

Actualmente, en EEUU la modalidad tradicional de gestación no se utiliza sino la modalidad gestación donde la madre gestante no es la madre biológica para evitar así problemas como los que ocurrieron en el *Caso Baby M*. Por otro lado, es un país federal y la competencia en derecho de familia corresponde a cada Estado por lo que la situación varía enormemente entre ellos. El lugar de residencia de la madre, el lugar donde se lleva a cabo el Convenio y el lugar donde se produzca el parto, determinan la normativa del Estado que debe aplicarse.⁶⁷

El sistema de obtención de una sentencia judicial que establece a los padres comitentes como padres legales del menor es el sistema que se sigue generalmente en el territorio de EEUU. En algunos casos como California se puede obtener la sentencia judicial antes del nacimiento, pero en otros Estados esta sentencia se obtiene después del nacimiento. Una vez que tiene lugar el nacimiento, el bebé podrá obtener la nacionalidad estadounidense y el pasaporte estadounidense por el hecho de nacer allí y asimismo la nacionalidad de origen de los padres.

Un requisito esencial que deben cumplir los padres comitentes es que no deben tener antecedentes penales. En cuanto a los requisitos que debe cumplir la madre gestante, aunque varían dependiendo de cada Estado, generalmente, la mujer debe tener más de 18 años y menos de 40; haber tenido un hijo previamente; y que su condición social-económica sea media alta.

Todas estas circunstancias han convertido al país en uno de los destinos más deseados, pero también más caros porque el precio es bastante más elevado en relación con otros países como Ucrania o Kenia. En el caso de ciudadanos españoles, la obtención de la sentencia judicial facilita poder inscribir al menor en el Registro español y que el bebé obtenga el pasaporte estadounidense hace posible volver a España sin mayor problema.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 44-45.

⁶⁷ VILAR GONZÁLEZ, S.: "Situación actual de la gestación por sustitución...", ob. cit., pp. 904 - 906.

No hay ningún Estado que prohíba absolutamente la gestación por sustitución aunque algunos como Michigan y Nueva York solo permiten la modalidad altruista. La modalidad onerosa está considerada como un delito penal castigada con fuertes multas económicas y penas de prisión.⁶⁸

En otros Estados como Arkansas, Illinois o Dakota del Norte aunque está permitida la modalidad onerosa se establecen ciertas restricciones como puede ser que la pareja comitente esté casada o que solo esté permitida a parejas heterosexuales.⁶⁹

Sin embargo, en la mayoría de Estados que permiten la modalidad onerosa no establecen restricciones en cuanto al tipo de familia que puede acceder a ella. Este es el caso de California, distrito de Columbia o Maine. California con la promulgación de una ley de 2013 se convirtió en el Estado donde mayor protección se ofrece a los padres comitentes lo que ha propiciado la creación de un negocio a su alrededor que mueve grandes cantidades de dinero. Se ha convertido en “la meca de la gestación por sustitución” para las personas de diferentes países que quieren acceder a esta técnica. La mayor garantía que la ley ofrece a los padres comitentes es la posibilidad de poder obtener una sentencia judicial antes del nacimiento del bebé que establece que ellos son sus padres legales y que la madre gestante no tiene ningún derecho de filiación sobre él.⁷⁰

2.3.2. Caso especial de Ucrania

La legislación ucraniana permite el contrato de gestación por sustitución tanto si hay o no contraprestación económica. El artículo 123 del Código de Familia⁷¹ establece que los padres comitentes se consideran los padres legales desde que se produce la transferencia del embrión al útero de la gestante. La madre gestante, por lo tanto, no tiene ningún derecho de filiación sobre el bebé.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 904-906.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 904-906.

⁷⁰ XIMÉNEZ DE SANDOVAL, P. “Por qué California es la meca de la gestación subrogada”, EL PAÍS, 23 de febrero de 2017.

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

⁷¹ Código de Familia de Ucrania.

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>

A pesar de que solo pueden acceder a esta técnica parejas heterosexuales casadas, siempre y cuando la mujer no pueda llevar a cabo por sí misma el embarazo por razones médicas, la legislación tan permisiva en cuanto al proceso y su bajo coste ha propiciado que un gran número de parejas que no pueden permitirse económicamente ir a otros países como EEUU acudan aquí. Sin embargo, el principal inconveniente de venir a este país es que no hay una sentencia judicial que establezca la filiación a favor de los padres comitentes sino que esta se establece en virtud de un certificado de nacimiento y el menor no obtiene la nacionalidad ucraniana.⁷²

El caso de Ucrania tiene especial relevancia en nuestro país debido a que son muchas las parejas españolas que decidieron acudir allí para someterse a esta técnica sin ser conscientes de todos los problemas que se encontrarían al querer regresar con su bebé. Muchas de estas parejas quedaron “atrapadas” en el país lo que las llevó a pedir ayuda desde distintos medios de comunicación para que el gobierno les ofreciese un salvoconducto para poder volver a España.

Ante esta situación, como ya se comentó anteriormente, la DGRN dictó la Instrucción de 14 de febrero de 2019 mediante la cual se permitía inscribir a los menores en el registro civil consular por medio de una prueba de ADN, no obstante, el Ministerio de Justicia días después la deja sin efecto y se dicta la Resolución de 18 de febrero de 2019. Se vuelve al sistema seguido anteriormente, es necesario tener una sentencia judicial que acredite la filiación para poder proceder a la inscripción del menor.

El Ministerio de Exteriores ofreció un salvoconducto a 39 menores y a sus padres que llevaban atrapadas en el país desde diciembre de 2018. Sin embargo, la Embajada de España en Kiev comunicó que ya no se abrirán nuevos expedientes.⁷³

La única posibilidad de los padres que tienen los padres para regresar a España es acreditar la situación de apátrida y así poder conseguir el pasaporte ucraniano del menor. Una vez que están en España, se debe emprender la acción de reclamación de paternidad para que el padre

⁷² MUÑOZ RODRIGO, G.: “La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N. 10 bis, junio 2019, pp. 733 - 734

⁷³ ÁLVAREZ, P. “El Gobierno cierra la vía a registrar bebés de vientres de alquiler en Kiev”, *EL PAÍS*, 20 de febrero de 2019.

https://elpais.com/sociedad/2019/02/19/actualidad/1550570978_831692.html

comitente se convierta en el padre legal y posteriormente, la madre comitente debe iniciar un procedimiento de adopción. El problema principal problema es que el procedimiento para obtener el pasaporte es costoso y lento que conlleva varios meses de espera.⁷⁴

Actualmente, lejos de que se haya solucionado la situación, 20 parejas españolas que se encuentran en Kiev, ante la pasividad de la Embajada de España en Ucrania, han pedido al Gobierno que les ofrezca rápidamente un salvoconducto para volver a España debido a que la situación cada vez se está poniendo más complicada por la crisis sanitaria mundial producida por el COVID-19. En Ucrania está decretado el estado de alarma y todas las administraciones públicas están cerradas lo que imposibilita conseguir el pasaporte ucraniano y supone tener que permanecer allí sin ningún tipo de cobertura sanitaria.⁷⁵

En medio de esta crisis sanitaria mundial, el debate sobre la gestación por sustitución ha vuelto a ponerse sobre la mesa tras el impacto que han producido unas fotografías publicadas en los medios de comunicación de distintas partes del mundo donde aparecen 35 bebés nacidos en virtud de este contrato en un hotel de Kiev. El hotel forma parte de la clínica que lleva a cabo estos contratos en la ciudad y aunque están al cuidado de las enfermeras, estos bebés se encuentran sin sus padres debido a que tras el cierre de fronteras de Ucrania, estos no han podido acudir al país para recogerles. Se estima que el número de bebés recién nacidos en esta situación llega a los 100 en todo el país, una cifra que irá en ascenso debido al elevado número de contratos que se han llevado a cabo en el país.⁷⁶

Ante esta situación, los padres de los bebés que pertenecen a distintos países, entre ellos España, piden desesperadamente que sus países les ofrezcan salvoconductos para poder ir a recoger a los menores. Por su parte, Lyudmila Denisova, Defensora del Pueblo de Ucrania, denuncia que estos hechos reflejan que el fenómeno de la gestación por sustitución en el país necesita de forma urgente una reforma legislativa para proteger los derechos y la dignidad de estos menores debido a la multitud de parejas de diferentes países que viajan al país con la

⁷⁴ MUÑOZ RODRIGO, G.: “La filiación y la gestación por sustitución...”, ob. cit., pp. 733 - 734.

⁷⁵ CASTRO, C. “Padres por gestación subrogada en Ucrania: ‘Necesitamos un salvoconducto, la situación se está poniendo muy fea’”, EL INDEPENDIENTE, 24 de marzo de 2020. <https://www.elindependiente.com/vida-sana/salud/2020/03/24/padres-por-gestacion-subrogada-en-ucrania-necesitamos-un-salvoconducto-la-situacion-se-esta-poniendo-muy-fea/>

⁷⁶ “Coronavirus | Los bebés nacidos por gestación subrogada varados en un hotel en Ucrania”, BBC News Mundo, 16 de mayo 2020. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52679424>

finalidad de llevar a cabo este contrato de forma descontrolada.⁷⁷ Tras estas declaraciones, la Embajada de España en Ucrania se vuelve a pronunciar en este caso en su cuenta oficial de twitter recogiendo tales declaraciones y aclarando que la política de fronteras es competencia exclusiva del país por lo que solo a Ucrania le corresponde autorizar los permisos de entrada y salida. Asimismo, reitera que es un contrato considerado nulo de pleno derecho por la legislación española y que *“no se hará responsable de las promesas y afirmaciones hechas por agencias privadas”*.⁷⁸

3. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

3.1. Concepto, naturaleza y normativa

El principio del interés superior del menor o también llamado interés superior del menor se recoge en diversos textos normativos internacionales y nacionales. De todos ellos, se desprende su carácter de prevalencia y su finalidad de dotar a los niños de una protección especial debido a las situaciones de vulnerabilidad a las que pueden verse expuestos. Otra de sus notas características es que vincula a todos los poderes públicos, incluyendo a los tribunales. No obstante, es un principio que tiene una difícil conceptualización debido a que estamos ante un concepto jurídico indeterminado que solo se puede explicar de una manera genérica.

