



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho.

Trabajo de Fin de Grado

Grado en Derecho (Programa de Estudios Conjuntos
Derecho y ADE)

Consecuencias Jurídicas del Contrato de Gestación por Sustitución.

Presentado por:

Ana Arribas Tomé.

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín-Calero.

Valladolid, 27 de junio de 2023.

RESUMEN.

En España, los contratos de gestación por sustitución son en el momento actual y según lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico, nulos de pleno derecho, de manera que la filiación del recién nacido a través de esta práctica corresponde a la madre gestante.

Sin embargo, la Ley española no desanima a los ciudadanos a recurrir a este tipo de prácticas, pues aun siendo conscientes de la falta de validez de dicho contrato en España, se desplazan a otros países para llevarlo a cabo y después de pagar cantidades económicas al alcance de muy pocos, reclaman una respuesta de los poderes públicos cuando regresan a España con los menores.

Palabras clave: gestación por sustitución, filiación, orden público, interés superior del menor, derecho comparado.

ABSTRACT.

In Spain, surrogacy contracts are, at the present time and according to our legal system, null and void, so that the filiation of the newborn born through this gestational modality corresponds to the surrogate mother.

However, the Spanish Law does not discourage citizens to resort to this type of practices, because even being aware of the lack of validity of such contract in Spain, they travel to other countries to carry it out and after paying economic amounts within the reach of very few, they demand a response from the public authorities when they return to Spain with the children.

Keywords: gestational surrogacy, filiation, public order, best interests of the child, comparative law.

ÍNDICE.

1.	INTRODUCCIÓN.....	6
1.1.	Objeto y delimitación del trabajo.....	8
2.	CONCEPTO, PARTES Y TIPOS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	8
2.1.	Concepto y aproximación a la gestación por sustitución.....	8
2.2.	Partes.....	9
2.2.1.	<i>Mujer gestante.</i>	9
2.2.2.	<i>Comitentes.</i>	10
2.2.3.	<i>Donantes del material genético.</i>	10
2.2.4.	<i>Equipo multidisciplinario.</i>	10
2.2.5.	<i>Agencias de gestación por sustitución.</i>	10
2.3.	Tipos de gestación por sustitución.....	11
2.3.1.	<i>Gestación por sustitución gestacional.</i>	11
2.3.2.	<i>Gestación por sustitución tradicional.</i>	12
3.	DERECHOS INVOLUCRADOS EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	13
3.1.	Los derechos de los comitentes.....	13
3.2.	Los derechos de la madre gestante.....	15
3.3.	Los derechos del menor.....	16
4.	ANÁLISIS NORMATIVO.....	17
4.1.	El ordenamiento jurídico español.....	17
4.1.1.	<i>Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnica de reproducción humana asistida.</i>	17
4.1.2.	<i>Normativa penal.</i>	19
4.1.3.	<i>La gestación por sustitución en España: ¿fraude de ley?</i>	20
4.1.4.	<i>Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.</i>	25
4.2.	Derecho comparado.....	27
4.2.1.	<i>Admisión de la gestación por sustitución.</i>	27
4.2.2.	<i>Prohibición de la gestación por sustitución.</i>	32
5.	ÁMBITO EUROPEO.....	33
5.1.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	33
5.1.1.	<i>Casos Mennesson y Labassée contra Francia.</i>	34
5.1.2.	<i>Opinión consultiva relativa al reconocimiento en la legislación nacional de una relación legal entre padres e hijos nacidos mediante gestación por sustitución (solicitada por el Tribunal de Casación en Francia).</i> 38	
5.1.3.	<i>Caso Paradiso y Campanelli contra Italia.</i>	42

5.2.	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	46
5.2.1.	<i>Asunto C-167/12 C.D. contra ST (Reino Unido)</i>	46
5.2.2.	<i>Asunto C 363/12 Z. contra A Government department y The Board of management of a community school. (Irlanda)</i>	49
6.	RESOLUCIONES Y JURISPRUDENCIA MÁS RELEVANTE SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ÁMBITO NACIONAL.....	52
6.1.	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009. 53	
6.2.	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº.15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (número 193/2010).....	57
6.3.	Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.....	58
6.4.	Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.....	63
6.5.	Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019 y de 18 de febrero de 2019.....	66
6.6.	Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022.	69
6.6.1.	<i>Antecedentes de hecho</i>	69
6.6.2.	<i>Análisis de la Sentencia</i>	70
7.	EFFECTOS JURÍDICOS EN LA REALIDAD ACTUAL. LAS PRESTACIONES SOCIALES EN ESPAÑA.	76
8.	CONCLUSIONES.....	81
9.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	84
9.1.	Jurisprudencia.....	87
9.2.	Resoluciones de la DGRN.....	88

ABREVIATURAS.

CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
CIPD	Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de Naciones Unidas
CP	Código Penal
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
IA	Inseminación Artificial
LTRHA	Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida
RCC	Reglamento del Registro Civil
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN.

Como consecuencia de una época marcada por los grandes avances científicos y médicos, las relaciones familiares han sufrido una enorme evolución.

Este cambio social ha influido sobre todo en el derecho de familia, concretamente en el derecho de filiación, ya que se ha producido lo que se conoce como <<revolución reproductiva>>. Y es que, las técnicas de reproducción humana asistida (“conjunto de técnicas y tratamientos médicos destinados a favorecer el embarazo en caso de problemas de fertilidad, tanto de causa orgánica, debida a una patología, como de causa funcional, que es el caso de la mujer sola o de las familias LGTBI+”¹) posibilitan la reproducción sin sexo.

Pues bien, en relación con estas técnicas de reproducción humana asistida, encontramos la gestación por sustitución, una práctica que requiere de una de estas técnicas y que consiste en “un contrato jurídico a través del cual una mujer (la madre gestante), mediando una cierta contraprestación económica, o no, se someterá a ser el *vientre de alquiler* para gestar a un bebé, y después del parto entregarlo a unos padres que podrán ser, o no, los padres biológicos, cediendo así los derechos filiales”².

Señalar que, la gestación por sustitución no es en sí misma una técnica de reproducción humana asistida, no solo porque esté prohibida en la regulación española, como veremos, sino porque las tres técnicas de reproducción humana existentes (inseminación artificial, fecundación in vitro con transferencia de embriones y transferencia intratubárica de gametos) tienen un denominador común que es que quien quiere asumir la condición de madre es la misma mujer que va a dar a luz al bebé, con independencia del material genético utilizado para que esto sea posible.³

En resumen, en la gestación por sustitución, a la madre gestante se le implanta un embrión (a no ser que fecunde su propio óvulo) para que lo gaste y dé a luz finalmente a un bebé. Posteriormente, será un hombre, otra mujer, una pareja matrimonial, de hecho, heterosexual u homosexual, los reconocidos a nivel jurídico y social, como padres del mismo.⁴

¹ Asociación de familias LGTBI Galehi. Disponible en: <https://galehi.org/salud/conceptos-clave-sobre-reproduccion-asistida-2/#:~:text=%C2%BFQU%C3%89%20ES%20LA%20REPRODUCCI%C3%93N%20ASISTIDA,sola%20o%20de%20familias%20LGTBI%2B>.

² AZNAR DOMINGO, A. y AYALA PLASENCIA, N. (2023): “La gestación por sustitución”. Disponible en: <https://elderecho.com/gestacion-por-sustitucion-como-forma-de-reproduccion>

³ LLEDÓ YAGÜE, F. y GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A.: “Gestación subrogada: principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)”, Editorial Dykinson S.L., Madrid, p. 237.

⁴ VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo”, Editorial Comares,

Los antecedentes de la gestación por sustitución se remontan al Antiguo Testamento ya que suele recurrirse al capítulo 16 del Libro del Génesis para atribuir a la maternidad subrogada un origen bíblico.

Este pasaje del Antiguo Testamento cuenta el nacimiento de Ismael, hijo de Abraham con Agar -la esclava egipcia de su mujer, Sara- porque la esposa del profeta no había tenido descendencia. De ese modo, Sara logró que otra mujer tuviera “hijos de ella”, como era habitual entre las mujeres estériles de Oriente Medio.

De aquella unión nació Ismael, pero 14 años más tarde, Sara “parió un hijo a la vejez”, al que llamaron Isaac y como “no ha de ser heredero el hijo de la esclava”, Sara convenció a su esposo para que los echara de su casa.⁵

Lo importante de este precedente es que ambas religiones -judaísmo e islam- no prohíben la maternidad subrogada; de hecho, Israel la legalizó en 1996 y los países musulmanes la engloban en el marco más amplio de la poligamia: un hombre puede tomar una segunda esposa y, con su consentimiento, introducirle un óvulo de la primera mujer inseminado con el esperma del marido. En cambio, el catolicismo la rechaza por ser inmoral, cosificar al ser humano y no respetar su dignidad.

En cualquier caso, el primer acuerdo de gestación por sustitución documentado es de 1976. En este supuesto, la gestante aportó sus gametos ya que se trató de una inseminación artificial.

A partir de 1978, cuando aparece la fertilización in vitro, se empiezan a dar los primeros casos en los que la gestante no aporta sus óvulos.

En 1984 por primera vez fue posible que personas que no podían tener un hijo propio genéticamente por causas de infertilidad, lo tuvieran, sin que la mujer gestante fuera también “madre genética”.

Desde esa década, la gestación por sustitución es un método cada vez más conocido en la llamada tecnología reproductiva, aunque como veremos, su aceptación no es unánime.

S.L., Granada 2012, p.1.

⁵ GÉNEIS 16.1 a 4.

1.1. Objeto y delimitación del trabajo.

El contenido del presente trabajo puede estructurarse de la siguiente manera:

En primer lugar, análisis del concepto, las partes y los tipos de “contrato de gestación por sustitución”, así como de los derechos involucrados en este tipo de acuerdos.

En segundo lugar, análisis normativo y jurisprudencial desde tres perspectivas distintas: nacional, europea e internacional.

En tercer lugar, análisis de la determinación de la filiación de los menores nacidos como consecuencia de la existencia de este tipo de contratos, a través del estudio de las resoluciones y de las sentencias más destacadas en esta materia en el ámbito nacional.

Y, en cuarto lugar, análisis de las consecuencias jurídicas en la realidad actual española de este tipo de contratos. Para ello, se estudiarán las prestaciones sociales a las que tienen acceso, o no, las partes de estos acuerdos, haciendo referencia a la jurisprudencia más relevante del momento.

2. CONCEPTO, PARTES Y TIPOS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

2.1. Concepto y aproximación a la gestación por sustitución.

Tal y como acabamos de ver, la gestación por sustitución es una práctica que requiere de una de las técnicas de reproducción humana asistida, mediante la cual, una mujer, con contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé con la finalidad de entregárselo a otras personas, quienes, a su vez, pueden ser los padres biológicos, o no.⁶

Añadir que, nuestra actual legislación no define el concepto de gestación por sustitución, sino que simplemente lo reconoce como un hecho al que le niega plenos efectos jurídicos, tal y como analizaremos seguidamente.

En cualquier caso, la gestación por sustitución se inicia mediante la firma de un contrato, que puede ser oneroso o gratuito y que sirve para regular su régimen económico y jurídico.

⁶ LUCAS ESTEVE, A.: “La gestación por sustitución”, 1ª edición, 2019, p. 28.

Mediante este contrato, la mujer gestante admite llevar a cabo la gestación en su vientre con el compromiso de entregar al bebé, una vez haya nacido, a los comitentes, que, a su vez, pueden ser portadores de material genético, o no.

En resumen, dicho contrato podría considerarse como “un acuerdo de voluntades mediante el cual una mujer se compromete a gestar un bebé para otra persona o pareja, renunciando la gestante a sus derechos como madre respecto del ser humano así nacido”⁷.

Cabe mencionar también la definición dada por la Audiencia Provincial de Valencia, en su sentencia SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011, prácticamente idéntica a la anterior, en la que establece que 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”⁸.

2.2. Partes.

Como hemos podido comprobar, de las definiciones anteriores, se desprenden varios sujetos del contrato de gestación por sustitución, entre ellos:

2.2.1. Mujer gestante.

La mujer gestante es también conocida como gestante subrogada. Lógicamente, debe de tratarse de una persona física de sexo femenino.

Este término se refiere a la persona que se encarga de gestar al bebé y que, como resultado del acuerdo, va a renunciar a su maternidad en favor del comitente o de los comitentes a cambio de una prestación económica (aliciente de índole económico), o no (aliciente de índole sentimental).

⁷ LLEDÓ YAGÜE, F. y GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A.: *Gestación subrogada: principales cuestiones civiles...*, op. cit., p. 237.

⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 949/2011 de 23 de noviembre de 2011, FJ 1º.

2.2.2. *Comitentes.*

Los comitentes son también conocidos como padres de intención o intencionales. Son las personas que contratan a la mujer gestante y que una vez se produzca el nacimiento del bebé, pasarán a ser los padres legales de éste y que por tanto, se inscribirán como progenitores en el Registro Civil.

Los motivos principales que incentivan a los comitentes a acudir a este tipo de técnicas, suelen ser, entre otros, motivos fisiológicos (por ejemplo, problemas genéticos como la infertilidad que imposibilitan la gestación por parte de la mujer), por imposibilidad biológica manifiesta (por ejemplo, parejas homosexuales formadas por varones) y otros motivos (por ejemplo, razones estéticas o profesionales relacionadas con la transformación que sufre el cuerpo de la mujer tras la gestación o incluso, dificultades en el proceso de adopción).

2.2.3. *Donantes del material genético.*

Como ya hemos mencionado y como veremos seguidamente en “los tipos de gestación por sustitución”, hay veces en las que el material genético es aportado por personas diferentes de los comitentes. El caso más habitual es que parte del material genético, concretamente los óvulos, sean aportados por la propia mujer gestante, no teniendo

2.2.4. *Equipo multidisciplinario.*

Es el conjunto de profesionales que se compromete a vigilar el proceso de gestación por sustitución para que éste llegue a buen término.

Este conjunto de profesionales suele estar formado principalmente por médicos, aunque también pueden participar psicólogos o abogados.

2.2.5. *Agencias de gestación por sustitución.*

Se conocen también con el nombre de intermediarios. Son entidades que, por un lado, ponen en contacto a la mujer gestante con los comitentes, habitualmente, a cambio de una contraprestación económica. Y, por otro lado, son quienes se encargan de los trámites jurídicos, económicos y médicos del procedimiento.

2.3. Tipos de gestación por sustitución.

En la gestación por sustitución, la mujer gestante acuerda con los comitentes, gestar un embrión, el cual tendrá vínculos jurídicos con otras personas (padres de intención) que se representan en la filiación, o incluso, vínculos de carácter biológico (cuando se ha usado material genético de éstos), pero de ninguna manera se pretende generar una vinculación con la persona que lleva a término el proceso de gestación. En la actualidad, el caso más frecuente de gestación por sustitución es la implantación del embrión de una pareja en el útero de la mujer gestante, la cual se compromete a llevar a cabo la gestación y posteriormente dar a luz para entregar al bebé a sus padres biológicos. Pero, aunque es menos frecuente, es posible también que la madre gestante aporte su óvulo para que sea fecundado con el semen del varón de la pareja de comitentes.⁹

2.3.1. Gestación por sustitución gestacional.

Se conoce también como subrogación gestacional (o plena).