Una aproximación a este concepto podemos encontrarlo en el Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 que es principal instrumento de reconocimiento y protección de los derechos del niño. El artículo 3.1 recoge el derecho que tiene todo menor de que en todas las medidas que se tomen a su respecto, se considere primordial el interés

⁷⁷ “Denisova habló sobre el escándalo con la maternidad subrogada en Ucrania”, Correspondent.net, 13 de mayo de 2020.

<https://korrespondent.net/ukraine/4228221-denysova-rasskazala-o-skandale-s-surrohatnym-materynstvom-v-ukrayne>

⁷⁸ EMBAJADAESPUCRANIA (@EmbEspKiev) “En relación con la información aparecida en las cuentas oficiales de Facebook e Instagram de la Defensora del Pueblo de Ucrania sobre la reunión mantenida ayer con la Embajadora de España, la Embajada quiere hacer las siguientes aclaraciones para evitar posibles malentendidos 1/8” y siguientes, 29 de mayo de 2020, 9:17 p.m.

<https://twitter.com/EmbEspKiev/status/1266448520061517825>

superior del menor.⁷⁹ Podemos decir por lo tanto, que el interés superior del menor está integrado por “*un conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y efectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posibles a niñas y niños*”.⁸⁰

El Comité de los Derechos del Niño ha determinado que el interés superior del menor que hace mención el artículo 3.1 es uno de los cuatro principios generales de la Convención que deben guiar en la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso concreto.

Estamos ante un concepto que tiene un triple contenido:⁸¹

- Un derecho sustantivo: cuando se deba tomar una decisión que le afecte y haya distintos intereses en juego, el interés superior del menor debe considerarse como primordial. Es una obligación del Estado que tiene aplicabilidad inmediata y puede ser invocado ante los tribunales.
- Un principio jurídico interpretativo: cuando haya una disposición que admitan diferentes interpretaciones, se deberá elegir la que mayor salvaguarde el interés superior del menor.
- Una norma de procedimiento: cuando deba tomarse una decisión que afecte a niño debe tenerse en cuenta las repercusiones que puede tener en el niño y ponderar la decisión más adecuada. Para ello, se requieren garantías procesales por lo que se debe exponer que se ha respetado ese derecho y justificar los criterios que se han utilizado para la elección.

Esta difícil conceptualización requiere por ello, una interpretación del concepto de forma dinámica, es decir, debiendo de determinar su contenido caso por caso. Estamos ante un

⁷⁹ Artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989: “*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*”.

⁸⁰ DEL CARMEN VALDÉS DÍAZ C.: “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXXI, 2014, p. 479.

⁸¹ Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), Convención sobre los Derechos del niño, 29 de mayo de 2013, pp. 3 -4.

concepto flexible que debe adaptarse en una situación de un niño en particular para determinar el interés superior del menor debemos tener en cuenta las circunstancias concretas del niño; e igualmente, ante una situación que afecte a diferentes niños o al colectivo en general, la decisión deberá determinar el interés superior del menor teniendo en cuenta las circunstancias del grupo o de los niños en general.⁸²

Nuestro propio texto constitucional en el artículo 39 establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales y será la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor la que se encargue de adaptar nuestro sistema normativo a los principios específicos del CDN.⁸³ El Capítulo I de la ley lleva de título “*Ámbito e interés superior del menor*” y comienza en el artículo 2.1 estableciendo el derecho que tiene todo menor a que en las decisiones que le conciernan se valore el interés superior del menor como primordial.

Este principio además de ser un elemento clave de nuestra la normativa interna, todas las reglas del DIPr relativas a los menores se constituyen a partir de él y deben interpretarse conforme a su contenido. Juega un papel fundamental en el sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, la protección del interés superior del menor conlleva que los Estados establezcan mecanismos que no obstaculicen el reconocimiento de relaciones familiares que han sido establecidas en otro Estado.⁸⁴

Nuestros tribunales a la hora de valorar el principio del interés superior del menor, utilizan un concepto abstracto lo que les da un margen de discrecionalidad para determinar en el caso concreto la solución que más favorezca al menor. Este margen de discrecionalidad parece positivo ya que permite a los tribunales aplicarlo de forma que ellos consideren se adecúe

⁸² Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), Convención sobre los Derechos del niño, 29 de mayo de 2013, pp. 9-10.

https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf

⁸³ FERNANDEZ PEREZ, A.: “Aproximación al interés superior del menor en el Derecho Internacional Español”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año L, núm. 151, enero-abril de 2018, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2018, pp. 109 - 113.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 125 - 128.

mejor a ese caso concreto, sin embargo, esto también puede conllevar a situaciones donde no se proteja correctamente el interés superior del menor.⁸⁵

La función que desempeña el interés superior del menor en la gestación por sustitución es fundamental debido a que los derechos de los menores están en juego. Quienes argumentan a favor de legalizar en nuestro país esta técnica alegan el interés superior del menor, no obstante, esto no parece del todo correcto porque en antes de la celebración del contrato no hay ningún menor. Lo que se intenta defender en todo caso es el derecho a crear una familia y aquí es donde se contraponen con los argumentos en contra de su legalización porque consideran que la dignidad del menor y de la madre gestante están por encima. Dejando de lado por lo tanto ese debate, donde tenemos que centrar el interés superior del menor es en el ámbito del DIPr y las posibles vulneraciones que pueden tener lugar cuando se deniega la inscripción en nuestro país del menor nacido mediante esta técnica en otro país donde si está permitido.⁸⁶

3.2. Interés superior del menor frente al orden público español

Como ya hemos visto anteriormente, la gestación por sustitución es una técnica no permitida en nuestro país, sin embargo, esto no evade a que parejas españolas se vayan a otro país para realizarlo y es que el Estado no puede evitar esta situación debido al derecho de libre tránsito que tienen las personas. El Estado se encuentra con el deber de tomar la decisión de si reconocer e inscribir en el Registro español una resolución de una autoridad extranjera que establece la filiación a favor de los padres comitentes. A día de hoy, no hay ninguna ley, ni se la espera, que resuelva esta cuestión por lo que ha ido dando solución mediante Instrucciones y Resoluciones de la DGRN y la jurisprudencia de nuestros tribunales que resulta bastante contradictoria.

La mayor parte de la doctrina que defiende la denegación de inscripción de estos menores se basa en la vulneración del orden público que produce la resolución extranjera que determina la filiación. Esta es la posición tomada por el TS en la Sentencia de febrero de 2014 en la que deniega la inscripción de dos gemelos de padres españoles nacidos mediante este contrato en EEUU por considerar que la resolución extranjera que determina la filiación de los menores a favor de los padres comitentes produce efectos contrarios al orden público.

⁸⁵ RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, N. 2, 2012, pp. 97.

⁸⁶ SERRA ALCEGA, M., “Reconocimiento de la maternidad subrogada...”, ob. cit., pp. 291 - 293.

El interés superior del menor es un principio fundamental del orden público español y del DIPr y ha sido la interpretación de él que tuvo TS en la sentencia anteriormente citada uno de los principales motivos por los que se ha criticado especialmente la decisión de nuestro Alto Tribunal. Los principales errores en los que incurre el tribunal son los siguientes:⁸⁷

1) Valoración del orden público internacional español de forma abstracta

La excepción de orden público es uno de los principales motivos por el cual puede denegarse el reconocimiento y ejecución de una resolución extranjera, no obstante, como su propio nombre indica es una excepción que debe examinarse en el caso concreto.

El tribunal presume que se está produciendo una vulneración del orden público español porque el contrato de gestación por sustitución siempre presupone un menoscabo en la dignidad de la gestante al producirse una comercialización de su cuerpo y convertirse en menor en una mercancía. No analiza si en el caso concreto la mujer ha sido engañada, obligada o si fue una situación de necesidad económica la que llevó a llevar a cabo este contrato para poder constatar que se ha producido un menoscabo en la dignidad de la mujer.

Asimismo, es necesario analizar las leyes del país donde tuvo lugar el contrato y comprobar si se han respetado o no los derechos de la mujer y cuál es la posición de la mujer gestante porque no tiene ningún sentido denegar la inscripción de un menor si esta queda constatada en una resolución extranjera que acredita el libre consentimiento de la mujer gestante y su renuncia voluntaria de la filiación del menor.

En el caso de los menores nacidos en EEUU, las leyes en California son garantistas de los derechos de la mujer y no quedó comprobado que la renuncia de la mujer gestante fuese obligada. Por lo tanto, no parece que se produjese una vulneración del orden público español al reconocer una filiación acredita en una resolución extranjera a favor de los padres de querían ejercer como tal cuando la madre gestante renunció de forma libre e informada.

2) No considerar el interés superior del menor como “superior”

El TS considera que aun teniendo que aplicar el interés superior del menor, no puede servir de base para inaplicar una ley, en este caso el artículo 10 Ley 14/2006 que declara nulo el

⁸⁷ CALVO CARAVACA, A-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo...”, ob. cit., pp. 78 - 85.

contrato de gestación por sustitución y establece la filiación a favor de la madre gestante. Sin embargo, esta consideración es errónea por siguientes motivos:

En primer lugar, la Ley 14/2006 no debe aplicarse porque no estamos ante un problema de determinación de la filiación sino de reconocimiento de una filiación ya establecida mediante una resolución extranjera. Y en segundo lugar, el interés superior del menor es un principio recogido en textos legales internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico español y que tienen una preferencia aplicativa sobre la ley española.

No tiene sentido considerar que el interés superior del menor va en contra de la ley española si forma parte de nuestro propio sistema jurídico. Su preferencia aplicativa debe materializarse en interpretar las leyes de forma que se tenga en consideración el interés del menor por encima de cualquier otro principio de nuestro ordenamiento.

3) Desprotección de los menores

El tribunal niega que se deje a los menores en una situación de desamparo al no reconocer la filiación determinada por el contrato de gestación por sustitución porque existen otros mecanismos de atribución de la filiación. El mismo artículo 10 de la Ley 14/2006 establece la posibilidad de interponer la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico y así poder determinar la filiación paterna. Las instituciones de acogimiento familiar o adopción permiten de la misma forma que el menor pase a formar parte de la familia.

Podemos ver lo tanto como es el mismo tribunal el que ofrece otras soluciones para la inscripción del menor lo que no parece tener mucho sentido, se deniega la inscripción de la filiación en primer lugar por considerarse contraria al orden público pero luego se dice que podrá llevarse a cabo por otros mecanismos.

Resulta contradictorio que la misma filiación se deniegue por considerarse contraria al orden público pero posteriormente pueda aceptarse. Si se llega finalmente al mismo resultado sería mucho más fácil reconocer la filiación en el primer momento y ahorrar los posteriores trámites para que el menor pueda beneficiarse desde su nacimiento de todos los derechos que otorga la inscripción en el Registro.

Una de las posibilidades que tienen los tribunales es hacer uso del orden público atenuado que tal como estableció el TS en la Sentencia 84/2018, de 24 de enero de 2018 puede tener cabida en el caso de los matrimonios polígamos. La ley española que prohíbe el matrimonio polígamo es una norma que forma parte del orden público español, sin embargo, se reconoce que puedan tener efectos atenuados como que las mujeres puedan ser beneficiadas de la

pensión de viudedad. Se critica a los tribunales de que no hagan uso del orden público atenuado para reconocer la filiación del menor nacido mediante un contrato de gestación por sustitución y preservar así el interés superior del menor.⁸⁸

Otra cuestión que parece no entenderse entre la doctrina es el hecho de que el reconocimiento de complacencia, es decir, el reconocimiento de un hijo que hace una persona aun sabiendo que no es suyo biológicamente, sea admitido por los tribunales y en los supuestos de gestación por sustitución no. La Sentencia 494/2016, de 15 de julio, no considera a este contrario a la ley ni contrario al orden público, sino que se admite tomando en cuenta el interés superior del menor, mientras que, en las filiaciones establecidas en virtud de un contrato de gestación por sustitución, en las cuales en la mayoría de los casos al menos el padre comitente es el padre biológico, si se considera contrario al orden público.⁸⁹

3.3. Situaciones de desamparo de los menores

3.3.1. Denegación de la filiación y las posibles vulneraciones de derechos

El Registro Civil es una institución administrativa que deja constancia de los actos relativos al estado civil de las personas, entre ellos, el nacimiento. A partir de la inscripción del nacimiento se reconoce la existencia del menor ante la ley, se le dota de una identidad propia y “*contribuye a garantizar el derecho del niño a tener un origen y una nacionalidad y también a salvaguardar sus demás derechos humanos*”.⁹⁰ Hay, por lo tanto, una relación directa entre la inscripción en el registro de una persona y el reconocimiento de sus derechos.

El artículo 7 de la CDN establece el derecho que tienen los niños a ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos. Asimismo, el artículo 8 establece el deber que tienen los Estados de velar y respetar el derecho del niño de preservar su identidad, nacionalidad y relaciones familiares.

⁸⁸ SALES PALLARES, L.: “La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2019, Vol. 11, N. 2, pp. 343 - 344.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 341-342.

⁹⁰ Fondo de las Naciones Unidas para la infancia, “El registro de nacimiento: el derecho a tener derechos”, *Innocenti Digest*, N. 9, marzo 2002, p. 4.

<https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest9s.pdf>

La denegación de la inscripción de nacimiento y filiación de los menores en primer lugar se considera una vulneración del derecho del niño a preservar su identidad personal que recoge la CDN. Uno de los caracteres de la identidad personal es que es única pero aquí esto tampoco se cumple, mientras que en el país de donde nació el menor reconoce la filiación a favor de los padres comitentes, en España se reconoce a la filiación a favor de la madre gestante. Nos encontramos con la situación que depende en el Estado que estemos los padres del menor serán unos u otros.⁹¹

Otro de los elementos que forma parte de la identidad de una persona es la nacionalidad. Al no admitir la filiación de los padres españoles, el menor se verá privado de tener nacionalidad española, pero además depende del país donde se llevó a cabo el contrato, tampoco adquiere la nacionalidad de ese país como sucede en Ucrania, por lo que el menor pasa a ser un apátrida.⁹²

Al no reconocerse la filiación del menor a favor de los padres comitente, los derechos sucesorios del menor se ven también vulnerados. Al no reconocerse como hijo de estos, no será considerado por la ley como heredero legítimo.⁹³

Otra posible vulneración que nos podemos encontrar es el derecho a la vida privada y familiar que recoge el artículo 8 del CEDH.⁹⁴ Los Estados tienen el deber de respetar la vida familiar de sus ciudadanos y solo está permitida su injerencia por un motivo debidamente justificado. Cuando el Estado deniega la inscripción del menor, está interviniendo en la vida privada de los padres y del menor con la justificación de que es una injerencia justificada, sin embargo, es cuestionable si realmente es o no justificada.

Una de las cuestiones más debatidas es si se produce una situación de desigualdad de trato al menor nacido mediante un contrato de gestación por sustitución contraria al artículo 39.2

⁹¹ CALVO CARAVACA, A.-L, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo...”, ob. cit., pp. 88 - 89.

⁹² *Ibidem*, pp. 88 - 89.

⁹³ *Ibidem*, p. 90.

⁹⁴ Artículo 8 del CEDH:

*“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 del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.*

CE que establece que todos los hijos son iguales ante la ley con independencia de su filiación. La ley española es una de las más avanzadas respecto a las técnicas de reproducción humana asistida, el principio de veracidad biológica parece haberse superado, un ejemplo es el caso del reconocimiento de complacencia que citamos anteriormente donde ya no es necesario la veracidad biológica. La ley igualmente permite atribuir la paternidad y maternidad legal a quienes no son los padres biológicos. Parece entonces que existe un trato discriminatorio porque no se permite inscribir al menor nacido en virtud de la gestación por sustitución por el simple de hecho que haya nacido por esta técnica donde además en la mayoría de los casos tanto el hombre como la mujer han aportado su material genético.

Igualmente, el hecho de que los tribunales apliquen el orden público atenuado en los casos de matrimonio polígamo para permitir que el matrimonio pueda desplegar algunos de sus efectos como el derecho de la mujer viuda a recibir una pensión, pero que en el contrato de gestación por sustitución no se aplique deja de relieve la existencia de un trato desigualitario debido a que estamos en ambos casos ante contratos considerados nulos por nuestro ordenamiento jurídico.

Otro caso de desigualdad que parece producirse es que el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 permita al padre reclamar la paternidad del menor, sin embargo, no a la madre, aun habiendo esta aportado sus gametos. El artículo 10.2 establece que la determinación de la filiación viene determinada por el parto, por lo que la única vía para convertirse en la madre legal es que inicie un proceso de adopción. Parece no haber justificación en que habiendo sido los dos padres partes de un contrato considerado nulo, al padre se le reconozca la posibilidad de ejercitar la reclamación de paternidad, pero a la madre no se le permita ejercitar la reclamación de la maternidad. Se podría decir que existe un trato desigual en situaciones jurídicas iguales que resulta contrario al artículo 14 de la CE. Las acciones de reclamación de maternidad y paternidad están además directamente relacionadas con el derecho del niño a reconocer su filiación biológica.⁹⁵

Una de las soluciones que ofrece el TS para poder inscribir la filiación del menor a favor de los padres comitentes es iniciar un proceso de adopción, solución que ha sido muy criticada por la doctrina por considerarse contraria al interés superior del menor. La gran cantidad de

⁹⁵ NÚÑEZ BOLAÑOS, M. y NICASIO JARAMILLO, I.-M^a.: “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, N. 29, enero-diciembre 2015, pp. 254 - 256.

trámites que conlleva el proceso de adopción lo hace dilatarse en el tiempo y durante ese tiempo, el menor se encuentra en una situación de vulnerabilidad extrema. Los padres comitentes al no ser considerados como sus padres legales no tienen ningún tipo de responsabilidad parental frente a él y la madre gestante quien es considerada como la madre legal, no tiene la intención de hacerse cargo del menor. Pueden darse diversas situaciones en las cuales menor se encuentra en una situación de desprotección total como, por ejemplo, en el caso de que los padres posteriormente cambien de opinión y no quieran hacerse cargo del menor o en el caso de que fallezca uno de los padres, no tendrá derechos sucesorios.⁹⁶

Esta situación de desamparo de los menores se puede observar en el caso de las familias españolas atrapadas en Ucrania que anteriormente hemos mencionado. Estando en vigor el sistema de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, es necesario una sentencia judicial que acredite la filiación para proceder a la inscripción del menor al Registro español, sin embargo, en países como Ucrania no hay una sentencia que acredite la filiación por lo que la única opción es conseguir pasaporte ucranio y una vez llegados a España ejercitar la acción de paternidad y posteriormente, el procedimiento de adopción. Nos encontramos que aparte de la situación de desprotección que sufre el menor durante se procesa la adopción hay que sumarle el tiempo que deben estar en el otro país hasta conseguir el pasaporte estando hasta ese momento en situación de apátrida. Difícilmente puede justificarse que el sistema de la Instrucción de 5 de octubre se proteja el interés superior del menor si deja al menor en una situación donde no se reconocen sus derechos.