En este tipo de gestación, la mujer gestante no aporta su material genético, es decir, sus óvulos. Podríamos decir entonces que este sujeto solo aporta la gestación y que no tiene por tanto ninguna relación genética con el feto.

En consecuencia, dichos óvulos serán aportados por la comitente (si quiere o puede) o por una donante del material genético.

Dentro de esta alternativa, podemos diferenciar tres posibles supuestos:

- a) Que ningún gameto (ni espermatozoides ni óvulos) sea aportado por los comitentes o padres de intención y que, por consiguiente, sean aportados por donantes de material genético.
- b) Que uno de los comitentes o padres intencionales aporte su material genético, es decir, uno de los gametos (óvulos o espermatozoides), diferenciando por tanto dos posibilidades:
 - b.1.) Que uno de los comitentes aporte el semen y una donante de material genético aporte los óvulos. Este tipo de gestación por sustitución es utilizado habitualmente por las parejas homosexuales de hombres, en los que uno de ellos aporta el semen con el que se fecunda el óvulo de una donante, que más adelante es implantado en la

⁹ ROJAS VENEGAS, B.: “El dilema de la concepción humana asistida: breve análisis de la gestación por sustitución o maternidad subrogada”, Editorial Tirant lo Blanch, Ciudad de México 2021.

mujer gestante.

- b.2) Que uno de los comitentes aporte el óvulo y un donante de material genético aporte el semen necesario para la fecundación.
- c) Que ambos gametos (tanto óvulos como espermatozoides), sean aportados por los comitentes o padres intencionales.

Se trata de casos en los que los comitentes son parejas heterosexuales en los que la mujer gestante gesta el embrión formado por el material genético de los padres intencionales.

Como se ha podido comprobar, en esta modalidad se recurre necesariamente a la fertilización in vitro o transferencia de embriones.

En resumen, la mujer gestante se limita a gestar al embrión puesto que ha sido inseminada artificialmente con material genético que no es suyo (puede que sea de quienes la contratan o que provenga de una donación anónima). Podríamos decir que, en este caso, la mujer se limita a “alquilar” su útero.

Además, añadir que, tal y como se dijo anteriormente, esta modalidad es la más utilizada en la actualidad a nivel mundial.

2.3.2. Gestación por sustitución tradicional.

Se conoce también como subrogación tradicional (o parcial).

En este tipo de gestación por sustitución, a diferencia del anterior, la mujer gestante aporta su material genético, es decir sus óvulos, además de aportar la gestación. Los espermatozoides podrían provenir tanto de uno de los comitentes como de un donante de material genético.

Es decir, la “madre de alquiler” es inseminada artificialmente para gestar un bebé con su propio óvulo, lo que conlleva, lógicamente, la contribución genética de la mujer gestante al feto. Como resultado, la mujer gestante posee un vínculo genético con el feto, y, en consecuencia, en este caso, la mujer comitente, si la hay, carecería de vínculo genético con el niño.

En estos casos, es frecuente recurrir a la utilización de Inseminación Artificial (en adelante, IA) para conseguir el embarazo en la mujer gestante. Ahora bien, esta modalidad también puede llevarse a cabo mediante relaciones sexuales o inseminación casera, con prácticamente nula participación del Estado o de los profesionales de la salud, por eso, no se suele utilizar, a no ser que se realice al margen de la legalidad.

El gran problema por tanto que tiene este tipo de gestación por sustitución es que se puede acceder a ella sin ningún tipo de control y, por consiguiente, puede dar lugar a la explotación de mujeres en situaciones de precariedad económica.¹⁰

Además, como se ha podido deducir de lo dicho anteriormente, al poseer la mujer gestante un vínculo genético con el feto por aportar ella sus óvulos para que sea posible la gestación, se plantean numerosas disputas, tal y como muestra la gran cantidad de jurisprudencia internacional que tenemos al respecto.

3. DERECHOS INVOLUCRADOS EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

3.1. Los derechos de los comitentes.

Nos encontramos principalmente con el derecho a la procreación. Señalar que, existen numerosas definiciones acerca de este derecho. Centrándonos en la idea de los <<derechos reproductivos>> que se consolidó a partir de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de Naciones Unidas (CIPD), realizada en El Cairo en 1994, podemos decir que estos son “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos”¹¹.

Esta definición como podemos observar no solo comprende la libertad de procrear, o no, implica también el derecho a utilizar técnicas reproductivas para permitir a las parejas infértiles tener hijos. De esta manera, el <<derecho a la reproducción>> ha sido entendido como el derecho que tiene un individuo o una pareja a reproducirse, ya sea de forma natural o mediante técnicas de reproducción asistida.

¹⁰ AMADOR JIMÉNEZ, M., *Biopolíticas y biotecnológicas: reflexiones sobre la maternidad subrogada en India*, Revista CS, núm. 6, julio-diciembre de 2010, pp. 193-217.

¹¹ Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.2; ONU A/CONF. 171/13/Rev.I (1995).

En lo que se refiere a España y en relación con esto último, podemos hacer mención a la SSTC 215/94 de 14 de julio, en cuanto a la libertad concreta de procrear, y a la SSTC 60/2010 del 7 de octubre, en cuanto a la libertad de dejar una relación afectiva, entre otras.

Además, parte de la doctrina entiende que las personas tienen un derecho fundamental a la reproducción, amparándose en el artículo 1.1º de la Constitución Española¹² (derecho a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico) y en el artículo 10.1º de la Constitución Española (dignidad de la persona, en este caso, dignidad de los comitentes).

Por consiguiente, en la actualidad, podríamos decir que existe en cierta manera un derecho a procrear y un derecho a hacerlo a través de las técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, es necesario matizar que, de estos derechos no se deriva en ningún caso que exista una obligación positiva de los Estados a garantizar dichos derechos, autorizando para ello, cualquier técnica existente. Por consiguiente, nada nos hace pensar que exista o pueda llegar a existir la obligación de que el legislador español tenga que permitir una práctica como la gestación por sustitución.

En cualquier caso, bajo mi punto de vista, el derecho a ser madre o padre es cierto que puede llegar a existir según los argumentos anteriormente expuestos, pero claramente, siempre y cuando no se vulneren los derechos de terceras personas, algo que sí ocurre de alguna manera en la gestación por sustitución.

En resumen, tal y como establece el Comité de Bioética en su Informe de 2017 y el Tribunal Supremo en su última sentencia en materia de gestación por sustitución: “el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas”¹³.

¹² Constitución Española, Boletín Oficial del Estado núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

¹³ STS 277/2022, DE 31 DE MARZO (FJ 3.12)

3.2. Los derechos de la madre gestante.

En relación con dicho artículo 10 de la Constitución Española, podemos considerar que la dignidad humana se configura como uno de los valores fundamentales sobre los que se sustenta el orden público y jurídico en España. Precisamente por esta razón, Naciones Unidas ha recomendado a los Estados que regulan la gestación por sustitución, que excluyan de esta práctica el carácter comercial, con la finalidad de que se respete por encima de todo la dignidad humana y de que se distancie de cualquier sospecha que la relacione con el tráfico y venta de menores¹⁴.

En resumen, el derecho a procrear y el derecho a hacerlo a través de las técnicas de reproducción humana asistida, debe de tener límites, tal y como se ha dicho anteriormente, ya que la dignidad de la persona no puede ser objeto de tráfico jurídico. Y, por consiguiente, no es posible de ninguna manera proteger jurídicamente el deseo de tener un hijo admitiendo para ello, la vulneración de los valores esenciales del ser humano reconocidos en la sociedad democrática actual.

Cabe resaltar en este sentido también los derechos fundamentales de la madre gestante en relación con su autonomía de la voluntad, concretamente con su libertad, ya que el artículo 17 de la Constitución Española le sería aplicable¹⁵.

Como podemos observar, el derecho a la libertad de procrear reconocido a los comitentes, visto anteriormente, restringe de alguna manera, el derecho a la libertad de la madre gestante.

Lo que debemos preguntarnos es si dicha libertad de la madre gestante termina en el momento en que ésta consiente iniciar el proceso de gestación en su vientre, a cambio de una compensación económica, o no. Esta pregunta será analizada y respondida más adelante, concretamente en el análisis la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022.

¹⁴ Naciones Unidas. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, A/HCR/37/69, 37º período de sesiones de 26 de febrero a 23 de marzo de 2018.

¹⁵ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229> (última consulta: 20/03/2023).

3.3. Los derechos del menor.

Hay que partir de la base de que, como se trata de un colectivo que es especialmente vulnerable, el ordenamiento jurídico tiene que preocuparse de que los derechos que le son reconocidos sean totalmente garantizados. Además, se ha empezado a ver al menor como un sujeto al que hay que estimular para que él mismo pueda ser protagonista de la sociedad y, por tanto, titular de derechos fundamentales.

Son estas las razones por las cuales, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, se ha empezado a reconocer un principio rector, un principio básico, que es el principio del “interés superior del menor”. Pero como cualquier otro principio de tan suma importancia, se trata de un concepto jurídico indeterminado. En todo caso, debemos entender que la finalidad esencial de este principio consiste en “perseguir el pleno y correcto desarrollo de la personalidad de los niños, atendiendo a sus necesidades sin prestar atención a las apetencias personales de sus progenitores, tutores o de los objetivos de la Administración Pública”.¹⁶

Pues bien, como si no fuera suficientemente difícil determinar cuál es el interés del menor en cada circunstancia, en la gestación por sustitución podemos diferenciar dos momentos en los que se pone de relieve dicho principio:

- a) Por un lado, estaría en juego el principio del interés superior del menor, antes de la concepción del mismo. Esto se traduciría en la prohibición de la gestación por sustitución.
- b) Por otro lado, estaría en juego el principio de interés superior del menor, después de la concepción del mismo, es decir, una vez que se hubiera llevado a cabo la gestación por sustitución. Esto se traduciría en que el menor que hubiera nacido, tendría derecho a que sus intereses fueran protegidos de la forma más satisfactoria posible por el ordenamiento jurídico en cuestión, lo que dependerá de la circunstancias de cada caso.

Añadir que, en este segundo caso, la jurisprudencia viene optando por garantizar el interés superior del menor, admitiendo que éste se quede con los padres de intención por haber entrado en su núcleo familiar, aunque no en todos los casos es así, ya que depende de cada supuesto, tal y como veremos más adelante.

¹⁶ LUCAS ESTEVE, A.” *La gestación por sustitución...*, op. cit., pp. 268 y ss.

En relación con lo anterior, cabe mencionar el llamado Caso de Baby M. Se trata de una pareja formada por William y Elizabeth Stern que contrataron a Mary Beth Whitehead para engendrar un hijo con el esperma de él, pero cuando nació el bebé, la madre gestante se negó a cederles la custodia. El asunto acabó en 1986 en los tribunales de Nueva Jersey (EEUU). Aunque el órgano judicial declaró que aquel contrato de gestación por sustitución era nulo, valoró cuál era la mejor opción para los intereses de la niña -principio del interés superior del menor- y otorgó su custodia a Elizabeth Stern pero reconociendo a Mary Beth el derecho a fijar un régimen de visitas.

4. ANÁLISIS NORMATIVO.

4.1. El ordenamiento jurídico español.

En España, la legislación habla de <<gestación por sustitución>> para referirse a lo que coloquialmente la gente llama <<vientre de alquiler>>.

No obstante, no son los únicos términos que se utilizan; por ejemplo, en los medios de comunicación se suelen emplear expresiones como <<madre de alquiler>>, <<madre sustituta>>, <<contrato de gestación>> o <<maternidad intervenida>>.

En Hispanoamérica, por apropiación directa del inglés <<surrogate mother>>, se denomina <<maternidad subrogada>>.

4.1.1. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnica de reproducción humana asistida.

El artículo 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), establece que:

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

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”¹⁷.

¹⁷ Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, BOE núm. 126, de 27/05/2006.

Por tanto, según lo dispuesto en el primer apartado del artículo 10 de la LTRHA, 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. Es decir, se considera como nulo de pleno derecho cualquier contrato de gestación por sustitución, ya se haya realizado mediante contraprestación, o sin ella.

Por esta razón, la mujer gestante no tiene ninguna obligación de entregar al menor nacido tras el proceso de gestación, aunque se le hubiera entregado previamente una compensación económica.

Ahora bien, si a pesar de todo ello, se celebrara un contrato de gestación por sustitución, la ley en estos casos, concretamente el apartado 2 de este artículo, determina quien es la madre, recogiendo el principio de *mater semper certa est*¹⁸. Es decir, el legislador español ha optado por atribuir la maternidad al hecho del parto, sin excepción alguna y no teniendo en cuenta el factor genético que puede darse en la relación madre-hijo, ya que lo único que ha considerado importante es la relación afectiva y emocional desarrollada entre la madre gestante y el bebé durante el embarazo¹⁹.

Por último, respecto al apartado tercero de este artículo, se otorga la posibilidad de que se pueda establecer la filiación con respecto al padre biológico. El legislador bajo este apartado, está reforzando de alguna manera que los menores no se queden sin una filiación paterna biológica. Y para ello, permite que, conforme a las reglas generales, concretamente conforme a los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se determine la filiación del padre biológico.

¹⁸ Se considera que la mujer que gesta y alumbró un niño es madre a efectos jurídicos, es decir, la determinación de la maternidad exige la concurrencia de dos elementos: (1) el hecho del parto y (2) la identidad del hijo (correspondencia del nacido con el parto precedente). Esto es así, salvo en la adopción, obviamente, donde la madre jurídica queda determinada no por el hecho natural del parto, sino por un acto civil y solemne.

¹⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J.: *La maternidad subrogada...*, op. cit., pp 31-32.

4.1.2. Normativa penal.

Podríamos decir por tanto que, al contrario de lo que estamos acostumbrados a pensar, el Derecho español no prohíbe expresamente la gestación por sustitución ya que ateniendo a lo que establece el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA, si una mujer se pusiera de acuerdo con un tercero para actuar como madre gestante, el contrato de gestación por sustitución que pudieran llegar a firmar las partes, sería nulo de pleno derecho, lo que quiere decir que no tendría validez jurídica alguna y sería como si nunca hubiera existido. Por consiguiente, nada prohíbe que se pueda acordar un contrato de gestación por sustitución, sin perjuicio claramente de que este no tenga ninguna consecuencia jurídica²⁰.