3.3.2. Prestaciones parentales

Otra de las cuestiones que ha sido llevada hasta nuestros tribunales es si los padres de un menor nacido por un contrato de gestación por sustitución tienen derecho a recibir prestaciones parentales, al no encontrar ningún precepto en las leyes y en los reglamentos reguladores de la Seguridad Social que atiendan a este supuesto. Su importancia deriva en que la finalidad última de las prestaciones parentales es atender a los cuidados del menor por lo que está directamente relacionado con el interés superior del menor.

El INSS en un primer momento se mostró renuente a reconocer el derecho a prestaciones parentales basándose en la nulidad del contrato de gestación por sustitución establecida en la Ley 14/2006 y por no encontrarse entre los supuestos que la LGSS reconoce este derecho.

⁹⁶ LAMM, E.: “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 4, Junio 2016, pp. 93 - 98.

Las resoluciones denegatorias del INSS se recurrieron por los afectados ante los Juzgados de lo social y finalmente, nuestro Alto Tribunal resolvió para la unificación de la doctrina en la Sentencia de 25 de octubre de 2016 y en la Sentencia de 16 de noviembre de 2016.

Los antecedentes de hecho de la STS de 25 de octubre de 2016⁹⁷ se constituyen por Juan Enrique que viajó a la India para llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución, en virtud de este contrato nacen dos niñas que son inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi. Juan Enrique acepta ejercer de forma exclusiva las funciones de la patria potestad mientras que Ana, la madre gestante, renuncia por declaración jurada a la guardia y custodia de las menores. El 31 de octubre de 2013, Juan Enrique reclamó al INSS prestación de maternidad por el nacimiento de sus dos hijas, pero la Resolución de 6 de noviembre de 2013 denegó la reclamación por no encontrarse en ninguno de los supuestos que recogía el artículo 133 bis de la LGSS de 1994.

Ante la resolución denegatoria del INSS, Juan Enrique interpone demanda ante el Juzgado de lo Social que es desestimada por lo que interpone recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña que estima la demanda. El TSJ de Cataluña resuelve reconociendo la prestación de maternidad y condenada al INSS al abono del 100% de la base reguladora durante 18 semanas al ser un parto múltiple más el subsidio especial por cada hijo durante 6 semanas. El INSS interpone recurso de casación para la unificación de la doctrina el 30 de octubre de 2015 para que anule la sentencia recurrida debido a que no se debe dotar de protección social a una institución opuesta al orden público español. Presenta una sentencia de contraste del TSJ del País Vasco que desestima la pretensión del reconocimiento de la prestación de maternidad en un caso de gestación por sustitución llevado a cabo en otro país. Por su parte, nuestro Alto Tribunal afirma la existencia de contradicción entre las dos sentencias y posteriormente resuelve desestimando el recurso y, por lo tanto, reconociendo el derecho a la prestación.

Los antecedentes de hecho de la STS de 16 de noviembre de 2016⁹⁸ se constituyen por Cristina y Jose Enrique los cuales fueron padres en virtud de un contrato de gestación por sustitución en EEUU y siendo el menor inscrito en el Consulado General de España en Los Ángeles. La solicitud de Cristina de la prestación por maternidad fue denegada por el INSS

⁹⁷ STS n° 881 de la Sala de lo Social, de 25 de octubre de 2016, CENDOJ n° 28079149912016100036.

⁹⁸ STS n° 953 de la Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2016, CENDOJ n° 28079149912016100035.

en la resolución de 10 de junio de 2013 por no ser una situación protegida por la ley para obtener prestaciones por maternidad. Cristina interpone demanda ante el Juzgado de lo Social que es desestimada por lo que pone posteriormente recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de Madrid que igualmente desestima el recurso.

Cristina interpone recurso de casación para unificación de la doctrina presentado la Sentencia de la Sala de lo social del TSJ del Principado de Asturias de contraste la cual desestima el recurso interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Oviedo que estima la pretensión de Ramona de recibir la prestación por maternidad por su hijo nacido en virtud de un contrato de gestación por sustitución llevado a cabo en EEUU. Nuestro Alto Tribunal constata la contradicción entre ambas sentencias y finalmente, resuelve la demanda anulando la sentencia del TSJ de Madrid y declarando el derecho de la actora a percibir la prestación de maternidad durante 112 días.

La posición tomada por el TS en los dos pronunciamientos es el reconocimiento de las prestaciones por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución, no obstante, en los dos casos hay votos particulares en contra del reconocimiento. La decisión del TS está motivada principalmente en cuatro puntos:⁹⁹

- Los derechos del menor no deben verse perjudicados por la nulidad del contrato
- El interés superior del menor debe aplicarse también en las normas de la Seguridad Social relativas a las prestaciones maternas, debiendo ser considerado como primordial ante cualquier otro interés legítimo.
- Las normas de la Seguridad Social relativas a las prestaciones maternas responden a la finalidad de protección a la familia y a la infancia sin restricciones. Si se denegase en los supuestos de gestación por sustitución hubiese una discriminación por razón de su filiación en contra de los artículos 14 y 39.2 CE.

⁹⁹ PANIZO ROBLES, J.-A. (Administrador Civil del Estado). “¿Se abre la brecha? El Tribunal Supremo reconoce el derecho a las prestaciones de seguridad social por maternidad en los supuestos de maternidad «subrogada»”, CEF.- Laboral Social, 19 de diciembre de 2016.

<https://www.laboral-social.com/sentencias-TS-25-octubre-2016-3818-2015-16-noviembre-2016-3146-2014-maternidad-subrogada-vientres-alquiler-reconocimiento-prestaciones-seguridad-social.html>

- Las prestaciones maternas se incluyen en los supuestos de adopción o acogimiento constituidos mediante resolución extranjera por lo que se aplicará de forma analógica a los supuestos de gestación por sustitución

El INSS acogió la doctrina del TS y emitió las Consultas 29/2016 y 4/2017, donde establece los criterios para la aplicación del derecho al subsidio por maternidad del artículo 177 del TRLGSS¹⁰⁰ en los casos de gestación por sustitución. Cualquiera de los progenitores podría acceder a la prestación de maternidad o paternidad, indistintamente del sexo, si se cumplen los requisitos exigidos, siendo requisito esencial que el menor haya sido inscrito en el Registro civil español.¹⁰¹

La anterior doctrina del TS ha sido la seguida durante los últimos años, sin embargo, con la publicación del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación,¹⁰² la regulación de las prestaciones parentales ha cambiado manifiestamente. La antigua prestación de maternidad y paternidad se ha convertido en una única prestación por nacimiento y cuidado del menor haciendo referencia expresa a la madre biológica y sin incluir de nuevo los supuestos de gestación por sustitución. Por lo tanto, si sigue habiendo o no un reconocimiento de las prestaciones en el caso de gestación por sustitución queda a expensas de las interpretaciones *a posteriori* que realicen nuestros tribunales.¹⁰³

4. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES EXTRANJERAS SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

4.1. Función calificadora del Cónsul en la inscripción

La importancia de la inscripción del nacimiento de una persona, como hemos visto anteriormente, deriva en la obtención de una identidad propia y en el reconocimiento pleno

¹⁰⁰ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261 de 31 de octubre de 2015).

¹⁰¹ TOMÁS MATAIX, D.: “La problemática derivada del reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2019, pp. 355 - 356.

¹⁰² Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE núm. 57 de 7 de marzo de 2019).

¹⁰³ TOMÁS MATAIX, D.: “La problemática derivada del reconocimiento...”, ob. cit. pp. 357 - 358.

de derechos que otorga. Con ello se da cumplimiento a los preceptos de diversos textos internacionales como son los artículos 7 y 8 de la CDN que recogen el derecho del menor a la inscripción en el Registro y de nuestros propios textos nacionales como el artículo 39 de nuestro texto constitucional que establece el deber de los poderes públicos en asegurar la protección del menor que se materializa en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Aun cuando es un contrato no permitido por nuestra legislación, no evita que las personas que quieren someterse a esta técnica viajen a otro país para someterse a ella. El problema llega cuando después del nacimiento del menor que ha tenido lugar en otro país, los padres se dirigen al Registro Consular español para proceder a su inscripción y los encargados de estos Registros se encuentran con que nuestro derecho sustantivo no da respuesta a estos supuestos. Ante la inexistencia de regulación de nuestro derecho sustantivo, debemos hacer uso de las reglas de nuestro Derecho Internacional Privado y la doctrina de la DGRN que ha venido a suplir la labor del legislador.

Actualmente, el sistema seguido es el recogido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sin embargo, debemos recordar que las Instrucciones de la DGRN se encuentran en el nivel más bajo de la escala normativa de nuestro ordenamiento jurídico. Como consecuencia, no tienen eficacia *erga omnes* y debemos entenderlas como directrices dirigidas exclusivamente a los encargados de los registros civiles consulares.¹⁰⁴

En todas las Embajadas y Consulados Generales de España en el exterior hay un Registro Civil Consular, el cual posee las mismas facultades que los registros civiles en España.¹⁰⁵ Una de las principales diferencias entre el Registro civil municipal y el Registro civil consular es que mientras el primero se rige por el principio de territorialidad, este se rige por el principio de personalidad, la nacionalidad es por tanto el punto de conexión. El encargado de este Registro Civil Consular es el Cónsul, así lo extraemos de la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares¹⁰⁶ que establece en su artículo 5.f) que entre las funciones del

¹⁰⁴ PERTUSA RODRÍGUEZ, L.: “Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2018, Vol. 10, N. 2, p. 603.

¹⁰⁵ Registro Civil Consular, Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. <http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/ESTOCOLMO/es/Embajada/ServiciosConsularesT/Paginas/Registro%20Civil.%20Nacimientos,%20matrimonios%20y%20defunciones.aspx>

¹⁰⁶ Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963. (BOE, núm. 56, de 6 de marzo de 1970).

Cónsul se encuentra ser el encargado del registro civil consular. Además, en el ejercicio de sus funciones, se equipara al juez de primera instancia que se encarga del registro civil municipal.¹⁰⁷

El artículo 122 del Reglamento de Registro Civil establece que *“el Encargado del Registro no puede consultar cuestiones sujetas a calificación”*. Este precepto quiere decir que el Cónsul cuando decida inscribir o no un hecho registral no puede solicitar el criterio del Registro Civil Central sino que debe aplicar los criterios en la normativa vigente que lo forman las Instrucciones de la DGRN.¹⁰⁸

Por consiguiente, el primer requisito para proceder a la inscripción del menor es que al menos uno de los padres del menor ostente la nacionalidad española. El siguiente requisito, siguiendo las directrices de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, es la presentación junto a la solicitud de inscripción de una resolución judicial dictada por Tribunal competente en el país de origen que determine la filiación del nacido. Esta exigencia responde a la finalidad de controlar el cumplimiento el contrato en el país que se ha llevado a cabo y asegurar que no se ha vulnerado en el procedimiento tanto los intereses del menor y de la madre gestante. De esta forma también aseguramos que no haya un encubrimiento de tráfico internacional de menores. No se admitirá en ningún caso una certificación registral extranjera o simple declaración para proceder a la inscripción del menor.

Una vez presentada la resolución extranjera, el Cónsul debe considerar si esta ha sido dictada en un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa o si, por el contrario, ha sido dictada en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria. Su importancia reside en que depende de donde provenga la resolución, el reconocimiento se hará de distinta forma:

1. Resolución judicial extranjera dictada en un procedimiento de naturaleza contenciosa
La resolución deberá ser objeto del procedimiento exequátur regulado en la LEC de 1881 derogada por la actual LEC de 2020. Deberá presentarse el auto judicial que ponga fin al procedimiento exequatur, de lo contrario, el Cónsul denegará la inscripción. Este procedimiento será objeto de estudio posteriormente.
2. Resolución judicial extranjera dictada en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria

¹⁰⁷ PERTUSA RODRÍGUEZ, L.: “Dimensión consular...”, ob. cit., p. 606.

¹⁰⁸ PERTUSA RODRÍGUEZ, L.: “Dimensión consular...”, ob. cit., p. 607.

El Cónsul debe realizar un control incidental de la resolución donde deberá constatar:

- La regularidad y autenticidad formal de la resolución y los demás documentos presentados
- La competencia judicial internacional del tribunal de origen se haya basado en criterios equivalentes a los establecidos en la regulación española
- Los derechos de las partes, específicamente el de la madre gestante, hayan sido garantizados
- No se haya producido vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante incluyendo que su consentimiento haya sido libre y voluntario
- La firmeza de la resolución y que los consentimientos presentados sean irrevocables o si tuvieran un plazo este ya hubiere transcurrido.

Una de las cuestiones más criticadas es que el Cónsul debe decidir si la resolución judicial extranjera tiene origen en un procedimiento de naturaleza contenciosa o en un procedimiento análogo a uno español de naturaleza contenciosa, pero la DGRN no establece ningún criterio de diferenciación, por lo que esta decisión queda al arbitrio del Cónsul correspondiente en cada caso.¹⁰⁹

La nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil¹¹⁰ que entrará en vigor en su totalidad el 30 de junio de 2020, tal como establece su Disposición final décima, sigue la misma línea que la Instrucción de 5 de octubre de 2010.¹¹¹ El artículo 96 regula la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras estableciendo que solo procederá su inscripción cuando haya adquirido firmeza o en el caso de tener su origen en procedimientos de jurisdicción voluntaria, deberán ser definitivas. En el caso de que no sea así, solo se procederá a su anotación registral que tendrá valor meramente informativo.

¹⁰⁹ MARÍA DÍAZ FRAILE, J.: “La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 6, N. 1, enero-marzo, 2019, pp. 94 - 95.

¹¹⁰ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE, núm. 175, de 22/07/2011).

¹¹¹ MARÍA DÍAZ FRAILE, J.: “La gestación por sustitución ante el Registro Civil Español...”, ob. cit., p. 94.

En el párrafo 2 del artículo 96 establece los dos tipos de procedimientos que se pueden seguir, uno siguiendo el procedimiento de la LEC de 1881 o mediante verificación del Cónsul de los siguientes puntos:

- “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.”*

A continuación, se establece que el Cónsul deberá notificar de la resolución a todos los interesados y afectados y estos tendrán la posibilidad de solicitar el exequatur de la resolución judicial o interponer recurso ante la DGRN.

4.2. Homologación de las resoluciones extranjeras

Tanto la Instrucción de 5 de octubre de 2010 como la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil establecen que la resolución judicial extranjera dictada en un procedimiento de naturaleza contenciosa debe ser objeto del procedimiento exequátur regulado en la LEC de 1881. La LEC de 1881 regulaba en los artículos 954 y siguientes el procedimiento exequatur que mantuvieron su vigencia con la publicación de la LEC de 2000. No obstante, con la posterior publicación de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil¹¹² debemos entender derogado el anterior procedimiento exequátur. Actualmente, el procedimiento exequatur se encuentra regulado en los artículos 42 y 52 a 55 de la LCJIMC.

Lo primero que tenemos que tener en cuenta es que el régimen de reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros del Título V de la LCJIMC es un régimen supletorio que solo será de aplicación ante resoluciones judiciales extranjeras que provengan de un país que no tenga ningún Convenio especial con España y que no sean miembros de la UE. En el caso de existir un Convenio aplicable o ser miembro de la UE, en el primer caso se aplica dicho Convenio y en el segundo caso, se aplicará el

¹¹² Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE, núm. 182, de 31 de julio de 2015).

Reglamento (UE) 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.¹¹³

El artículo 41.2 de la LCJIMC dispone que serán también susceptibles reconocimiento y ejecución las resoluciones extranjeras cuyo origen sea un procedimiento de jurisdicción voluntaria. No obstante, la Disposición adicional primera de la Ley establece como normas especiales las contenidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, por lo que hay que entender que las normas de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria¹¹⁴ se entenderán de aplicación preferente. El artículo 12 de la LJV reconoce la posibilidad que tiene el encargado de registro de llevar a cabo el reconocimiento incidental de las resoluciones judiciales de jurisdicción voluntaria sin acudir anteriormente a un procedimiento exequatur, coincidiendo por lo tanto con lo dispuesto en la Instrucción de 5 de octubre de 2010.¹¹⁵

Dejando de un lado las resoluciones judiciales cuyo origen sea un procedimiento de jurisdicción voluntaria, las resoluciones judiciales cuyo origen sea un procedimiento de naturaleza contenciosa deberán ser objeto del procedimiento exequatur. La finalidad del procedimiento exequatur es declarar el reconocimiento de una resolución extranjera y en su caso, autorizar su ejecución, tal como establece el artículo 42.1 LCJIMC. Las resoluciones extranjeras para poder acudir a este sistema necesitan tres requisitos que son:¹¹⁶

- La resolución debe proceder de un Tribunal estatal extranjero
- El objeto de la resolución debe ser materia de derecho privado
- Firmeza de la resolución

Podrá denegarse el reconocimiento de una resolución extranjera si incurre en alguno de los motivos del artículo 46 de la LCJIMC:

- *Cuando fueran contrarias al orden público.* El orden público es el conjunto de principios y valores que recoge nuestro ordenamiento en un momento determinado, cuya utilización como motivo de denegación debe utilizarse de forma excepcional. Los efectos del reconocimiento son los que deben considerarse contrarios al orden público, no la resolución extranjera en sí y está

¹¹³ ABARCA JUNCO, A.-P., *El Derecho internacional Privado...*, ob. cit., p. 216.

¹¹⁴ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 03/07/2015).

¹¹⁵ MARÍA DÍAZ FRAILE, J.: "La gestación por sustitución ante el Registro Civil Español...", ob. cit., p. 93.

¹¹⁶ ABARCA JUNCO, A.-P., *El Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., p. 217.

consideración debe tener lugar en el momento del reconocimiento no en el momento en el que se dictó la sentencia.¹¹⁷ Como hemos podido observar anteriormente, esta es la causa de denegación que defienden quienes se posicionan en contra de la inscripción de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución y es que la admisión de la resolución extranjera que determina la filiación produciría efectos contrarios al orden público en tanto se estaría admitiendo que un menor puede ser objeto de una compraventa.

- *Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes.* Se entiende que hay una manifiesta infracción de los derechos de defensa cuando no se haya entregado al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma correcta y con tiempo suficiente para su defensa. Normalmente, tendrá lugar cuando la sentencia extranjera se haya declarado en rebeldía, sin embargo, no toda resolución que se haya dictado en rebeldía da lugar esta excepción sino que puede subsanarse durante el procedimiento de exequatur si queda constancia de que el demandado aceptó la sentencia o si asignó a un defensor de oficio.¹¹⁸
- *Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable.* Este motivo es la antigua causa del control de competencia del juez origen. Tanto cuando la resolución extranjera haya sido dictada sobre una materia cuya competencia exclusiva ostentan los tribunales españoles, como si ha sido dictada por el juez extranjero sin una causa razonable de competencia. Esta última circunstancia suele tener lugar cuando las partes buscan un foro extranjero más adecuado para satisfacer sus intereses sin que exista dicha vinculación. Cuando el juez de origen haya basado su competencia en criterios semejantes a los que recoge nuestro ordenamiento se presume esta conexión razonable.¹¹⁹

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 219.

¹¹⁸ ESPLUGUES MOTA, C. y IGLESIAS BUHIGUES, J.-L., *El Derecho Internacional Privado*, Ed. TIRANT LO BLANCH, 2019, p. 322.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 323.