Aunque esto sea así y el Código Penal realmente no tipifique como delito la gestación por sustitución, conforme a los artículos 220 a 222 del Código Penal, parte de la doctrina considera que la gestación por sustitución sí podría dar lugar a la comisión de tres delitos:

- a) La suposición de parto. Es decir, cuando el comitente se atribuye como hijo propio a aquel que legalmente es de la mujer gestante.
- b) Ocultación o entrega del hijo. Es decir, cuando la persona entrega el hijo de la gestante al comitente.
- c) Compraventa de niños. Estamos ante el caso de que hubiera contraprestación económica, que, a decir verdad, suele ser lo más habitual en la práctica.

Los dos primeros se derivan de lo establecido en el artículo 220 del CP y el tercero del artículo 221 del CP. Las penas privativas de libertad que se establecen son de entre seis meses y dos años, y aumentarán en el tercer caso, es decir, en caso de mediar contraprestación económica, hasta los cinco años.

²⁰ FERNÁNDEZ CORDINA, G.: “Gestación subrogada: crítica a sus críticas, sobre porqué es moralmente lícita y legalizable”, pp. 152 y ss. Disponible en: <https://elibro-net.ponton.uva.es/es/lc/uva/titulos/127037>

4.1.3. *La gestación por sustitución en España: ¿fraude de ley?*

¿Qué entendemos por fraude de Ley?

“Todos aquellos actos que se realicen al amparo de una norma lícita, pero que como consecuencia se obtenga de ellos un resultado contrario a derecho o prohibido en el ordenamiento jurídico correspondiente, con o sin intención, serán considerados en fraude de Ley”²¹.

El fraude de Ley en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulado en el artículo 6.2 del Código Civil: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir”²².

En referencia a esto, es necesario analizar la excepción de orden público, consistente en una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto. Es decir, tendremos una excepción de orden público cuando la norma extranjera prevea una solución al caso concreto que sea incompatible con el orden público internacional del fuero²³.

Como consecuencia, al ser la norma extranjera contraria a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro, se rechazará su aplicación y se aplicará por consiguiente, el derecho del foro.

Cabría hacernos dos preguntas²⁴:

- a) En primer lugar, ¿la inscripción en España de los efectos derivados de un contrato de gestación por sustitución realizada en el extranjero es contraria al orden público español?

En este punto vamos a analizar si la filiación del menor nacido en un país extranjero es a favor de los comitentes o a favor de la madre gestante, siendo esto último, tal y como hemos visto, lo que se establece en el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA. Para ello, vamos a centrarnos en lo establecido por el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en la sentencia número 835/2013, recurso de Casación número 245/2012,

²¹ LUCAS ESTEVE, A.: *La gestación por sustitución...*, op. cit., p. 314.

²² VELA SÁNCHEZ, A.J.: *La maternidad subrogada...*, op. cit., pp. 48 y ss.

²³ PAULINE SCHWEINBACH, A.: “La excepción del orden público internacional”, pp. 1 y ss.

²⁴ ÁLVAREZ TOLEDO DE QUINTANA, L. (2014): “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”. Cuadernos de Derecho Transnacional, un. 2, vol. 6, pp. 21.

sección 991, de 6 de febrero de 2014.

En este caso, los recurrentes solicitaron al Tribunal que el contrato de gestación por sustitución, objeto del procedimiento, fuera reconocido como contrario al orden público español y, por consiguiente, que se declarase como inválido para así no ser ejecutado en España. Sin embargo, “afirman que la inscripción de la filiación que pretenden es solamente una consecuencia periférica de dicho contrato, por lo que no existe la incompatibilidad con el orden público que apreció la sentencia de la Audiencia”²⁵.

Ante los argumentos anteriormente expuestos, el Tribunal señala que la inscripción de la filiación no es un efecto periférico que permita la aplicación de la excepción de orden público, sino que es un efecto central derivado del contrato de gestación por sustitución. En consecuencia, la filiación que se pretenda inscribir en el Registro Civil, sería una consecuencia propia del contrato de gestación por sustitución, y por tanto, no se podría separar la filiación del contrato.

Si recordamos los apartados 2 y 3 del artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA, donde se decía que: “la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico”, podríamos concluir diciendo que, la filiación que se pretende inscribir en el Registro Civil en este caso, es contraria a dicho artículo y que, por consiguiente, es incompatible con el orden público español. Dicho con otras palabras, si se procediese a inscribir dicha filiación en el Registro Civil, se estaría atentando contra el ordenamiento jurídico español.

En resumen, en atención a lo expuesto en el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA, no se puede pretender inscribir la filiación en el Registro Civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución, ya que dicha norma, que, por cierto, es una norma imperativa, establece que la filiación materna quedará determinada por el parto, ya que, de lo contrario, tal y como acabamos de decir, se estaría atentando contra el ordenamiento jurídico español. En definitiva, en España la filiación se establece en favor de la madre gestante.

²⁵ Disponible en: <https://vlex.es/vid/filiacion-reconocimiento-extranjero-494106606>. (Última consulta: 20/04/2023).

Finalmente decir que, en esta sentencia, el Tribunal Supremo ha declarado expresamente que el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA pertenece al orden público internacional²⁶.

- b) En segundo lugar, ¿la inscripción en España de los efectos derivados de un contrato de gestación por sustitución realizado en el extranjero es fraude de ley?

En primer lugar, decir que, se considera fraude de Ley al “conjunto de actos realizados con la finalidad de eludir las leyes normalmente aplicables”²⁷.

En Derecho Internacional Privado el fraude de ley es considerado como una infracción de la finalidad o del sentido tenidos en cuenta por el legislador de la norma, es decir, no se trata de una violación del texto o literalidad de una norma de conflicto de leyes.

En el fraude de ley, existe una manipulación de los hechos tenidos en cuenta por el legislador nacional para la redacción de la norma conflictual. Sin embargo, no cualquier cambio que sufra el punto de conexión de una norma, debe considerarse fraude de Ley, sino que solo serán considerados así los actos dirigidos a desplazar las normas imperativas de la legislación del foro.

El fraude de Ley tiene tres elementos:

- Elemento material. Tiene que haber una manipulación voluntaria de las normas de conflicto de leyes, es decir, las partes deben voluntariamente cambiar la Ley que les sería aplicable.
- Elemento psicológico. Las maniobras que realizan las partes son con el fin de evitar la aplicación de una norma de carácter imperativo. Es decir, debe de existir una intención clara de eludir la norma aplicable.
- Elemento legal. Como hemos dicho antes, la norma eludida o defraudada tiene que ser una norma imperativa del ordenamiento jurídico.

²⁶ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sentencia núm. 835/2013, recurso de Casación núm. 245/2012, sección 991, de 6 de febrero de 2014.

²⁷ RAIMUNDO HOOFT, E. (2015). “Derecho internacional privado al alcance de todos”. Eudem. <https://elibro-net.ponton.uva.es/es/lc/uva/titulos/77004>.

Una vez visto qué se considera como fraude de Ley, voy a proceder a analizar la existencia de este en los procesos en los que una pareja española o una persona única, acuden al extranjero para celebrar un contrato de gestación por sustitución para, más tarde, inscribir en España los efectos derivados de dicho contrato. Para ello, vamos a ir analizando cada uno de los elementos del fraude de Ley para este caso concreto.

- Elemento material. En un proceso en el que una pareja española o persona única, acuden al extranjero para celebrar un contrato de gestación por sustitución para, más tarde, inscribir en España los efectos derivados de dicho contrato, se está realizando una manipulación voluntaria de las normas de conflicto de leyes ya que si se hubiera realizado dicho proceso en España, se les aplicaría la norma imperativa española, concretamente el artículo 9.4 del Código Civil, que establece que “la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación...”²⁸, y no la legislación extranjera a la que han acudido que permite y reconoce este tipo de contratos.

Las partes del contrato voluntariamente han cambiado la Ley que les sería aplicable. Han tratado de eludir las normas del ordenamiento jurídico español que nos remitirían a la aplicación del artículo 10.2 de la Ley 14/2006 sobre TRHA que establecía la filiación en favor de la madre gestante para aplicar la norma extranjera que permite determinar la filiación en favor de los padres comitentes en dicho proceso de gestación por sustitución.

- Elemento psicológico. No se puede negar que las acciones que han sido llevadas a cabo por las partes, tienen la finalidad de evitar la aplicación de la norma imperativa española puesto que se desplazan a un país extranjero que reconoce legalmente la gestación por sustitución para eludir la aplicación de la Ley 14/2006 sobre TRHA que prohíbe llevar a cabo este tipo de contratos y que reconoce la filiación en favor de la madre gestante y no de los comitentes.

²⁸ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> (última consulta: 21/04/2023).

Este elemento psicológico se aprecia con bastante claridad en la sentencia número 835/2013 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, recurso de Casación número 245/2012, sección 991, de 6 de febrero de 2014²⁹. En este caso, una pareja de personas con residencia y nacionalidad española, se desplazan hasta California para llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución regulado por la correspondiente ley extranjera que reconoce dicho proceso y así eludir la aplicación de la norma imperativa española.

Merece la pena recordar, que, en estos casos, no solo se va a aplicar la norma que se ha intentado eludir por las partes, si no que, además, como hemos visto, el Código Penal, tipifica como delito determinados supuestos relacionados con la gestación por sustitución (por ejemplo, el delito de compraventa de niños, pues en este caso concreto medió una contraprestación económica).

- Elemento legal. La norma que se elude o defrauda es el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA, que se califica como una norma imperativa del ordenamiento jurídico español tal y como ya dijimos. Por esta razón, dicha norma “debe aplicarse de forma obligatoria a todo supuesto, nacional o internacional, que se suscite ante tribunales y autoridades españolas”³⁰.

Finalmente, podemos concluir diciendo que, sí, que en estos casos, se aprecia la existencia de fraude de Ley internacional en los actos llevados a cabo por parejas españolas o por persona única, que acuden al extranjero para celebrar un contrato de gestación por sustitución para, más tarde, inscribir en España los efectos derivados de dicho contrato.

²⁹ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sentencia núm. 835/2013, recurso de Casación núm. 245/2012, sección 991, de 6 de febrero de 2014. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_Supremo_deniega_la_inscripcion_de_la_filiacion_de_dos_ninos_gestados_en_California_a_traves_de_un_contrato_de_alquiler

³⁰ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. (2014): “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, vol. 6, núm. 2, pp. 159.

4.1.4. *Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.*

La coloquialmente denominada “ley de interrupción voluntaria del embarazo” en su nueva reforma contiene muchas más novedades a parte de la posibilidad de interrumpir libre y voluntariamente el embarazo durante las primeras catorce semanas de gestación, entre ellas, teniendo en cuenta el objeto del presente trabajo, podemos destacar las siguientes:

En primer lugar, podemos observar que, en el Preámbulo II de la presente Ley Organica se establece que: “Del mismo modo, como Estado, debemos reafirmar el compromiso de respuesta frente a vulneraciones graves de los derechos reproductivos que constituyen manifestaciones de la violencia contra las mujeres, como la gestación por subrogación. Estas prácticas, si bien ya resultan ilegales en España, donde la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, considera nulo el contrato por el que se convenga la gestación y expresa que la filiación será determinada por el parto, se siguen produciendo, amparándose en una regulación internacional diversa, ante lo cual se ha de reconocer normativamente esta práctica como una forma grave de violencia reproductiva, y tomar medidas en el ámbito de la prevención y de la persecución”³¹.

Por consiguiente, la gestación por sustitución está reconocida en la presente ley como una forma de violencia contra las mujeres.

En segundo lugar, el artículo 32. “Prevención de la gestación por subrogación o sustitución.

1. La gestación por subrogación o sustitución es un contrato nulo de pleno derecho, según la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, por el que se acuerda la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. Se promoverá la información, a través de campañas institucionales, de la ilegalidad de estas conductas, así como la nulidad de pleno derecho del 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”³².

³¹ Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, Boletín Oficial del Estado, núm. 51, de 1 de marzo de 2023. BOE-A-2023-5364.

³² Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, Boletín Oficial del Estado, núm 51, de 1 de marzo de 2023. BOE-A-2023-5364.

Este artículo simplemente recuerda y en cierta manera refuerza lo que establece la Ley 14/2006 sobre la gestación por sustitución, tal y como hemos visto en los apartados anteriores.

En tercer lugar, el artículo 33. “Prohibición de la promoción comercial de la gestación por sustitución.

En coherencia con lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, las administraciones públicas legitimadas conforme al artículo 6 de dicha Ley instarán la acción judicial dirigida a la declaración de ilicitud de la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución y su cese”³³.

Decir que, este último argumento, en parte, fue compartido ya por el Tribunal Supremo en la sentencia de abril de 2022, que analizaremos posteriormente. Dicho órgano consideró que las agencias de intermediación “actúan y se publicitan libremente en España”³⁴ a pesar de los convenios internacionales y de las disposiciones legales que son de aplicación en nuestro país y que declaran la nulidad de pleno derecho de la gestación por sustitución, y que igualmente establecen que su publicidad atenta contra la dignidad de la persona.

Las fuentes del Instituto de las Mujeres dependientes del Ministerio de Igualdad consideran que estas agencias intermediarias para la promoción de sus servicios “recurren a habituales estrategias de marketing, con un lenguaje y un tono claramente mercantil en la mayoría de los casos, y con argumentos tanto emocionales como de carácter técnico-científico”.

En cualquier caso, resulta conveniente apreciar que, a día de hoy, estas agencias siguen manteniendo activas sus páginas.

³³ Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, Boletín Oficial del Estado, núm 51, de 1 de marzo de 2023. BOE-A-2023-5364.

³⁴ Tribunal Supremo (Sala 1ª Pleno), Sentencia 277/2022 de 31 de marzo de 2022.

4.2. Derecho comparado.

El tratamiento legal de la gestación por sustitución ofrece tres alternativas.

- a. Legal, solo si es altruista. Como sucede en Canadá, parte de México, Brasil, Bélgica, Reino Unido, Portugal, Grecia, Australia o los Países Bajos.
- b. Legal, con o sin precio. Como sucede en Israel, India, Irán, Rumanía, Ucrania, Rusia, Nueva Zelanda, Sudáfrica y en parte de los EEUU.
- c. Ilegal en todo caso. Como sucede en España, Francia, China, Japón o Italia.

4.2.1. Admisión de la gestación por sustitución.

4.2.1.1. Admisión de la gestación por sustitución cuando es altruista.

Este grupo lo forman aquellos Estados en los que la gestación por sustitución es legal, pero únicamente en su modalidad altruista, es decir, no lucrativa (lo cual no es lo mismo que sin coste³⁵). En este apartado voy a realizar un breve análisis de la regulación de algunos de los Estados que forman parte de este grupo, concretamente, aquellos que me han generado un mayor interés y que he considerado más relevantes.

- Reino Unido. La gestación por sustitución está regulada en la Surrogacy Arrangements Act de 1985³⁶, la Adoption Children Act de 2008³⁷, la Human Fertilisation and Embriology Act de 2008 y otros instrumentos como la Fertilisation and Embriology (Parental order) Regulations de 2010.