- *Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España.* Anteriormente, este motivo se incluía dentro de la excepción de orden público y se exigía que la sentencia española fuese dictada previamente, no obstante, actualmente, se entiende que lo determinante es que las consecuencias jurídicas emanadas de las resoluciones sean excluyentes, con independencia de que la resolución española haya sido dictada con anterioridad o posterioridad a la resolución extranjera y que hayan sido dictadas entre las mismas partes.¹²⁰
- *Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.* En el caso de que dos resoluciones dictadas por órganos jurisdiccionales extranjeros sean incompatibles entre sí, la resolución dictada en segundo lugar no podrá reconocerse en nuestro país si la dictada en primer lugar reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.¹²¹
- *Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.* En el caso de que una resolución extranjera haya sido dictada en un proceso iniciado con posterioridad a un proceso iniciado en España entre las mismas partes y el mismo objeto, se denegará su reconocimiento en nuestro país. Anteriormente, este motivo de denegación se incluía también en la excepción de orden público.¹²²

Los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la persona frente a la que se solicita el reconocimiento o a quien se refieren sus efectos son quienes ostentan la competencia para conocer las solicitudes de exequátur. De forma subsidiaria, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar de ejecución o donde la resolución deba producir efectos y como último caso, el Juzgado de Primera Instancia ante el que se presente la demanda, tal como establece el artículo 52 de la LCJIMC.

La función del órgano judicial en este procedimiento es muy limitado, tal como determina la doctrina del TC, la concesión del exequátur es “*meramente homologador*”¹²³ debido a que solo debe comprobar el cumplimiento de los requisitos de las normas, generalmente procesales,

¹²⁰ *Ibidem*, p. 323.

¹²¹ *Ibidem*, pp. 323 - 324.

¹²² *Ibidem*, p. 324.

¹²³ ABARCA JUNCO, A.-P, *El Derecho Internacional...*, ob. cit., p. 218.

pero en ningún caso será una revisión del fondo de la cuestión. La prohibición respecto a la revisión de fondo la encontramos también en el artículo 48 de la LCJIMC.

4.3. Inscripción de la filiación sin sentencia judicial

El sistema de inscripción que rige actualmente ya hemos visto que es el diseñado por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN que exige una sentencia judicial que determine la filiación del menor para poder llevar a cabo la inscripción. Ahora bien, no en todos los países determinan la filiación del menor nacido por gestación por sustitución mediante sentencia judicial, sino mediante certificación registral o declaración simple. De hecho, es la propia Instrucción la que dispone que en ningún caso se admitirán estos documentos para proceder a la inscripción.

A pesar de que el sistema vigente parece que no permite la inscripción de la filiación mediante certificación registral o declaración simple, la realidad es que si es posible llevar a cabo la inscripción. El cauce que se debe seguir en estos supuestos es procedimiento ordinario del artículo 167 del Reglamento del Registro Civil¹²⁴ en virtud del cual, en el parte de nacimiento deberá recogerse la identidad de la madre, siguiendo la línea del artículo 10.2 de la Ley 14/2006 que establece que el parto determina la filiación. Por consiguiente, la madre gestante es considerada como la madre legal y así deberá constar en el registro.¹²⁵

Además de aparecer la madre gestante en el registro, el padre biológico podrá interponer la acción de reclamación de paternidad tal como recoge el artículo 10.3 de la Ley 14/2006. El deberá ante el Encargado del Registro reconocer su paternidad de acuerdo con el artículo 120 del CC. Desde este momento, el menor aparecerá en el registro inscrito como un hijo extramatrimonial. Pese a ello, debemos recordar que para nuestro sistema legal la filiación matrimonial, no matrimonial y la adoptiva producen los mismos efectos, así lo establece el artículo 108 del CC.¹²⁶

Una vez realizados todos los anteriores trámites, la única opción que tiene la mujer o el otro hombre, en el caso de parejas homosexuales, para establecer la relación legal con el menor

¹²⁴ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (BOE, núm. 296, de 11/12/1958).

¹²⁵ PERTUSA RODRÍGUEZ, L.: “Dimensión consular...”, ob. cit., p. 611.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 611.

es iniciar un proceso de adopción una vez en España de acuerdo con la Ley 54/2007 de adopción internacional.¹²⁷

La inscripción del menor sin sentencia judicial es por lo tanto posible, sin embargo, es un trámite costoso y que se dilata en el tiempo que durante su duración deja a los progenitores y al menor en una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica, como ya hemos visto que ha pasado en diversas ocasiones con las parejas españolas atrapadas en Ucrania. Ante esta situación, muchas parejas optaron por pedir a la Embajada española salvoconductos para regresar a España y aunque fueron concedidos a algunas de las parejas, el Gobierno ya afirmó que no concederían más.

Acudir a estos países no es aconsejable por los costosos trámites que conlleva, así lo ha expresado el Ministerio de Asuntos Exteriores en diversas ocasiones y que pide a estas parejas que no lleven a cabo este proceso y que se informen en los registros civiles consulares. Así lo podemos observar en diferentes comunicados, uno de ellos realizado el 17 de febrero de 2019 que manifiesta así: *“A la vista de esta situación, el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación sigue desaconsejando el inicio de cualquier proceso de gestación subrogada, recomendación que este Ministerio lleva haciendo desde hace años”*.¹²⁸

En el caso de las familias atrapadas en Ucrania, dispone que se están realizando trámites para dar una solución individualizada a estas: *“En el caso concreto de Ucrania, la Embajada de España en Kiev está realizando gestiones con las autoridades ucranianas para estudiar las alternativas existentes, y atenderá de manera individualizada a las familias españolas que se encuentran en el país para informarles sobre la legislación vigente y las posibilidades legales y para ayudarles a buscar la mejor solución posible en estrecho contacto con el Ministerio de Justicia”*.¹²⁹

El problema de los salvoconductos para estos menores queda reflejado en el recurso que interpusieron unos padres españoles contra la resolución que denegó la concesión de un salvoconducto de un menor nacido en virtud de un contrato de gestación por sustitución en

¹²⁷ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE, núm. 312, de 29/12/2007).

¹²⁸ Comunicado 31 del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación “Gestación por sustitución en el extranjero”, 17 de febrero de 2019.

http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Comunicados/Paginas/2019_COMUNICADOS/20190217_COMU031.aspx

¹²⁹ *Ibidem*.

la Federación de Rusia que fue resuelto finalmente la STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2017.¹³⁰

El 14 de enero de 2015 D. Luis Ángel, padre del menor nacido mediante un contrato de gestación por sustitución en Rusia se presentó ante el Consulado General de España en Moscú solicitando la concesión de un salvoconducto para menor para su vuelta a España. La regulación de obtención de salvoconductos por parte de ciudadanos españoles y extranjeros se encuentra en el RD 116/2003.¹³¹

La solicitud fue denegada por la Resolución de 28 de marzo de 2015 del Consulado por no tener el menor la nacionalidad española y, por lo tanto, no poder aplicar el artículo 8.1 del RD 116/2003 y no estar tampoco entre los supuestos que el artículo 8.2 concede salvoconductos a extranjeros en virtud de protección internacional. Como consecuencia, los padres interpusieron recurso contencioso-administrativo con la finalidad de que la actuación administrativa se declare no conforme a derecho y piden que se otorgue el salvoconducto al menor o subsidiariamente, documento análogo como puede ser el título de viaje que recoge el artículo 212 del Real Decreto 557/2011 sobre derechos y libertades de extranjeros.¹³² Por consiguiente, el objeto del recurso es únicamente la obtención del salvoconducto o documento de viaje análogo para el menor.

Los demandantes aportaron al Consulado un acta de nacimiento del menor donde aparecen ellos como padres, a lo que recuerda el tribunal el sistema que recoge la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre la necesidad de sentencia judicial que acredite la filiación y que en ningún caso podrá valer una certificación registral o simple declaración. Otro problema que se plantea es que los padres no aportaron material genérico por lo que no tienen ningún vínculo biológico con el menor.

El tribunal desestima el recurso por considerar conforme a derecho la resolución que deniega la concesión del salvoconducto al no encontrarse entre los supuestos que recoge el RD

¹³⁰ STSJ Madrid nº 209 Sala de lo Contencioso Sección 1, 13 de marzo de 2017, CENDOJ nº 28079330012017100034.

¹³¹ Real Decreto 116/2013, de 15 de febrero, por el que se regula la expedición del pasaporte provisional y del salvoconducto (*BOE*, núm. 47, de 23 de febrero de 2013).

¹³² Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (*BOE*, núm. 103, de 30/04/2011).

116/2013. En cuanto el artículo 212 del RD 557/2011, no se puede ni si quiera aplicar a este supuesto debido a que exige que la persona esté en España y el menor se encuentra en Rusia. Quedando acreditado, en virtud de los diferentes documentos aportados, que los padres conocían perfectamente la necesidad de sentencia judicial que exige el sistema legal español para la inscripción y que su obtención por los tribunales rusos era inviable, el tribunal dice así: *“la situación en que ahora se encuentran los recurrentes y el menor, lejos de ser sorpresiva, pudo ser prevista e incluso premeditada debiendo, por consiguiente, ser ahora asumida”*.

5. CONCLUSIONES

1. A pesar de que el contrato de gestación por sustitución no es lícito en diferentes países, entre los que se encuentran la mayor parte de los países europeos y más concretamente España, multitud de parejas viajan cada año a países donde si está permitido para su realización. La falta de legislación en cuanto al reconocimiento de la filiación de un menor nacido en virtud de este contrato determinada por una resolución extranjera ha implicado que las resoluciones e instrucciones de la DGRN y la jurisprudencia se hayan encargado de resolver esta cuestión. Esta situación ha acentuado la inseguridad jurídica en tanto ha habido a largo de estos años resoluciones contradictorias a la hora de reconocer estas filiaciones. Las resoluciones e instrucciones de la DGRN tienen un carácter reglamentario por lo que es muy criticable que un aspecto tan importante donde el principal implicado es un menor no se regule por una ley cuando esta sería la mejor forma de proteger los intereses del menor y terminar con la inseguridad jurídica.
2. Las actuaciones de los Estados en todo momento deben estar guidas por el interés superior del menor. Por lo tanto, a la hora de abordar el reconocimiento o no de la filiación determinada por una resolución extranjera, el interés superior del menor ha de ser tomado en consideración. Difícilmente puede defenderse que el interés superior del menor no exija el reconocimiento de la filiación. El sistema actual de inscripción de estos menores es el que diseñó la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN que exige una sentencia judicial que determine la filiación del menor, en consecuencia, la filiación determinada por una sentencia judicial puede ser inscrita en el Registro Civil español. No obstante, hay países en los cuales la filiación de estos menores no se determina por sentencia judicial y es en estos casos donde aparecen los principales problemas para llevar a cabo la inscripción del menor.
3. Pese a la exigencia de sentencia judicial para poder inscribir al menor, la misma doctrina del TS establece una vía para poder llevar a cabo la inscripción sin sentencia judicial. Mediante

el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad, en virtud de la misma ley que declara la nulidad del contrato, lo que resulta bastante contradictorio, y posteriormente, iniciar un procedimiento de adopción. No tiene mucho sentido que finalmente pueda llegarse a la inscripción del menor solo que mediante trámites mucho más costosos. Se deja al menor en una situación de desamparo que podría evitarse reconociéndose desde un primer momento la filiación.

4. La inscripción del menor en el Registro Civil está directamente relacionada con el reconocimiento de sus derechos y su dignidad. El interés superior del menor exige al legislador permitir el reconocimiento de la filiación determinada en el extranjero de estos menores que ya han nacido y los que están en camino, incluyendo los casos en que no sea determinada mediante sentencia judicial, de lo contrario, se dejaría en una situación extrema de vulnerabilidad al menor. Por otro lado, la madre gestante en la mayoría de los casos no quiere asumir su maternidad mientras que hay unos padres que quieren hacerse cargo del menor por lo que desde la perspectiva del interés superior del menor la mejor opción sería que la filiación se determine a favor de los padres comitentes.

5. A mi parecer una de las vías más adecuadas es hacer uso del orden público atenuado. Nuestros tribunales han reconocido que las mujeres de matrimonios polígamos puedan ser beneficiarias de la pensión de viudedad, aun siendo una norma que forma parte del orden público. De la misma forma, aunque la ley española que declara la nulidad del contrato de gestación es una norma que forma parte del orden público español, pueda reconocerse la filiación del menor estando así protegiendo el interés superior del menor.

6. El caso de las familias españolas atrapadas en Ucrania y de los bebés que se encuentran allí que no han podido ser recogidos, no comparto la posición del Gobierno de no ofrecer salvoconductos. Viajar a ese país para iniciar un proceso de gestación por sustitución a pesar de la multitud de recomendaciones del Gobierno de desaconsejar su realización es un acto irresponsable por parte de los padres, sin embargo, el interés superior del menor debe estar por encima de todos los demás intereses. La situación de crisis sanitaria mundial que vivimos a día de hoy hace lo más conveniente es que el Gobierno ofrezca salvoconductos para que las familias atrapadas allí puedan regresar y que las parejas puedan ir a Ucrania a por los bebés y volver a España de la forma más sencilla posible. Esta es la única forma de proteger adecuadamente los derechos e intereses del menor.

7. La exigencia de regulación del contrato de gestación en nuestro país por sustitución para acabar con la inseguridad jurídica es más que patente, tanto si es hacia su legalización como

si es para mantener su prohibición. En el caso de optar por la legalización, sería necesario un consenso político que a mi parecer a día de hoy difícilmente sería posible de conseguir y a la vez se encontraría también con la oposición de gran parte de la sociedad española que está en contra de su legalización. Todas estas dificultades aparecen debido a los componentes éticos y morales que lo envuelven que no está relacionado tanto con la vinculación de determinación legal de la filiación al hecho biológico del parto ya que otras figuras como la adopción y el acogimiento familiar han sido aceptadas sin mayor problema. De la misma forma, España es uno de los países donde mayor evolución hay en las técnicas de reproducción humana asistida. A mi juicio, la mayor controversia se suscita en torno a que con este contrato se pueda llegar a producir un tráfico de menores de forma encubierta y una explotación de los cuerpos de las mujeres. Si en un futuro se llegase a legalizar este contrato, la única posibilidad que considero razonable es la modalidad altruista para evitar la comercialización del cuerpo de la mujer y de los bebés e impedir que las mujeres gestantes acepten por necesidad económica. La ley deberá ser lo más garante posible de los derechos de la mujer gestante y del menor y garantizar que la mujer no ha sido forzada a su realización. Igualmente, deberá considerarse como una técnica excepcional y como último recurso para quienes prueben su imposibilidad de tener hijos y que las demás técnicas de reproducción asistida han fracasado.

8. En el caso de optar por mantener su prohibición, hemos podido ver que no es suficiente con que la ley declare la nulidad de este contrato para que parejas acudan a otros países para llevarlo a cabo. Por consiguiente, una vez que se ha podido asegurar la inscripción de los menores ya nacidos y se asegura la inscripción de los menores que están en camino, habría que intentar frenar este turismo reproductivo. En primer lugar, se debería perseguir a las agencias intermediarias que ofrecen sus servicios aprovechándose del deseo de las parejas de formar una familia a cambio de precios desorbitados. Para ello, sería necesario mediante ley sancionar a estas empresas que hoy por hoy se mueven con libertad debido al vacío legal existente. Si aun así no se consigue evitar que parejas españolas viajen a otros países para llevar a este contrato, podría llegar a estudiarse una forma de sancionar a estas parejas. Uno de los factores que más ha determinado que parejas acudan a este contrato es que los trámites de adopción y acogimiento familiar son muy lentos y costosos por lo que se podría estudiar también poder agilizar estos trámites y ofrecer facilidades a las parejas que desean formar una familia pero no les es posible.

9. A nivel internacional, resultaría adecuado una cooperación entre los países. Una cooperación que llevase hacia una prohibición universal con adopción de medidas a prohibir

estos contratos a nivel internacional, tal como defiende el Comité de Bioética de España en su Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. O en contraposición, una cooperación mediante acuerdos internacionales en los que la gestación por sustitución se legalice siempre que se cumplan unos mínimos para que no se produzcan violaciones de derechos de los menores y de las mujeres gestantes. Esta última postura es la que ha tomado la Conferencia de la Haya del DIPr en los trabajos sobre la gestación por sustitución que lleva desempeñando desde hace años. Asumir una u otra posición dependerá si defendemos su legalización en nuestro país o al contrario, mantener su prohibición.

6. BIBLIOGRAFÍA

1. ABARCA JUNCO, A.-P., *El Derecho Internacional Privado*, Ed. UNED, 2018.
2. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y CARRIZO AGUADO, D.: “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?” *LA NOTARIA*, 2/2014.
3. CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA CONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2015, Vol. 7, N. 2.
4. DEL CARMEN VALDÉS DÍAZ C.: “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXXI, 2014.
5. DURÁN AYAGO, A.: “Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2019, Vol. 11, N. 2.
6. EMALDI CIRIÓN, A.: “La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley”, *ILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, N. 28.
7. ESPLUGUES MOTA, C. y IGLESIAS BUHIGUES, J.-L., *El Derecho Internacional Privado*, Ed. TIRANT LO BLANCH, 2019.

8. FARNOS AMOROS. E.: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *InDret, Revista para el análisis del derecho* 1/2010, Enero 2010.
9. FERNANDEZ PEREZ, A.: “Aproximación al interés superior del menor en el Derecho Internacional Español”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año L, núm. 151, enero-abril de 2018, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2018.
10. GÁLVEZ CRIADO, A.: “¿Sigue siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable”, *Diario La Ley*, N° 9444, Sección Tribuna, 26 de Junio de 2019, Wolters Kluwer.
11. GARCÍA AMEZ, J. y MARTÍN AYALA, M.: “Turismo reproductivo y maternidad subrogada”, *Revista DS: Derecho y Salud*, Vol. 27, N. Extra 1, 2017 (Ejemplar dedicado a: XXVI Congreso 2017: Derechos sanitario y ciudadanía europea: los retos).
12. GONZALEZ MARTÍN, N. y MERCEDES ALBORNOZ, M.: “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016.
13. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2014, Vol. 6, N. 2.
14. JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ, F.: “Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, N. 12, Enero-Junio 2018.
15. LAMM, E.: “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 4, Junio 2016.
16. MARÍA DÍAZ FRAILE, J.: “La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 6, N. 1, enero-marzo, 2019.
17. MUÑOZ RODRIGO, G.: “La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N. 10 bis, junio 2019.
18. NOTRICA F.: “La figura de la gestación por sustitución”, *Revista IUS*, Vol.11, N. 39 Puebla enero-junio 2017.

19. NÚÑEZ BOLAÑOS, M. y NICASIO JARAMILLO, I.-M.: “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, N. 29, enero-diciembre 2015.
20. PERTUSA RODRÍGUEZ, L.: “Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2018, Vol. 10, N. 2.
21. RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término” *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, N. 2, 2012.
22. SALES PALLARES, L.: “La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2019, Vol. 11, N. 2.
23. SERRA ALCEGA, M.: “Reconocimiento de la maternidad subrogada en el derecho internacional privado español”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, N. 32, 2015.
24. TOMÁS MATAIX, D.: “La problemática derivada del reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2019.
25. VILAR GONZÁLEZ, S.: “La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación por sustitución subrogada en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2019, Vol. 11, N. 2.
26. VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, N. 14, 2014.

7. FUENTES NORMATIVAS

Actos normativos nacionales

1. Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).
2. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).
3. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).
4. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126 de 27 de Mayo de 2006).

5. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (*BOE*, núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).
6. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (*BOE* núm. 175, de 22 de septiembre de 2011).
7. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (*BOE* núm. 158, de 03 de julio de 2015).
8. Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (*BOE*, núm. 182, de 31 de julio de 2015).
9. Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (*BOE* núm. 57 de 7 de marzo de 2019).
10. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (*Gaceta de Madrid* núm. 206, de 25 de julio de 1889).
11. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (*BOE*, núm. 103, de 30 de abril de 2011).
12. Real Decreto 116/2013, de 15 de febrero, por el que se regula la expedición del pasaporte provisional y del salvoconducto (*BOE*, núm. 47, de 23 de febrero de 2013).
13. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (*BOE* núm. 261 de 31 de octubre de 2015).
14. Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (*BOE*, núm. 296, de 11 de diciembre de 1958).
15. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero 2009.
16. Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (*BOE* núm. 243, de 7 de octubre de 2010)
17. Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.
18. Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (*BOE* núm. 45, de 21 de febrero de 2019).