En la primera de ellas no se prohíbe la gestación por sustitución ni se sanciona a la mujer gestante ni a los comitentes, sino que lo que se recrimina es la negociación de dichos acuerdos con fin lucrativo.

³⁵ Coste siempre va a haber, en lo que se refiere a los gastos del procedimiento en sí, o los controles que se realicen a lo largo del proceso de gestación por sustitución. Lo que se descartan son aquellos precios cuya finalidad es comercial, que buscan una ganancia o un beneficio.

³⁶ Reino Unido, Surrogacy Arrangements Act. 1985. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>

³⁷ Reino Unido, Humans Fertilisation and Embryology Act. 2008. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>

Posteriormente, se producen algunas modificaciones, la más importante la de 2008, en las cuales se introduce la posibilidad de que la mujer gestante pudiese dar marcha atrás a su consentimiento prestado³⁸ y que las personas del mismo sexo unidas por unión civil registrada también puedan acudir a la gestación por sustitución.

Actualmente, la filiación en Reino Unido se determina a favor de la mujer gestante, aun cuando ésta no aporte su material genético.³⁹ Y si está casada, su marido será considerado el padre del niño, a menos que pueda demostrarse lo contrario.

Solo se va a transmitir la filiación a los comitentes pasado un “tiempo de reflexión”, si éstos lo solicitan ante los tribunales, sucediéndose así dos certificados de nacimiento.

El sistema de gestación por sustitución que posee este Estado está enmarcado por una serie de garantías legales y fundamentales que permiten a la madre gestante cambiar de opinión antes, durante y después de dar a luz al bebé. Para ello, se exige examinar el consentimiento de las partes y una evaluación del interés superior del niño.

Sin embargo, cabe mencionar que, este sistema de transferencia de la filiación está dando lugar a muchos problemas pues muchos bebés nacidos en el extranjero se están quedando en una especie de limbo jurídico ya que la paternidad legal solo se reconoce una vez ha sido tramitada la orden parental.⁴⁰

³⁸ Una vez haya producido el alumbramiento del menor, y la mujer gestante haya tenido el llamado “tiempo de reflexión” que la ley le otorga, los comitentes en el contrato son los que deben acudir al Juez para que accione la transmisión de la filiación hacia ellos, siguiendo las normas relativas a la adopción.

³⁹ Artículo 33 de la Human Fertilisation and Embryology Act de 2008.

⁴⁰ Una vez ha nacido el bebé, los padres comitentes pueden obtener una orden parental por parte del juez en la que la paternidad legal pasa de la gestante a los padres de intención.

- Grecia. La gestación por sustitución está regulada por dos leyes: la Ley 3098/2002 y la Ley 3305/2005.⁴¹

En este país, se permite la práctica de la gestación por sustitución con el requisito de una autorización judicial previa.

Añadir que, desde 2002 la gestación por sustitución gestacional y altruista está permitida en el país heleno. La ley lo que prohíbe es que se remunere a la gestante, sin embargo, establece la posibilidad de que haya una indemnización razonable por la pérdida de salarios de la gestante y por los gastos que suponen la gestación y el parto.⁴²

- Australia. La gestación por sustitución está regulada en un territorio (el Territorio de la Capital Australiana) y en cinco estados (Queens-land, New South Wales, South Australia, Victoria y Western Australia). Por el contrario, la gestación por sustitución no está regulada en el Territorio del Norte.⁴³

Sin lugar a dudas, lo que tienen en común las regulaciones sobre esta materia en Australia es que tratan de evitar la explotación de aquellas personas más vulnerables y la comercialización de la reproducción, además de proteger el interés superior del menor. Por esta razón, prohíben la gestación por sustitución mercantil, aunque he de decir que, la mayoría de los estados han introducido normas específicas para regular los gastos razonables.

⁴¹ Estas leyes tienen como antecedente el caso de la Corte de primera instancia de Heracleion n.º 31/1999, en el que se otorgó la adopción de unos mellizos nacidos por GS a los comitentes, quienes habían aportado su material genético. Los jueces pusieron de manifiesto el vacío legal y recomendaron que se legislara sobre la materia.

⁴² Artículo 13 de la Ley 3305/2005:

«The agreement for the surrogacy should be made without financial compensation. The following are not considered as financial compensation: a. The pay-ment for any expenses necessary for the artificial insemination procedure, the pregnancy, the delivery and the childbed. b. The restitution for any damages incurred and lost wages by the surrogate because she left her work or she took an unpaid leave of absence during the periods (and because) of insemination, preg-nancy, delivery and childbed.»

⁴³ En Australia las leyes sobre técnicas de reproducción asistida y gestación por sustitución están en manos de los estados y es por eso que varían constantemente.

- Canadá. La gestación por sustitución en Canadá está permitida siempre que sea altruista, es decir, la gestante tiene prohibido por ley percibir una retribución económica. Sin embargo, se establece una excepción en la ley: “salvo los gastos médicos que serán por cuenta de los padres comitentes”.

También se prohíbe la intermediación o la publicación de anuncios para obtener servicios de una gestante⁴⁴.

Por consiguiente, podemos entender que la ley canadiense se hizo exclusivamente pensando en los canadienses, ya que regula aquellos casos en los que una familiar, compañera, etc., gratuitamente, se quiera prestar a gestar un bebé para los padres comitentes, y para que, de esta manera, pueda hacerlo con las garantías legales correspondientes. Por lo tanto, no se aprobó esta ley pensando en los extranjeros que acuden a este país para conseguir el objetivo de ser padres, es decir, no se aprobó pensando en el llamado turismo reproductivo.

- Portugal. El 22 de agosto de 2016 se publicó la Ley 25/2016 en la que se establecen las condiciones para aplicar la gestación por sustitución en Portugal, entrando en vigor en agosto de 2017. Decir que, hasta ese momento, no estaba permitida.

El requisito principal que exige la ley portuguesa es que los comitentes que quieran acceder al proceso de gestación por sustitución deben de acudir previamente a un centro de reproducción asistida que acredite la infertilidad de la mujer comitente.

Añadir que, en el año 2018 esta ley fue vetada por el Tribunal Constitucional portugués. Sin embargo, en noviembre de 2021, el Parlamento de Portugal aprobó la ley de gestación subrogada con varias modificaciones para superar dichos vetos, entre ellas, por ejemplo, un plazo de 20 días tras el nacimiento del bebé para que la mujer gestante pueda arrepentirse y no entregar finalmente al menor.

⁴⁴ Artículo 6 de la *Assisted Human Reproduction Act* 2004 (Ley de reproducción humana asistida canadiense).

4.2.1.2. *Admisión de la gestación por sustitución amplia.*

En este grupo, estarían los Estados que admiten legalmente la gestación por sustitución con o sin precio, es decir, medie o no contraprestación económica. Algunos de los Estados que admiten de forma amplia la gestación por sustitución, son los siguientes:

- Ucrania. Este país se ha convertido en un centro de turismo reproductivo debido a los servicios médicos de alta calidad que posee con muchos años de experiencia y madres gestantes muy responsables. Y es por esto último que, en Ucrania han nacido más de 12.000 bebés mediante procesos de gestación por sustitución.

Como curiosidad, decir que, en Ucrania, la gestación por sustitución para parejas de extranjeros heterosexuales está permitida. Sin embargo, la gestación por sustitución para parejas homosexuales o para solteros, está prohibida.

- Rusia. Hasta hace unos meses, Rusia era un país donde la gestación por sustitución era absolutamente legal y accesible para todas aquellas personas mayores de edad que desearan ser padres.

Sin embargo, desde diciembre de 2022, las parejas extranjeras ya no pueden acceder en Rusia al proceso de gestación por sustitución. Los Diputados de la Duma (Cámara Baja del Parlamento de Rusia) aprobaron recientemente una ley que prohíbe a las parejas de extranjeros acceder a la gestación por sustitución en este país.

Según dicha norma, los procesos de gestación por sustitución, estarán únicamente disponibles para los ciudadanos rusos casados y para las mujeres solteras con ciudadanía rusa que padezcan una enfermedad que les impida dar a luz a un bebé. Sin embargo, añadir que, esta prohibición no afecta a las parejas casadas si uno de los comitentes es ciudadano ruso.

4.2.2. *Prohibición de la gestación por sustitución.*

En ese grupo, nos encontramos con aquellos Estados que establecen legalmente la nulidad de los contratos de gestación por sustitución. Lo que buscan estos países ante todo es prevenir o eliminar la práctica de la gestación por sustitución ya que consideran que esta práctica atenta contra la dignidad humana tanto de las mujeres gestante como de los menores, cuyo interés superior no se puede ni comprar ni vender.

- Francia. Los artículos 16.7 del Código Civil francés (“todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”⁴⁵) y 227. 12 del Código Penal francés (se castiga con penas de seis meses de prisión y multas de 15.000 euros a los que actúen como intermediarios entre la madre gestante y los comitentes) prohíben y sancionan la gestación por sustitución.
- Italia. El artículo 4.3. de la Ley n° 40 del 19 de febrero de 2004, *sobre normas en materias de procreación médica asistida*, prohíbe expresamente el recurso a la gestación por sustitución. Además, el artículo 12.6 de dicha ley, sanciona el uso de gametos ajenos a los comitentes y su uso o comercialización con penas de tres meses a tres años de prisión y multas desde 600.000 a un millón de euros.

No obstante señalar que una sentencia del tribunal civil de Roma del 17 de febrero del año 2.000, autorizó a una pareja utilizar los servicios de una mujer gestante. “Se trataba de una mujer que, debido a una malformación en su aparato genital, se encontraba impedida para llevar a término un embarazo, aunque sí que podía producir ovocitos, de manera que se permitió la gestación por sustitución porque se llevó a cabo <<por amor y no por dinero>>, aunque después la mujer gestante debía de renunciar a la maternidad y los comitentes proceder a adoptar al nacido⁴⁶”.

⁴⁵ Francia, Code Civile, versión consolidada del 3 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

⁴⁶ VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada...* op. cit., pp. 37 y ss.

Por cercanía con España y por las Sentencias del TEDH que voy a proceder a analizar, entre otras razones, Francia e Italia son los países que he analizado en este grupo. Sin embargo, cabe decir que, tanto los ciudadanos de estos Estados como del resto que establecen la nulidad de este tipo de contratos, recurren continuamente a países donde el proceso de gestación por sustitución sí que es legal, lo que favorece el llamado turismo reproductivo (desplazamiento de las personas a un país diferente al de su lugar de residencia para recibir un tratamiento de reproducción asistida).

5. ÁMBITO EUROPEO.

5.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Como veremos en las siguientes Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), este Tribunal no se ha pronunciado explícitamente sobre los contratos de gestación por sustitución, ya que se ha limitado:

- Por un lado, a reconocer la falta de consenso en Europa sobre esta materia y, por consiguiente, que existe un amplio margen de apreciación reconocido a cada Estado para regular la gestación por sustitución.
- Por otro lado, a afirmar que, entre sus funciones, no se encuentra la de sustituir los criterios que establecen las autoridades de cada Estado Miembro por los suyos propios.

El TEDH es consciente de que, si se reconocieran libremente todos los efectos jurídicos derivados del proceso de gestación por sustitución, se estaría dejando sin efecto la prohibición que establecen las legislaciones nacionales. Sin embargo, considera imprescindible valorar caso por caso, las distintas circunstancias que concurren, por ejemplo, la existencia, o no, de una relación biológica entre el menor y alguno de los comitentes o el tiempo necesario de convivencia para conformar “vida de familia”.

En todo caso, desde el punto de vista jurídico, hay que tener en cuenta que la filiación afecta a un aspecto esencial de la identidad de los individuos y que, por tanto, siempre debe primar el interés superior del menor.

5.1.1. Casos *Menesson y Labassée contra Francia*.

Primeramente, decir que, los Estados Miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos que prohíben o limitan el contrato de gestación por sustitución, se han visto de alguna manera influenciados o condicionados por lo dictado por el TEDH en estos dos casos que vamos a proceder a analizar.

Como hemos visto anteriormente, Francia, al igual que España o Italia, establece legalmente la nulidad de los contratos de gestación por sustitución. Concretamente, los artículos 16.7 del Código Civil francés (“todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”⁴⁷) y 227. 12 del Código Penal francés (se castiga con penas de seis meses de prisión y multas de 15.000 euros a los que actúen como intermediarios entre la madre gestante y los comitentes) prohíben y sancionan la gestación por sustitución. En resumen, en Francia, los contratos de gestación por sustitución, serían nulos de pleno derecho y contrarios al orden público internacional francés.

Tanto en el caso *Menesson* como en el caso *Labassée*, la pareja de comitentes, que va a ser la parte demandante, tenía nacionalidad francesa e igualmente, su residencia habitual radicaba en Francia.

Los supuestos de hecho fueron los siguientes:

- En primer lugar, en el caso *Menesson*, nos encontramos con un matrimonio heterosexual que ante la imposibilidad de ver cumplido su deseo de tener hijos por la infertilidad que padecía la mujer, decidieron recurrir a la gestación por sustitución en el Estado de California⁴⁸.

Añadir que, los gametos, tanto óvulos como espermatozoides, fueron aportados por dicha pareja. Por esta razón, las niñas (concretamente dos), “objeto” del contrato de gestación por sustitución, al tener material genético únicamente de los padres de intención, fueron concebidas *in vitro*.

Finalmente, en California, una decisión del Tribunal Supremo de dicho estado, en 14 de julio de 2000, reconoció la filiación en favor de dichos comitentes.

⁴⁷ Francia, Code Civile, versión consolidada del 3 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

⁴⁸ La gestación por sustitución fue legalizada de facto en California a través de una sentencia en 1993.

- En segundo lugar, en el caso Labassée, nos encontramos igualmente con un matrimonio heterosexual que no podía cumplir su deseo de tener descendencia, por un problema de infertilidad que padecía la mujer, por eso, recurrieron al *International Fertility Center for Surrogacy* de Minnesota, para llevar a cabo este proceso.

A diferencia del caso anterior, la pareja de comitentes, únicamente aportó uno de los gametos, el espermatozoides, ya que los óvulos fueron aportados por una donante anónima.

El Tribunal de Minnesota dictó una sentencia en la que estableció que la madre gestante renunciaba a todos sus derechos materno-filiales que le correspondían con respecto al bebé que dio a luz (concretamente, una niña). Este mismo Tribunal, en una segunda sentencia, reconoció como padre biológico de la menor al hombre de la pareja de comitentes, y, por tanto, le autorizó a volver a Francia con el bebé. Además, en el acta de nacimiento de Minnesota constaba expresamente que la menor era hija de los señores Labassée.

En ambos casos, una vez que las parejas de comitentes regresaron a Francia con los menores, las autoridades francesas denegaron la inscripción en el Registro Civil francés de las actas de nacimiento de los mismos, porque entendieron que, de hacerlo, las inscripciones serían contrarias al orden público internacional francés por los motivos señalados anteriormente.⁴⁹

Cuando ambas parejas de intención agotaron las instancias internas sin conseguir el reconocimiento de la filiación de las menores conforme a la regulación extranjera, solicitaron amparo al TEDH, interponiendo sus correspondientes demandas ante este, en su nombre, y en el de las menores. Ambas partes demandantes consideraron que las autoridades francesas habían vulnerado; por un lado, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y, por otro lado, el artículo 14 combinado con el artículo 8 del CEDH.⁵⁰

⁴⁹ FULCHIRON, H., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015), *Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencia Labassée y Menesson de 26 de junio de 2014)*. Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil, núm 3/2015 parte Estudio.

⁵⁰ STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso Menesson vs. France, punto 46 y Caso Labassée vs. Francia, punto 38.

Artículo 8 CEDH: “Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

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”⁵¹.

Artículo 14 CEDH: “Prohibición de discriminación.

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”⁵².

Es decir, argumentaron que la negativa de las autoridades francesas a inscribir la filiación en el Registro Civil francés, suponía un grave perjuicio para el interés del menor y que vulneraba el derecho a su vida privada y familiar.

Como los supuestos de hecho de ambos asuntos y las consecuencias jurídicas de los mismos, apenas tenían diferencias, el TEDH ha resuelto ambos casos de forma prácticamente idéntica.

En relación con el artículo 8 del CEDH, el TEDH vino a decir que, era necesario establecer una distinción entre; por un lado, el derecho al respeto de la vida familiar de los padres intencionales, y, por otro lado, el derecho al respeto de la vida privada de las menores.

⁵¹ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), artículo 8. Disponible en: <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/articulo8CEDH.htm>

⁵² Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), artículo 8. Disponible en: <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/#a14>

Finalmente, el TEDH, en relación con el primer derecho (derecho al respeto de la vida familiar de los comitentes), consideró que la negativa de las autoridades francesas a inscribir la filiación y el nacimiento de los menores, no impide el establecimiento de una vida familiar, aunque entorpezca cuestiones del día a día.

El TEDH considera que los obstáculos con los que se han encontrado los padres intencionales (demandantes) no son insuperables y que estos no se han visto impedidos en ningún momento de disfrutar del derecho al respeto de su vida familiar en Francia.

Por eso, concluye diciendo que no se ha vulnerado el derecho a la vida familiar de las parejas y que se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses de los demandantes y los del Estado.

Sin embargo, el TEDH, respecto al segundo derecho (derecho al respeto de la vida privada de las menores), consideró que el Estado francés sí que había vulnerado el artículo 8 del CEDH “el respeto a la vida privada exige que toda persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano”⁵³. Estableció que el hecho de que se hubiera reconocido la filiación de las menores en EEUU (California y Minnesota) y no en el Estado francés, les afectaba de manera directa y vulneraba su derecho a la identidad en la sociedad francesa, y que, por tanto, también vulneraba su derecho al respeto de la vida privada.

Recordemos, además, que, en ambos casos, las menores tenían material genético de uno o de ambos integrantes la pareja de intención, por lo que el TEDH consideró asimismo que, el Estado francés había sobrepasado el margen de apreciación respecto a la aplicación del CEDH.

Aclarar por tanto que, el TEDH no establece que cualquier afectación a la filiación del menor deba ser considerada como vulneración de su derecho a la vida privada, sino que tal afectación existe en aquellos casos en los que exista absoluta imposibilidad de que el ordenamiento jurídico francés reconozca cualquier vínculo de filiación biológico entre el menor y los padres comitentes. Es decir, lo que el Tribunal de Estrasburgo afirma es que a esos menores que tienen un vínculo biológico debe de reconocérseles un estatus jurídico definido, una identidad en el país en el que habitualmente van a residir⁵⁴.

⁵³ STEDH, de 16 de junio de 2014, Caso Mennesson vs. France, punto 96 y Caso Labassée vs. France, punto 75.

⁵⁴ DÍAZ ROMERO, M^a del R. “Autonomía de la voluntad y contrato de gestación subrogada: efectos jurídicos”, pp 50 y ss.

En resumen, el TEDH considera en ambos casos que, el Estado francés ha violado el artículo 8 del CEDH por haber vulnerado el derecho al respeto de la vida privada de las menores, reconocido en dicho artículo.

Ambos asuntos son muy importantes porque han servido como base o referencia en la resolución de otros casos, tales como “casos Foulon y Bouvet y caso Laborie contra Francia”⁵⁵ y porque, de alguna manera, han modificado y modificarán esta materia. Esto último es así porque el TEDH estableció que el principio del interés superior del menor, es un principio esencial, que debe de primar siempre sobre el derecho al respeto de la vida familiar de los comitentes.

5.1.2. Opinión consultiva relativa al reconocimiento en la legislación nacional de una relación legal entre padres e hijos nacidos mediante gestación por sustitución (solicitada por el Tribunal de Casación en Francia).

El 12 de octubre de 2018 el Tribunal de Casación francés solicitó al Tribunal de Estrasburgo, de conformidad con el artículo 1 del Protocolo N° 16 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que emitiera un dictamen sobre las siguientes cuestiones:

- a) ¿Se estaría vulnerando el artículo 8 de la CEDH cuando se permite inscribir en el registro de nacimientos al “padre intencional” como padre biológico del niño nacido mediante gestación subrogada y, por consiguiente, no permitiendo inscribir a la “madre intencional” como la madre legal? ¿Se debería establecer alguna diferencia si el niño fuera concebido utilizando los óvulos o no de la “madre intencional”?
- b) Si se respondiese afirmativamente a la anterior pregunta, ¿se garantiza el cumplimiento del artículo 8 cuando se ofrece la posibilidad de que la madre intencional utilice otros medios y por ejemplo adopte al hijo de su cónyuge y de esa manera se establezca legalmente la relación madre e hijo?

⁵⁵ GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2015), Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre gestación por sustitución, Revista Española de Derecho Internacional, Capítulo Décimo, 67 (I).

En primer lugar, el antecedente fundamental en el que se basa la solicitud del Dictamen es en la sentencia que acabamos de estudiar, *Menesson contra Francia*⁵⁶. Como ya hemos visto, en este caso, el padre intencional de las menores nacidas en el extranjero mediante gestación por sustitución era a su vez, su padre biológico, pues aportó su material genético.

Pues bien, a pesar de esto último, las autoridades francesas se negaron igualmente a reconocer tanto la relación existente entre el padre biológico y las menores, como el reconocimiento formal mediante la declaración de adopción o paternidad.

Ante esta negativa por parte de las autoridades francesas, el Tribunal de Estrasburgo considera que se ha producido una grave restricción a la identidad y al derecho al respeto de la vida privada de las menores, sobrepasando los límites permitidos.

A raíz de este caso, el Tribunal de Casación francés señaló que su jurisprudencia había evolucionado considerablemente porque ahora, era posible el registro del certificado de nacimiento de un menor nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución, cuando el padre de intención del menor fuera el padre biológico. Sin embargo, seguía sin reconocerse lo mismo para el caso de la madre de intención, aunque ahora si ésta está casada con el padre, tiene la opción de adoptar al menor si se cumplen una serie de condiciones legales ya que en la adopción prevalece el interés superior del menor.

En segundo lugar, respecto al derecho e instrumentos internacionales pertinentes, el TEDH se remite en particular a los artículos 2,3,5,7,8,9 y 18 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y a los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil. También ha tenido en cuenta las actividades de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado y ha examinado el informe de 15 de enero de 2018 del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la venta, explotación sexual de los niños, incluida la prostitución infantil, la pornografía infantil y otros precedentes sobre el abuso sexual infantil.⁵⁷

⁵⁶ STEDH nº 65192/11 de 2014, *Menesson v. France*.

⁵⁷ A/HRC/37/60. Disponible en: <https://bienestaryproteccioninfantil.es/informe-a-hrc-37-60-de-la-relatora-especial-de-naciones-unidas-sobre-la-venta-y-la-explotacion-sexual-de-ninos-incluidos-la-prostitucion-infantil-la-utilizacion-de-ninos-en-la-pornografia-y-abusos/>

El TEDH considera que, tal y como se establece en el preámbulo del Protocolo nº 16, el objetivo del Dictamen es fortalecer las relaciones entre el TEDH y las autoridades nacionales, reforzando la aplicación del CEDH. Es decir, el objetivo de este procedimiento no consiste en trasladar el litigio al Tribunal de Estrasburgo, sino más bien de orientar a las autoridades nacionales solicitantes sobre las cuestiones relativas al CEDH en la toma de decisiones del asunto planteado.

En tercer lugar, la decisión del TEHD, por unanimidad, el 10 de abril de 2019, fue la siguiente:

- a) El derecho del menor al respeto de su vida privada reconocido por el artículo 8 del CEDH ordena, de alguna manera, a que el ordenamiento jurídico nacional conceda la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente que haya sido designada legalmente en el acta extranjero de nacimiento como “madre legítima”.

El TEDH para establecer la anterior decisión, tuvo en cuenta:

Por un lado, como vimos anteriormente, que la falta de reconocimiento de una relación jurídica entre el menor y la madre comitente, tenía un impacto negativo en varios aspectos del derecho de ese menor respecto de su vida privada, es decir, que era perjudicial para él pues lo posicionaba en una situación de inseguridad jurídica con respecto a su identidad en la sociedad.

Por otro lado, que el alcance del margen de discrecionalidad de los Estados varía según las circunstancias. En este caso, como entra en juego el principio de interés superior del menor, el margen de apreciación de los Estados va a estar limitado. Por eso, el derecho al respeto de la vida privada del menor nacido en el extranjero a través de un contrato de gestación por sustitución, requiere que el derecho nacional prevea la posibilidad de establecer una relación jurídica paterno-filial con la madre de intención.

- b) El derecho del menor al respeto de su vida privada reconocido por el artículo 8 del CEDH, no ordena que dicho reconocimiento tenga una forma determinada, es decir, no exige que tenga la forma de inscripción en el registro de nacimientos de los datos de la partida de nacimiento legalmente establecida en el extranjero. El TEDH considera que pueden utilizarse otros medios, como la adopción del menor por la madre de intención, siempre y cuando el procedimiento establecido por el derecho nacional garantice que pueda ser aplicado “con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del menor”⁵⁸.

El TEDH para establecer esta segunda decisión, tuvo en cuenta, que no existe consenso en Europa sobre esta cuestión y que la elección de los medios para permitir el reconocimiento de la relación jurídica entre el menor y los comitentes se establece dentro del margen de apreciación de los Estados, tal y como hemos visto al inicio del presente apartado.

Por tanto, la garantía del interés superior del menor no implica que los Estados deban reconocer necesariamente la relación jurídica paterno-filial entre el menor y la madre comitente pues es algo que depende de las circunstancias del caso. Lo que verdaderamente debería existir es un mecanismo eficaz que permitiera reconocer la relación entre el menor y la madre comitente cuanto antes y “cuando dicha relación se haya convertido en una realidad práctica” para que así, el menor no se encuentre en una situación de inseguridad jurídica durante un periodo largo de tiempo.

⁵⁸ Demanda nº P16-2018-001, DICTAMEN solicitado por el Tribunal de Casación francés. Disponible en: [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292429190384-Dictamen de 10 de abril de 2019 en relacion con el reconocimiento en el Derecho interno de una rela.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292429190384-Dictamen%20de%2010%20de%20abril%20de%202019%20en%20relacion%20con%20el%20reconocimiento%20en%20el%20Derecho%20interno%20de%20una%20rela.PDF)

5.1.3. *Caso Paradiso y Campanelli contra Italia.*

En este caso, nos encontramos con dos Sentencias. Por un lado, la Sentencia de 27 de enero de 2015 (TEDH, Sección 10ª) y, por otro lado, la Sentencia de 24 de enero de 2017 (TEDH, Gran Sala).

Como vimos anteriormente, Italia, al igual que Francia, establece legalmente la nulidad del contrato de gestación por sustitución. Concretamente, el artículo 4.3. de la Ley nº 40 del 19 de febrero de 2004, *sobre normas en materias de procreación médica asistida*, prohíbe expresamente el recurso a la gestación por sustitución. Además, el artículo 12.6 de dicha ley, sanciona el uso de gametos ajenos a los comitentes y su uso o comercialización con penas de tres meses a tres años de prisión y multas desde 600.000 a un millón de euros.

El supuesto de hecho fue el siguiente, un matrimonio con nacionalidad italiana y residencia habitual en Italia, decide recurrir al proceso de gestación por sustitución para cumplir su deseo de tener descendencia. Para ello, se desplazan a Rusia, donde recordemos que, hasta hace unos meses era un país donde la gestación por sustitución era absolutamente legal y accesible para todas aquellas personas mayores de edad que desearan ser padres.

En febrero de 2011, la madre gestante rusa dio a luz a un bebé, y en consecuencia, las autoridades rusas certificaron a los padres comitentes italianos como padres del menor a todos los efectos y no establecieron de ninguna manera que, el menor hubiese sido fruto de un contrato de gestación por sustitución.

Añadir que, en este asunto, a diferencia de los anteriores, el menor no poseía material genético de ninguno de los comitentes, ya que había nacido de un gameto de donantes anónimos.

Una vez los padres intencionales regresaron con el menor a Italia, las autoridades italianas se negaron a inscribir el certificado de filiación ruso en el Registro Civil italiano, pues habían sido advertidos por el Consulado italiano en Rusia de que el menor era fruto de un contrato de gestación por sustitución, que los “supuestos padres” no eran los padres biológicos del menor y que, por tanto, el documento ruso ofrecía una información falsa. Las autoridades italianas alegaron al respecto que, una inscripción de este tipo sería contraria al orden público internacional italiano.

Como resultado, las autoridades italianas conforme a la ley de adopción internacional italiana, consideraron que el menor estaba en situación de abandono: “la aplicación de la ley nacional ha tenido como consecuencia el no reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero, porque los demandantes no tenían un vínculo genético con el niño”.⁵⁹ Las autoridades terminaron retirando a los comitentes la custodia del menor y lo ingresaron en octubre de 2011 en un centro de acogida. Añadir que, en ese momento, el menor seguía sin tener identidad.

Finalmente, a principios de 2013, el menor fue acogido mediante adopción por una familia y se le reconoció una identidad.

Tras agotar las instancias internas y sin conseguir el reconocimiento de la filiación del menor, el **27 de enero de 2015** el caso es llevado al TEDH por los padres intencionales. El TEDH falló en primera instancia y consideró que la retirada de la custodia del menor a los comitentes produce una violación del artículo 8 del CEDH, concretamente una vulneración del derecho a la vida privada y familiar, pues consideró que entre los demandantes y el menor existía una vida familiar. Además, consideró que prevalece en todo caso el interés superior del menor y que el derecho a la vida privada y familiar está por encima del orden público internacional italiano.