Proposiciones de leyes e informes

1. Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, relativa a los contratos de maternidad subrogada, núm. 161/000114, de 15 de septiembre de 2016 (BOCG-12-D-14, pp. 302 -304).
2. Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, núm. 122/000117, 8 de septiembre de 2017 (BOCG-12-B-145-1).
3. Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, núm. 122/000015, 16 de julio de 2019 (BOCG-13-B-46-1).
4. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 16 de mayo de 2017, Comité de Bioética de España.

Actos normativos de otros países

1. Código Civil Francés aprobado por la Ley del 21 de marzo de 1804
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20200501>
2. Código Penal Francés
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20200501>
3. Ley nº 40, de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en materia de procreación médica asistida
4. Ley de protección del embrión, n. 745/90 del 13 de diciembre de 1990
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/5.pdf>
5. Surrogacy (Regulation) Bill 2016.
http://164.100.47.4/BillsTexts/LSBillTexts/Asintroduced/257_LS_2016_Eng.pdf
6. Ley federal N° 323-FZ sobre las Bases de Protección de la Salud de los Ciudadanos de la Federación Rusa.
<https://fzakon.ru/laws/federalnyy-zakon-ot-21.11.2011-n-323-fz/>
7. Acta de Acuerdos de Subrogación de 1985.
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/contents?view=plain>
8. Acta de Reproducción Humana Asistida de 29 de marzo de 2004.

<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/page-1.html#docCont>.

9. Código de Familia de Ucrania.

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>

Actos normativos internacionales

1. Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963. (*BOE*, núm. 56, de 6 de marzo de 1970).
2. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (*BOE*, núm. 243, de 10 de octubre de 1979).
3. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. (*BOE*, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).
4. Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), Convención sobre los Derechos del niño, 29 de mayo de 2013.

8. FUENTES JURISPRUDENCIALES

1. SAP Valencia n° 826 de la Sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011, CENDOJ n° 46250370102011100707.
2. STSJ Madrid n° 8633 Sala de lo Social Sección 3, de 13 de marzo de 2013, CENDOJ n° 28079340032013100397.
3. STS Sala de lo Civil n° 247, de 6 de febrero de 2014, CENDOJ n° 28079119912014100001.
4. STS n° 881 de la Sala de lo Social, de 25 de octubre de 2016, CENDOJ n° 28079149912016100036.
5. STS n° 953 de la Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2016, CENDOJ n° 28079149912016100035.
6. STSJ Madrid n° 209 Sala de lo Contencioso Sección 1, 13 de marzo de 2017, CENDOJ n° 28079330012017100034.
7. SAP Barcelona n° 10 de la Sección 4, de 15 de enero de 2019, CENDOJ n° 08019370042019100002.

9. PÁGINAS WEB

1. Fondo de las Naciones Unidas para la infancia, “El registro de nacimiento: el derecho a tener derechos”, *Innocenti Digest*, N. 9 marzo 2002.

<https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest9s.pdf>

2. ALZATE MONROY, P. (Abogada Doctora Derecho de Familia). “Madres de alquiler, ¿el fin justifica los medios?”, Entrevista sobre la Gestación por Sustitución, 24 de julio de 2009.

<https://www.am-abogados.com/blog/entrevista-sobre-la-gestacion-por-sustitucion/2028/>

3. PANIZO ROBLES, J.-A. (Administrador Civil del Estado). “¿Se abre la brecha? El Tribunal Supremo reconoce el derecho a las prestaciones de seguridad social por maternidad en los supuestos de maternidad «subrogada»”, CEF.- Laboral Social, 19 de diciembre de 2016.

<https://www.laboral-social.com/sentencias-TS-25-octubre-2016-3818-2015-16-noviembre-2016-3146-2014-maternidad-subrogada-vientres-alquiler-reconocimiento-prestaciones-seguridad-social.html>

4. XIMÉNEZ DE SANDOVAL, P. “Por qué California es la meca de la gestación subrogada”, EL PAÍS, 23 de febrero de 2017.

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

5. VILLAR, G. y GARCÍA, A. “La situación de la gestación subrogada en el mundo”, EL PAÍS, 27 junio de 2017.

https://elpais.com/internacional/2017/06/27/actualidad/1498555779_269973.html

6. ROLLANO VEGA, L. “India pretende cerrar la puerta a la maternidad subrogada a gays y extranjeros”, EL PAÍS, 27 de septiembre de 2017.

https://elpais.com/internacional/2017/09/27/actualidad/1506529140_757638.html

7. GARCÍA RUIZ, M.-P. (Magistrada Especialista del Orden Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid). “Gestación subrogada: estado legal y jurisprudencia de la cuestión”, Tribuna, 5 de enero de 2018.

<https://elderecho.com/gestacion-subrogada-estado-legal-y-jurisprudencia-de-la-cuestion>

8. DÍAZ FRAILE, J.-M. (Registrador de la Propiedad, Letrado adscrito de la DGRN, Catedrático de Derecho Civil). “Ponencia: Gestación por sustitución: evolución de la

doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. I Congreso Internacional de Derecho y Sociedad. Gestación por sustitución. Aspectos jurídicos y psicobiológicos”, Admin., 03 de diciembre de 2018.

<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/gestacion-por-sustitucion/>

9. GARAU, F. (Catedrático de Derecho Internacional Privado). “El Gobierno deja sin efecto la Instrucción DGRN de hace dos días sobre registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”. Conflictus legum, sábado, 16 de febrero de 2019.

<http://conflictuslegum.blogspot.com/2019/02/el-gobierno-deja-sin-efecto-la.html>

10. Comunicado 31 del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación “Gestación por sustitución en el extranjero”, 17 de febrero de 2019.

http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Comunicados/Paginas/2019_COMMUNICADOS/20190217_COMU031.aspx

11. CUDDY, A. “¿Dónde es legal la gestación subrogada en Europa?”, Euronews, 19 de febrero de 2019.

<https://es.euronews.com/2018/09/13/donde-en-europa-es-legal-la-gestacion-subrogada>

12. ÁLVAREZ, P. “El Gobierno cierra la vía a registrar bebés de vientres de alquiler en Kiev”, EL PAÍS, 20 de febrero de 2019.

https://elpais.com/sociedad/2019/02/19/actualidad/1550570978_831692.html

13. MARTÍN DEL BARRIO, J. “La ley portuguesa de vientres de alquiler, declarada inconstitucional por segunda vez”, EL PAÍS, 19 de septiembre de 2019.

https://elpais.com/sociedad/2019/09/19/actualidad/1568881037_943374.html

14. CASTRO, C. “Padres por gestación subrogada en Ucrania: ‘Necesitamos un salvoconducto, la situación se está poniendo muy fea’”, EL INDEPENDIENTE, 24 de marzo de 2020.

<https://www.elindependiente.com/vida-sana/salud/2020/03/24/padres-por-gestacion-subrogada-en-ucrania-necesitamos-un-salvoconducto-la-situacion-se-esta-poniendo-muy-fea/>

15. “Denisova habló sobre el escándalo con la maternidad subrogada en Ucrania”, Correspondent.net, 13 de mayo de 2020.

<https://korrespondent.net/ukraine/4228221-denysova-rasskazala-o-skandale-s-surrohatnym-materynstvom-v-ukrayne>

16. “Coronavirus | Los bebés nacidos por gestación subrogada varados en un hotel en Ucrania”, BBC News Mundo, 16 de mayo 2020.

<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52679424>

17. EMBAJADAESPUCRANIA (@EmbEspKiev) “En relación con la información aparecida en las cuentas oficiales de Facebook e Instagram de la Defensora del Pueblo de Ucrania sobre la reunión mantenida ayer con la Embajadora de España, la Embajada quiere hacer las siguientes aclaraciones para evitar posibles malentendidos 1/8” y siguientes, 29 de mayo de 2020, 9:17 p.m.

<https://twitter.com/EmbEspKiev/status/1266448520061517825>

18. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “Filiación /Maternidad subrogada”.

<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/>

19. Registro Civil Consular, Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación.

<http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/ESTOCOLMO/es/Embajada/ServiciosConsularesT/Paginas/Registro%20Civil.%20Nacimientos,%20matrimonios%20y%20defunciones.aspx>

10. ANEXO¹³³

El mapa que se expone a continuación muestra de forma general la situación legal de la gestación por sustitución en el mundo. Entre los países que permiten ese contrato se encuentran los que sí admiten extranjeros como Estados Unidos, Canadá o Rusia; los que no admiten extranjeros como México o India; o los que no se especifica como el caso de Brasil. Otros países como China tienen una regulación expresa del contrato en cuanto a su ilegalidad, mientras que el color blanco que se encuentra en diversos países como es el caso de España indica que aunque este contrato no esté permitido no existe regulación al respecto.

¹³³ VILLAR, G. y GARCÍA, A. “La situación de la gestación subrogada en el mundo”, EL PAÍS..., ob. cit.

https://elpais.com/internacional/2017/06/27/actualidad/1498555779_269973.html

Portugal aparece como país que permite este contrato y admite a extranjeros, no obstante, debemos recordar que a día de hoy no se permite debido a que el 18 de septiembre de 2019 el Tribunal Constitucional de Portugal declaró la ilegalidad de la ley que regulaba este contrato.



Leyes de gestación subrogada

- ADMITEN EXTRANJEROS
- NO ADMITEN EXTRANJEROS
- NO ESPECIFICAN A EXTRANJEROS
- TAMPOCO ADMITEN NACIONALES