El TEDH estableció que las autoridades italianas no habían conseguido un equilibrio equitativo entre los intereses privados de los padres intencionales, el interés superior del menor y el interés público. Por consiguiente, el Tribunal condenó al Estado italiano a indemnizar a los comitentes.

Pues bien, transcurridos dos años de la citada sentencia del TEDH (Sección 10ª) del 27 de enero de 2015, el TEDH (Gran Sala) dio un giro a su postura inicial al revisar dicha sentencia y dictó otra el **24 de enero de 2017** considerando que la retirada de la custodia del menor a los padres intencionales no vulneraba el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH.

⁵⁹ STEDH, de 24 de enero de 2017, Paradiso-Campanelli vs. Italy, punto 77.

Por tanto, podemos observar que, el TEDH acabó dando la razón al Estado italiano. Las razones que esgrimió, entre otras, fueron las siguientes: (1) que entre el menor y los comitentes no existe relación biológica alguna (diferencia principal con los asuntos anteriores), (2) que no se puede identificar vida familiar con el corto periodo de convivencia de 6 meses entre el menor y los padres de intención, (3) que los comitentes pagaron por el menor un precio de 49.000 euros⁶⁰, (4) que no existe como tal el derecho a ser padres sino un simplemente deseo de tener descendencia, sin embargo, que lo que sí existe es el derecho de menor a conocer su origen biológico⁶¹ y (5) que los comitentes se desplazaron hasta Rusia para realizar un contrato de gestación por sustitución, a sabiendas de que en Italia estaba prohibido, es decir, que atentaron contra el orden público internacional italiano.

El TEDH en esta Sentencia, analiza la posible vulneración del artículo 8 del CEDH, diferenciando la vida familiar de la vida privada:

- En primer lugar, la vida familiar. El TEDH comprueba si existe, o no, una vida familiar entre los padres intencionales y el menor. Para ello, la Gran Sala tuvo que analizar si existía un “vínculo personal genuino” examinando la calidad de los vínculos: (1) la duración de la convivencia entre los padres de intención y el menor y (2) el papel que tuvieron los comitentes con respecto al menor.

El TEDH establece que no es posible precisar la duración necesaria de convivencia, pero que, en todo caso, es fundamental para analizar la existencia, o no, de la vida familiar.

Como hemos señalado antes, el periodo de convivencia en este caso, fue de 6 meses, a lo que debemos añadir que el menor no tenía material genético de los padres de intención. Además, el Tribunal, consideró que ese breve periodo de convivencia fue consecuencia de la inseguridad jurídica creada por los comitentes al vulnerar las leyes italianas.

Por todo lo anterior, la Gran Sala del TEDH, consideró que no existía una vida familiar propiamente dicha y que por lo tanto no se había vulnerado el artículo 8 del CEDH en este aspecto.

⁶⁰ Artículo 3.2 de la Carta Europea de Derechos Humanos: “En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: - la prohibición de que el cuerpo humano o las partes de mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro”.

⁶¹ STEDH de 24 de enero de 2017, Paradiso-Campanelli vs. Italy : “el derecho al “respeto de la vida familiar” no protege el menor deseo de fundar una familia”.

- En segundo lugar, la vida privada. El TEDH en su Sentencia, trató de analizar si esta caso podría enmarcarse, o no, dentro de la excepción establecida en el apartado 2 del artículo 8 del CEDH: “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”⁶².

Para ello, tuvo en cuenta tres aspectos: (1) si existe, o no, injerencia conforme a la ley, (2) si dicha injerencia perseguía un objetivo legítimo y (3) si esas medidas eran necesarias en una “sociedad democrática”.

En relación al aspecto (1), el TEDH determinó que la injerencia en la vida privada de los comitentes fue conforme a la ley por lo siguiente: (a) El certificado de filiación ruso, contenía información falsa pues no establecía que el menor era fruto de un contrato de gestación por sustitución, (b) El Convenio de la Haya tiene por finalidad, entre otras, : “preservar el derecho de los estados signatarios de aplicar sus propias normas de elección de ley”, que es precisamente lo que hicieron las autoridades italianas al denegar la inscripción del certificado de filiación, (c) Los Tribunales italianos consideraron al menor como extranjero de conformidad con las normas italianas sobre adopción internacional, pues no se había logrado establecer la nacionalidad del menor ya que el material genético provenía de donantes anónimos y (d) El menor fue declarado en abandono conforme a lo establecido por las leyes italianas.

En relación al aspecto (2), el TEDH considera que las medidas que se habían adoptado previamente sí que tenían una finalidad legítima pues trataron en todo momento de prevenir el desorden y proteger las libertades y los derechos de los demás.

⁶² Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), artículo 8. Disponible en: <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/articulo8CEDH.htm>

Y, por último, en relación al aspecto (3), la Gran Sala consideró que sí que eran medidas necesarias para una “sociedad democrática” porque se alcanzó un equilibrio equitativo entre los intereses públicos y privados en juego.

Para concluir, me gustaría recalcar la importancia de esta última Sentencia ya que, de alguna manera, abre a la mayoría de Estados europeos la posibilidad de luchar contra la gestación por sustitución, prohibida o restringida de alguna manera en sus ordenamientos jurídicos. Y esto es así porque se dota a los Estados en estos casos, de un amplio margen de apreciación, como ya hemos visto.

5.2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la compatibilidad de normas nacionales que no reconocen las prestaciones económicas en favor de las madres intencionales, con las normas comunitarias y los Convenios y Tratados internacionales ratificados por la UE, destacando las siguientes:

5.2.1. Asunto C-167/12 C.D. contra ST (Reino Unido).

El foco de atención recae sobre una trabajadora del Hospital de la National Health Service Foundation que, como en los supuestos anteriores, recurrió a la gestación por sustitución para hacer realidad su deseo de tener descendencia.

En este caso, el embrión estaba formado por el espermatozoides de la pareja de la trabajadora y por el óvulo de una donante anónima.

Decir que, en el año 2008 que es cuando tiene lugar este suceso, esta práctica era legal conforme a la legislación de Reino Unido.

Una vez nació el bebé, la madre de intención le amamantó durante los primeros tres meses. A los cuatro meses siguientes del nacimiento del menor, se dictó una orden prenatal por la que se concedió a los padres comitentes la responsabilidad parental plena y permanente sobre el menor.

El corazón de la cuestión es que antes de dicho nacimiento, en atención al régimen aplicable a los permisos de adopción vigente en ese momento, la trabajadora solicitó la obtención de un permiso de maternidad subrogada remunerado, pero finalmente, este le fue denegado.

Tiempo después, la entidad demandada terminó alterando su decisión y otorgó a la trabajadora el permiso remunerado.

Aunque se la terminó concediendo dicho permiso, la trabajadora interpuso igualmente una demanda, basándose en la primera denegación y alegando una discriminación ilegal por razón de sexo y/o embarazo y maternidad. A esto responde el organismo estatal, negando que se hubiera producido una infracción normativa y afirmando que la trabajadora no tenía derecho a un permiso de maternidad, así como tampoco tenía permiso por adopción ya que consideró que ambos permisos eran destinados exclusivamente a aquellas mujeres que hubieran dado a luz o adoptado a un menor.

El procedimiento fue suspendido, y *Employment Tribunal Newcastle upon Tyne* planteó al TJUE, las siguientes cuestiones prejudiciales:

- a. “¿Establecen los artículos 1 apartado 1, y/o 2 letra c) y/u 8 apartado 1 y/u 11 apartado 2 letra b), de la Directiva 92/85/CEE⁶³ un derecho a disfrutar de un permiso de maternidad en favor de la madre intencional que tiene un hijo en virtud de un contrato de maternidad subrogada?
- b. ¿Establece dicha Directiva 92/85 un derecho a obtener un permiso de maternidad en favor de la madre intencional que tiene un hijo en virtud de un contrato de maternidad subrogada en el supuesto de que:
 - b.1. pueda amamantar tras el nacimiento y/o
 - b.2. amamante efectivamente tras el nacimiento?
- c. ¿Se infringe el artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE⁶⁴, en relación con los artículos 2, apartado 1, letras a) y/o b), y/o 2, apartado 2, letra c) cuando un empresario deniega el permiso de maternidad a una madre intencional que tiene un hijo en virtud de un contrato de maternidad subrogada?
- d. Debido a la relación de la trabajadora con la madre subrogada, ¿se infringe el artículo 14, en relación con los artículos 2, apartado 1, letras a) y/o b), y/o 2, apartado 2, letra c) de la Directiva 2006/54/CE cuando un empresario deniega el permiso de maternidad a una madre comitente que tiene un hijo en virtud de

⁶³ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz en periodo de lactancia.

⁶⁴ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

un contrato de maternidad subrogada?

- e. Debido a la íntima relación que mantiene la madre gestante con la trabajadora, ¿se infringe el artículo 14 en relación con los artículos 2, apartado 1, letras a) y/o b), y/o 2, apartado 2, letra c) de la Directiva 2006/54/CE cuando se dispensa un trato menos favorable a la madre intencional que tiene un hijo en virtud de un contrato de maternidad subrogada?
- f. Si respondiese afirmativamente a la cuestión d), ¿sería suficiente la condición de madre intencional para que ésta tenga derecho a un permiso de maternidad sobre la base de su relación con la madre subrogada?
- g. Si respondiese afirmativamente a las cuestiones a), b), c) y d);
 - g.1. ¿Tendría eficacia directa la Directiva 92/85 en lo que aquí atañe?
 - g.2. ¿Tendría eficacia directa la Directiva 2006/54 en lo que aquí atañe?⁶⁵

Pronunciamiento del TJUE:

El TJUE sin tener en cuenta lo que establece el Abogado General (Sra. Kohott), considera que:

- a. La Directiva 92/85/CEE debe interpretarse en el sentido de que los Estados Miembros no están obligados a otorgar un permiso de maternidad a una trabajadora que tenga la condición de madre comitente cuyo hijo sea resultado de un contrato de gestación por sustitución. Y establece que esto es así, aun cuando dicha madre comitente hubiera amamantado al menor tras su nacimiento o lo amamante efectivamente.

El TJUE se centra en el análisis del artículo 8 de la Directiva 92/85 estableciendo que el objetivo del permiso de maternidad previsto en dicho artículo tiene la finalidad de proteger la salud de la madre gestante durante la situación de vulnerabilidad derivada del embarazo. Por lo tanto, considera que, para obtener el permiso por maternidad, la trabajadora debería de haber estado embarazada y haber dado a luz al menor.

⁶⁵ Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social 127: Derecho social Internacional y Comunitario, ISSN: 2254-3295, N° 127, 2017, p. 102 y ss.
Disponible en: <https://libreriavirtual.trabajo.gob.es/libreriavirtual/descargaGratuita/W0141727>

- b. El artículo 14 de la Directiva 2006/54 CE debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empleador deniegue el permiso de maternidad a una madre comitente cuyo hijo sea resultado de un contrato de gestación por sustitución no equivale a una discriminación basada en el sexo, ni directa ni indirecta, pues considera que no queda acreditado que la denegación del permiso de maternidad para el caso que nos ocupa, perjudique especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores; ni por razón del embarazo.

5.2.2. *Asunto C 363/12 Z. contra A Government department y The Board of management of a community school. (Irlanda).*

En este caso, tenemos a una trabajadora, profesora de un colegio en Irlanda gestionado por un órgano público, que, aunque dispone de ovarios sanos, carece de útero, por lo que no puede llevar a término un embarazo.

Con el deseo de tener un hijo, la trabajadora y su marido se desplazaron hasta California (Estados Unidos) para realizar un contrato de gestación por sustitución con una madre de alquiler para que diera a luz a un bebé. Recordar, como ya hemos visto en varias ocasiones, que la legislación de este Estado permite este tipo de prácticas.

Pues bien, finalmente, en el año 2010, fruto del contrato de gestación por sustitución, la madre gestante da a luz a una niña, que es hija biológica del matrimonio ya que, en este caso, a diferencia del anterior, el matrimonio comitente constituyó con sus propios gametos un embrión in vitro. En consecuencia, la filiación se constituyó en favor de los padres comitentes en California, tras la renuncia de la madre gestante.

A pesar de que el ordenamiento jurídico irlandés no regula la maternidad subrogada, durante el embarazo, la trabajadora solicitó un permiso por adopción, que le fue denegado.

Dicha denegación, derivó en la presentación de una demanda ante el Equality Tribunal. Los argumentos de la demandante fueron que había sufrido: (1) discriminación por razón de sexo, (2) discriminación por situación familiar y (3) discriminación por discapacidad.

Nuevamente, ante las dudas que le surgieron al *Equality Tribunal*, decidió suspender el procedimiento y plantear las siguientes cuestiones prejudiciales al TJUE:

- a. “¿Deben interpretarse los artículos 4 y 14 de la Directiva 2006/54 en el sentido de que existe discriminación por razón de sexo en el caso de que una mujer -cuyo hijo biológico es resultado de un contrato de gestación por sustitución y de la que es responsable desde su nacimiento-, se le deniegue un permiso laboral retribuido equivalente al permiso de maternidad y/o por adopción?
- b. Si la respuesta fuese negativa, ¿sería compatible la Directiva 2006/54 con las disposiciones del Derecho primario de la Unión Europea (artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, artículos 8 y 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículos 21, 23, 33 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)?
- c. ¿Se debería interpretar la Directiva 2000/78 y en particular sus artículos 3, apartado 1 y 5, en el sentido de que existe discriminación por razón de discapacidad en el caso de que a una mujer -que sufre una discapacidad que le impide gestar y dar a luz, cuyo hijo biológico ha nacido mediante un contrato de maternidad subrogada y que es responsable del cuidado del hijo biológico desde el nacimiento- se le deniegue un permiso laboral retribuido equivalente al permiso de maternidad y/o por adopción?
- d. Si la respuesta fuese negativa, ¿sería compatible la Directiva 2000/78 con las disposiciones de Derecho primario de la Unión Europea (artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículos 21, 26 y 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)?
- e. Con la finalidad de impugnar y/o interpretar la validez de la Directiva 2000/78, ¿puede invocarse la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad?
- f. Si la respuesta fuese afirmativa en la cuestión e) , ¿sería compatible dicha Convención de Naciones Unidas y, en particular sus artículos 5, 6, 27, apartado 1, letra b) con los artículos 3 y 5 de la Directiva 2000/78?”⁶⁶

⁶⁶ Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social 127: Derecho social Internacional y Comunitario, ISSN: 2254-3295, N° 127, 2017, p. 107 y ss.
Disponible en: <https://libreriavirtual.trabajo.gob.es/libreriavirtual/descargaGratuita/W0141727>

Pronunciamiento del TJUE:⁶⁷

A diferencia del caso anterior, en esta ocasión, el TJUE sí que tiene en consideración las conclusiones del Abogado General (Sr. Wahl).

Por un lado, considera que la Directiva 2006/54/CE debe ser interpretada en el sentido de que denegar el otorgamiento de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad, a una trabajadora, madre de intención de un menor fruto de un contrato de gestación por sustitución, no supone una discriminación por razón de sexo.

Por otro lado, considera que la Directiva 2000/78/CE debe ser interpretada en el sentido de que denegar el otorgamiento de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad, a una trabajadora, madre de intención de un menor fruto de un contrato de gestación por sustitución, no supone una discriminación por razón de discapacidad.

En definitiva, podemos resumir la doctrina del TJUE en estos dos supuestos, considerando que el derecho a la prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución, no tiene fundamento en el Derecho de la Unión Europea porque la normativa europea sobre la protección de la maternidad no incluye la gestación subrogada. Y como consecuencia, los Estados Miembros no están obligados a regular ni a reconocer una prestación por maternidad derivada de la gestación por sustitución, y esto es así, con independencia de la decisión que puedan adoptar los legisladores nacionales voluntariamente para mejorar o favorecer los mínimos exigidos por la normativa europea⁶⁸.

Añadir simplemente que, también me han parecido muy interesantes las siguientes sentencias del TJUE: (1) STJUE de 2 de octubre de 2003 (TJCE 2003, 214), caso García Avello y (2) STJUE de 14 de octubre de 2008 /TJCE 2008, 235), caso Grunkin-Paul.

En líneas generales, la jurisprudencia del TJUE presenta un valor supracomunitario pues no solo se limita a subrayar el derecho a la identidad única de los ciudadanos comunitarios, sino que destaca también destaca el derecho a una identidad única referida a los menores, otorgando a este derecho, bajo mi punto de vista, una posición superior.

⁶⁷ La aparición de esta sentencia del TJUE de 18 de marzo de 2014, dio paso a un importante número de sentencias de Tribunales Superiores de Justicia españoles, que con invocación expresa de la misma, comenzaron a denegar las prestaciones por maternidad de los padres intencionales que la solicitaron. Así lo hicieron, entre otras, las SSTJ de Madrid de 7 de julio de 2014 (rec. 142/2014) y 5 de octubre de 2015 (rec. 473/2015).

⁶⁸ GODOY VÁZQUEZ, M.O.: “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo”, pp. 19 y ss.

Por último, señalar que, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre el acceso a las prestaciones de Seguridad Social en casos de gestación por sustitución, concretamente, en dos resoluciones del Pleno que fueron votadas en la misma sesión (19/10/2016) pero que tienen fechas distintas dada la importancia jurídica y social del asunto (25 de octubre y 16 de noviembre de 2016) (lo veremos detalladamente más adelante en el apartado 7).

6. RESOLUCIONES Y JURISPRUDENCIA MÁS RELEVANTE SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ÁMBITO NACIONAL.

La Ley 14/2006 sobre TRHA establece en su artículo 7.1 que “La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los artículos siguientes”⁶⁹ (artículos 8, 9 y 10 de la presente Ley).

Como hemos visto anteriormente, el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA establece la nulidad de los contratos de gestación por sustitución en España. No obstante, sabemos que, en la práctica, son muchos los casos en los que ciudadanos españoles recurren a este proceso en países donde sí está permitido, por lo que las autoridades españolas se han visto obligadas a dar una respuesta. Así lo sostiene Velarde D’Amil: “el sueño de formar una familia ha ocasionado una incertidumbre jurídica importante que obliga a los estudiosos del Derecho a analizar ciertos aspectos de Derecho Internacional Privado que se han planteado como consecuencia del uso de esta técnica por ciudadanos españoles en países donde es admitida la misma”⁷⁰.

En este punto, nos vamos a centrar en estudiar qué ocurre en la práctica. Es decir, vamos a analizar la inscripción en el Registro Civil español de filiación determinada a través de la gestación por sustitución realizada en países permisivos.

⁶⁹ Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, BOE núm. 126, de 27/05/2006.

⁷⁰ VELARDE D’AMIL, Y.: “Revista sobre la Infancia y la Adolescencia, 3 de septiembre de 2012”, pp. 61-70.

6.1. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009.

Hasta el año 2009, fueron muchos los casos en que matrimonios o parejas heterosexuales fueron capaces de obtener la inscripción en el Registro Civil español del certificado de nacimiento y filiación de menores fruto de un contrato de gestación por sustitución, nacidos en países donde se reconoce la legalidad de este proceso⁷¹.

Además, lo hacían sin mencionar la existencia de dicho contrato de gestación por sustitución y haciendo pasar a los menores como nacidos por filiación natural⁷².

El supuesto de hecho de la presente Resolución fue el siguiente: un matrimonio homosexual formado por dos varones, con nacionalidad española y residencia habitual en España, se desplazó hasta San Diego, California (Estados Unidos) para cumplir su deseo de tener descendencia. Para ello, llevaron a cabo un proceso de gestación por sustitución, concretamente en la modalidad de gestación por sustitución gestacional, que recordemos que es aquella en la que uno de los comitentes aporta su material genético.

Tras el nacimiento de los menores (concretamente gemelos), fruto del contrato de gestación por sustitución, dicha pareja presentó ante el Registro Civil Consular de Los Ángeles (Estados Unidos) una solicitud de inscripción de nacimiento de los dos menores, nacidos en San Diego, California en octubre de 2008.

Pues bien, el Encargado del Registro Civil Consular no admitió la inscripción, alegando lo establecido en el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA, apartado 1 (nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución) y apartado 2 (filiación de los menores nacidos por gestación por sustitución en favor de la madre gestante).

Tras la negativa, el matrimonio interpuso un recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) solicitando que los menores aparecieran como hijos suyos en el Registro Civil español. La DGRN mediante la Resolución de 18 de febrero de 2009⁷³ estima el recurso y ordena que se inscriba en el Registro Civil Consular el nacimiento de los gemelos con la filiación que aparece en el certificado extranjero aportado por los padres comitentes, en el que aparece que son hijos de estos últimos.

⁷¹ CERVANTES, I.H. (2013): “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”. Anuario de derecho civil, 66(2) 687-715.

⁷² En el blog “*sonnuestroshijos*” hay varios testimonios anónimos de parejas heterosexuales que registraron a sus hijos nacidos por gestación por sustitución ante el Consulado de Los Ángeles, pretendiendo ser los padres biológicos del menor. Disponible en: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es>

⁷³ Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución RJ 2009/1735 de 18 de febrero de 2009.

Los fundamentos jurídicos de la presente Resolución, fueron los siguientes:

En primer lugar, la competencia del Registro Civil español. Aunque la DGRN aborda esta cuestión al final de la Resolución, me parece conveniente analizarla, antes que nada.

Decir que, el Registro Civil español solo es competente para inscribir aquellos sucesos relativos al estado civil de los españoles o que hayan tenido lugar en España. Ante esto, la DGRN señala que los gemelos, aunque hayan nacido en Estados Unidos, ostentan la nacionalidad española conforme al artículo 17.1 a) del Código Civil español (“son españoles de origen los nacidos de español o española”).

Este precepto utiliza expresamente la palabra “nacidos”, no haciendo referencia a los “hijos”. Esto quiere decir que, el legislador no exige que haya una filiación determinada legalmente, basta con que quede acreditado “el hecho físico de la generación”, es decir, basta con que consten “indicios racionales de su generación física por progenitor español”. Por lo que, de alguna manera, podría bastar con que los menores tengan material genético de un español o española, como ocurre en el caso que nos ocupa, donde recordemos que se utilizó la modalidad de gestación por sustitución gestacional.

En segundo lugar, los requisitos del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. Como la filiación de los menores ya había sido registrada en otro país, la DGRN estimó que el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA no era de aplicación, ya que en el presente caso no se trataba de determinar la filiación de los gemelos sino de estudiar la posibilidad de que inscribiera en el Registro Civil español una filiación que ya había sido determinada previamente en el extranjero.

La DGRN considera que, por tanto, ha de aplicarse el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil (en adelante, RRC): “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho del que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los tratados internacionales”⁷⁴.

⁷⁴ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, Boletín Oficial del Estado, núm 296, de 11 de diciembre de 1958.

La certificación registral extranjera constituye una “decisión” adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se establece la filiación y el nacimiento de los menores. Es decir, dicha certificación registral no es fruto de un proceso “constitutivo”, sino resultado de un proceso “meramente declarativo”. Como consecuencia, el acceso de dicha decisión al Registro Civil español se considera una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”, no una cuestión de “derecho aplicable”⁷⁵.

El artículo 81 del RRC excluye la utilización de normas de conflicto de leyes españolas, establecidas en este caso concretamente en el artículo 9.4 del Código Civil español. Por consiguiente, el RRC excluye de igual manera, la aplicación de las leyes sustantivas que derivarían de las normas conflictuales españolas, como, por ejemplo, la Ley 14/2006 sobre TRHA.

Solo se podrían aplicar las normas de conflicto de leyes españolas, y las normas a las que conducen estas mismas, a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que se haya dictado previamente una “decisión” por una autoridad pública extranjera.

En resumen, la DGRN considera que, en el presente caso, sería aplicable el artículo 81 del RRC, esto es, la norma jurídica española que regula la inscripción en el Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, pero no las normas conflictuales españolas o normas sustantivas españolas derivadas de estas últimas relacionadas con la determinación de la filiación.

En tercer lugar, el orden público internacional español. La DGRN considera que la certificación registral extranjera no vulnera el orden público internacional español por los siguientes motivos:

En primer lugar, el Centro Directivo considera que al estar admitida en el Derecho español la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa diferenciar hijos adoptados de hijos naturales ya que ambos son iguales ante la Ley (artículo 14 de la Constitución Española), la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y filiación de los menores nacidos en el extranjero en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español.

⁷⁵ DÍAZ ROMERO, M^a. R.; “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, pp 1-15.

En segundo lugar, el Centro Directivo considera de igual manera que, al estar admitida en el Derecho español la filiación de un menor en favor de dos mujeres (personas del mismo sexo)⁷⁶, se debería permitir igualmente la filiación de los menores nacidos en el extranjero en favor de dos sujetos varones ya que eso último “no vulnera la estructura básica de la sociedad española”. De lo contrario, la DGNR estaría realizando una discriminación por razón de sexo, lo que está totalmente prohibido por el artículo 14 de la Constitución Española.

En cuarto lugar, el interés superior del menor. Atendiendo a este principio, resultaría más que aconsejable que se inscribiera la filiación de estos menores en el Registro Civil español ya que en caso contrario, podría resultar que los menores nacidos en el extranjero de nacionalidad española, queden privados de una filiación inscrita en el Registro Civil y por tanto, se estaría vulnerando el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm., 313 de 31 de diciembre de 1990) en vigor en España desde el 5 de enero de 1991.

En añadido, dicho artículo ordena que los menores queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres ya que ello crea un ambiente para el niño de protección y cuidado, necesarios para su bienestar, por lo que, si las autoridades españolas denegaran la inscripción de la filiación de estos menores, se estaría vulnerando dicho artículo también por este segundo motivo.

Además, si leemos atentamente dicha Convención sobre los derechos del niño, podemos observar que, de alguna manera, se equipara el derecho del menor al derecho a una identidad única del mismo, por lo que se reconoce el derecho a los menores a disponer de una filiación única válida en varios estados y no una filiación en un país y otra filiación diferente en otro, ya que si esto fuera así, los padres serían unos u otros dependiendo del territorio. Atendiendo a la jurisprudencia del TJUE analizada anteriormente, podemos observar en definitiva que, la inscripción de la certificación de filiación y nacimiento extranjera en el Registro Civil español es la forma más coherente de respetar el derecho de los menores a una identidad única por encima de las fronteras de los países.

⁷⁶ Artículo 7.3 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

En quinto lugar, el fraude de Ley. No se puede afirmar que los interesados hayan incurrido en un fraude de Ley pues no han utilizado una norma conflictual ni cualquier otra norma con la finalidad de eludir la Ley imperativa española. Es decir, no se ha alterado el punto de conexión de la norma conflictual española. Además, tampoco se puede considerar que los interesados hayan utilizado el conocido “Forum Shopping” pues no han elegido a las autoridades que pudieran beneficiar de alguna manera a sus intereses, sino a las que en cada momento era necesario recurrir.

Como resultado, la DGRN exige que se proceda a inscribir en el Registro Civil Consular la certificación extranjera de nacimiento y filiación de los menores.

6.2. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº.15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (número 193/2010).

La inscripción en el Registro Civil español de la certificación extranjera tiene los efectos jurídicos establecidos por las Leyes Registrales españolas (artículo 2 de la Ley del Registro Civil) y, por consiguiente, cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria.

Pues bien, unos meses después, la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 fue impugnada en sede judicial. El Ministerio Fiscal interpuso una demanda y exigió que se dejara sin efecto la inscripción. Finalmente, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº.15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, estimó totalmente dicha demanda⁷⁷.

Los argumentos que esgrimió el Juzgado de Primera Instancia, fueron los siguientes:

En primer lugar, respecto a los requisitos del artículo 81 del RRC, establece que en todo caso se debe de tener en cuenta el artículo 23 LRC: “también podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”⁷⁸.

⁷⁷ SALVADOR GUTIÉRREZ, S. “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”. Boletín de derecho de familiar, 01/09/2012.

⁷⁸ Ley del Registro Civil, BOE núm. 151, de 10/06/1957. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1957-7537>

En cualquier caso, no cabe duda de que el RRC es una norma que desarrolla otra de rango superior. Y que, por consiguiente, no se exige que la legalidad del hecho que nos acontece, necesariamente deba de ajustarse al orden público, sino que lo que se exige es que el encargado del Registro Civil compruebe que si dicho hecho se hubiera producido en el estado español sería conforme al artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA, y que en resumen, sería legal.

En segundo lugar, respecto al orden público internacional español, el Juez consideró que la negativa a inscribir en el Registro Civil español la certificación de filiación y nacimiento extranjero, no vulnera el artículo 14 de la Constitución Española, por no ser discriminatoria. Es decir, considera que esa negativa no se otorga por el hecho de que los sujetos solicitantes sean los dos varones, sino porque el nacimiento de los menores ha tenido origen en un contrato de gestación por sustitución llevado a cabo en un país extranjero en el que se permite recurrir a esta institución. Esto lleva al juez a considerar que dicho contrato de gestación por sustitución ha sido celebrado en fraude de Ley.

En resumen, no hay discriminación porque esta misma consecuencia, se daría independientemente del género de los padres de intención, da igual que estos sean una pareja heterosexual, una pareja homosexual formada por dos varones o por dos mujeres.

En tercer lugar, respecto al interés superior del menor, el juez consideró que “el ordenamiento jurídico español tiene medios suficientes para conseguir esa concordancia entre el registro español - registro extranjero y que los hijos consten a nombre de los dos sujetos varones casados”⁷⁹, lo que nos lleva a pensar que el principio de interés superior del menor será igualmente respetado si se recurre a la adopción.

6.3. Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

Ante la complejidad de los casos de gestación por sustitución internacional que se venían dando en España, la DGRN se vio obligada a esclarecer las dudas sobre la posibilidad de inscribir los nacimientos fruto de la utilización de un contrato de gestación por sustitución. Por estos motivos, la DGRN reaccionó nuevamente a través de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁸⁰.

⁷⁹ VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primer instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, p-15.

⁸⁰ BOE n° 243, de 7 de octubre de 2010.

La DGRN explica expresamente que el apartado 3º del artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA (analizado anteriormente) permite el ejercicio de dos acciones: por un lado, la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al menor y, por otro lado, la acción de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna.

Añadir que, como se puede observar, estas acciones se refieren principalmente a la determinación legal de la filiación (artículos 764 y ss de la LEC).

Es decir, se contempla la posibilidad de atribuir la paternidad del menor mediante esta técnica o a través de otros medios ordinarios previstos en nuestro ordenamiento jurídico, permitiendo de esta manera la inscripción del nacido en el Registro Civil español.

A pesar de que, como hemos visto, los ciudadanos españoles cuentan con otros medios e instrumentos para inscribir en el Registro Civil español a los menores nacidos en el extranjero, como por ejemplo la adopción, han sido numerosos los recursos que se han interpuesto ante esta DGRN contra resoluciones de encargados de Registros Civiles consulares que deniegan la inscripción del nacimiento de menores objeto de un contrato de gestación por sustitución.

En cualquier caso, la finalidad y el objetivo principal de la presente Instrucción es dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como el resto de los intereses en juego en la gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres gestantes que renuncian a sus derechos como madres.

Para garantizar la protección jurídica de dichos intereses, la Instrucción establece como requisito previo a la inscripción de los menores objeto de un contrato de gestación por sustitución, que se presente ante el Encargado del Registro Civil correspondiente una resolución judicial dictada por el órgano competente.

El objetivo esencial de esta exigencia consiste principalmente en (1) asegurar la plena capacidad jurídica y de obrar de la madre gestante, (2) asegurar la eficacia legal del consentimiento prestado por la mujer gestante y (3) asegurar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.

Dicho requerimiento tiene su fundamento, como veníamos diciendo, en el apartado 3º del artículo 10 de la Ley 16/2004 sobre TRHA, que exige de alguna manera, el ejercicio de acciones procesales y una resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como resultado de un proceso de gestación por sustitución.

En resumen, lo que pretende esta Instrucción es proteger los intereses del menor y de la madre gestante, facilitando la continuidad transfronteriza de la relación de filiación creada en el país de origen y declarada por el Tribunal extranjero correspondiente, siempre y cuando esa resolución se haya reconocido en España. La exigencia de dicho reconocimiento viene dada en parte por la doctrina totalmente consolidada del Tribunal Supremo, la cual viene a establecer lo siguiente:

Por un lado, tal y como señala la LEC, se considera necesario como regla general, instar el exequátur⁸¹ de la decisión extranjera ante los Juzgados de Primera Instancia.

En definitiva, si el Encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada como resultado de un procedimiento jurisdiccional contencioso, denegará la inscripción de la resolución, pues como acabamos de ver, la regla general exige que se dé previamente el exequatur de ésta.

Por otro lado, en los casos en los que la resolución judicial sea resultado de un proceso igual o similar al procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha establecido en bastantes situaciones que no es necesario recurrir al exequátur pues considera que los efectos derivados de dicha resolución son suficientes para reconocer la resolución en España como requisito previo a su inscripción. En este punto, estamos hablando, en definitiva, de un reconocimiento incidental.

Por consiguiente, en aquellos casos en los que sea necesario el exequátur o un reconocimiento incidental, y no se den, el Encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Sin embargo, esto último no es obstáculo alguno para que el solicitante pueda intentar dicha inscripción a través de los medios ordinarios previstos en el artículo 10.3 de la Ley 16/2004 sobre TRHA y artículos 764 y siguientes de la LEC.

Como resultado, la DGRN ha establecido las siguientes directrices:

Primera:

- (1) Solo se puede inscribir el nacimiento de un menor, nacido en el extranjero y resultado de un proceso de gestación por sustitución, si se presenta junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial en la que se establezca la filiación del menor, dictada por el Tribunal que sea competente.

⁸¹ El exequátur es el procedimiento de derecho internacional por el cual los tribunales españoles se encargan del reconocimiento y homologación de una sentencia o laudo extranjero a fin de que tenga plena eficacia en España.

- (2) Como regla general, la resolución judicial extranjera deberá acompañarse del exequátur correspondiente, salvo en los casos en los que fuera de aplicación un Convenio internacional que estableciese algo distinto.

Será necesario para poder inscribir el nacimiento del menor, presentar ante el Registro Civil español, la solicitud de inscripción acompañada del correspondiente auto judicial que ponga fin a dicho exequátur.

- (3) Como excepción a la regla general anterior, se permite que, si la resolución judicial extranjera fuera resultado de un procedimiento similar a uno español de jurisdicción voluntaria, el Encargado del Registro Civil realizará un examen incidental de la resolución judicial previo a la inscripción. En dicho examen incidental, deberá constar:

- (a) “La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- (b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- (c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- (d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- (e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado”⁸².

⁸² 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, pp 84803-84805. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317

Segunda:

El Encargado del Registro Civil no va a admitir nunca la solicitud de inscripción basada en una certificación registral extranjera o en una simple declaración, que esté acompañada de una certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no se mencione expresamente la identidad de la mujer gestante.

En resumen, estas instrucciones van a establecer el camino que debe seguir una solicitud de inscripción de nacimiento de los hijos nacidos como resultado de un contrato de gestación por sustitución.

Es verdad, que esta Instrucción ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina española, concretamente las más reseñables, las expuestas por Calvo Caravaca y Carrascosa González⁸³. Sin embargo, según se desprende de algunas páginas online, hay un número considerable de menores que han nacido como resultado de un contrato de gestación por sustitución y que han sido inscritos en el Registro Civil español, por lo que podemos observar que, la Instrucción del 5 de octubre de 2010 de la DGRN se está aplicando⁸⁴.

En cualquier caso, se debe tener en cuenta que las resoluciones e instrucciones dictadas por la DGRN que permiten la inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución no deberían de cumplirse de forma automática, ya que se trata de una norma inferior a la ley que, por consiguiente, no puede contradecirla. En conclusión, podríamos considerar que, de alguna manera, esto da lugar a una “legalización administrativa” de la gestación por sustitución en España⁸⁵.

⁸³ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015): “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol 7, nº2, pp. 45-113.

⁸⁴ DÍAZ ROMERO, M^a.R.: *La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico*, op., cit., p. 10.

⁸⁵ BARBER CÁRCAMO, R.: “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla”, *Revista de Derecho Inmobiliario*, nº 739, p. 2905.

6.4. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014⁸⁶.

Como veremos enseguida, esta Sentencia establece definitivamente la anulación judicial de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, vista anteriormente.

La sentencia utiliza como base la idea de que la técnica que se debe utilizar no es la del conflicto de leyes sino la del reconocimiento por parte del Encargado del Registro Civil de la correspondiente resolución extranjera. El Tribunal exige en este caso que, para asegurar el control de legalidad,⁸⁷ es necesario que la resolución extranjera no vulnere el orden público internacional español, para ello, entiende que las normas que regulan la gestación por sustitución, como vimos, integran el orden público internacional español.

Entiende igualmente que, la vinculación que existe entre la situación jurídica que nos ocupa y España es muy estrecha, pues recordemos que, los recurrentes con nacionalidad española y residencia en España, se desplazaron a California únicamente para llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución, siendo este nulo de pleno derecho en España y permitido legalmente en California.

Considero que los puntos más importantes analizados por el Tribunal para denegar el reconocimiento de la filiación son los siguientes:

En primer lugar, el interés superior del menor. Los recurrentes ordenaron que se reconociese la filiación de los menores a su favor por dos razones: (1) porque como son los únicos que inicialmente han manifestado su consentimiento de ser padres, “son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener”, no teniendo en cuenta por tanto los derechos de la mujer gestante por considerar que asumió el mero papel de ser parte del contrato de gestación por sustitución, renunciando a la maternidad y asumiendo únicamente las obligaciones derivadas del mismo, (2) porque los menores tienen derecho a tener una identidad única, que en todo caso, debería ser respetada por encima de todas las fronteras territoriales.

Frente a esto, el Tribunal Supremo comparte que el interés superior del niño es un principio esencial⁸⁸ pero rechaza lo expuesto por los recurrentes de que “son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener”.

⁸⁶ Tribunal Supremo (Sala 1ª Pleno), Sentencia 247/2014 de 6 de febrero de 2014.

⁸⁷ Artículo 23 de la Ley del Registro Civil.

⁸⁸ Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y artículo 39 de la Constitución Española.

Considera, además, que el interés superior del menor no es el único interés en juego que ha de tenerse en cuenta, ya que también es esencial “el respeto a la dignidad e integridad de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que puedan encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”.

El Tribunal Supremo es consciente de que si se rechaza el reconocimiento del certificado de filiación extranjero se perjudicaría de alguna manera, la posición jurídica del menor, pero también establece que, si se acepta dicho reconocimiento, se estaría perjudicando igualmente el interés de este, porque reconocer un contrato de gestación por sustitución prohibido en España, atentaría contra la dignidad del menor, ya que lo estaría convirtiendo en objeto de tráfico mercantil.

Por consiguiente, considera totalmente necesario establecer una ponderación de todo lo anterior, de tal manera que se perjudique lo menos posible a los menores.

En segundo lugar, la identidad única. El Tribunal considera que lo establecido por las sentencias del TJUE invocadas en el recurso - que por cierto, son las mismas que utilizaba la DGRN en la Resolución de 18 de febrero de 2009-, para argumentar que el derecho de los menores a tener una identidad única por encima de las fronteras territoriales, no es suficiente, ya que en esos casos sí que existía una doble vinculación efectiva, es decir, los menores estaban vinculados tanto con el estado de origen como con el estado de acogida, algo que no ocurre en el presente supuesto, ya que los menores no presentan una vinculación efectiva con el estado de origen (Estados Unidos), manteniendo por tanto, una única vinculación con el estado de acogida (España).

Además, considera que el objetivo de poseer una identidad única, que es la estabilidad en los apellidos, es un bien jurídico de menor relevancia que el protegido por la prohibición de la gestación por sustitución.

En tercer lugar, el derecho al respeto de la vida privada y familiar. El Tribunal Supremo recurre a la jurisprudencia del TEDH, analizada en parte anteriormente, y considera que en este caso tampoco se produce la vulneración del derecho al respeto de la vida privada y familiar. A sabiendas de que la prohibición del contrato de gestación por sustitución supone una injerencia en la vida familiar, considera que de alguna manera está justificada porque reúne los siguientes requisitos: (1) está prevista en la Ley y (2) es necesaria en una sociedad democrática, por los motivos que ya dijimos.

En cuarto lugar, la desprotección de los menores. El Tribunal supremo no estima este argumento esgrimido por los recurrentes, por dos motivos principalmente: (1) porque afirma que el objetivo de la presente resolución no tiene por objeto decidir sobre la integración de los menores en la vida familiar, (2) porque no se ha probado que alguno de los comitentes haya aportado sus gametos, es decir, que haya aportado material genético y (3) porque no determinan cuál de los dos sería el padre biológico a los efectos del apartado 3º del artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA.

Sin embargo, el Tribunal es plenamente consciente de que, conforme a la jurisprudencia establecida por el TEDH, existiendo un núcleo familiar entre los menores y los comitentes y teniendo los menores, relaciones “de facto” con los recurrentes, tendría que establecer una solución que partiese de ese dato para permitir el desarrollo y la protección de los menores.

El Tribunal alega los siguientes instrumentos jurídicos para evitar la desprotección del menor:

- (1) En nuestro ordenamiento jurídico nos encontramos con el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA, que otorga la posibilidad de reclamar la paternidad respecto del padre comitente que hubiera aportado su material genético (padre biológico).
- (2) Nuestro ordenamiento jurídico también admite otros mecanismos como la adopción o el acogimiento familiar para la formalización jurídica de la integración de los menores en la vida familiar.
- (3) En atención al artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, éste “será inscrito inmediatamente después del nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad⁸⁹”.

En añadido, podemos decir que, la denegación del reconocimiento del certificado de nacimiento extranjero, únicamente se ha de referir a la filiación en ella determinada, no al resto de los elementos que forman parte de su contenido. Es decir, la anulación judicial por parte del Tribunal Supremo de la inscripción de nacimiento en el Registro Civil consular practicada, se refiere exclusivamente a la filiación. Además, dicha anulación queda de alguna manera condicionada a que pueda darse una reclamación de paternidad o un proceso posterior de adopción.

⁸⁹ LUCAS ESTEVE, A.: *La gestación por sustitución...*, op. cit., pp. 112-113

Por todos los motivos anteriormente expuestos, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los comitentes frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011.

Además, entiende que, conforme a lo establecido por el TEDH, el artículo 8 del CEDH establece tanto obligaciones positivas como obligaciones negativas. Y, por consiguiente, el Tribunal Supremo insta al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones necesarias para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación y protección de los menores teniendo en cuenta la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”⁹⁰.

6.5. Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019 y de 18 de febrero de 2019.

Como hemos dicho en varias ocasiones, parece que sirve de poco que nuestra legislación establezca la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución, pues en la práctica, al existir legislaciones permisivas en otros países, el deseo de tener un hijo se cumple sin mayor problema.

Para solventar los inconvenientes que genera esto, en el año 2019, se dio un paso muy importante en esta materia, pues se reconoció a través de la Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019⁹¹ la paternidad y la maternidad de los padres de intención en España, cuya finalidad principal fue sustituir a la Instrucción de la DGRN de 2010, analizada anteriormente.

Esta Instrucción declara que “en ningún caso se aceptará que la resolución se haya dictado en rebeldía de la madre gestante, que el consentimiento de ésta haya sido confirmado en un momento posterior el nacimiento del niño, y que no concurren motivos graves de falta de idoneidad respecto a los padres comitentes”⁹².

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, Fallo, punto 3.

⁹¹ Instrucción DGRN de 14 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Disponible en: http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/IDGRN_14_02_2019

⁹² MAGARINOS BLANCO, V.: “Reflexiones sobre la maternidad subrogada”, 2019, pp. 75-105.

Además, añade una serie de pautas con el objetivo de flexibilizar la inscripción en favor de los padres comitentes. Concretamente:

- (1) Si en la certificación registral extranjera o en la declaración médica extranjera de nacimiento del menor, consta la identidad de la madre gestante extranjera, la competencia del Registro Civil español requeriría para inscribir dicho nacimiento que se acreditase la filiación del menor respecto del progenitor español.

Además, permitía que dicha acreditación, pudiera darse de dos formas distintas:

- (a) Mediante sentencia firme dictada en un procedimiento de filiación.
- (b) Mediante el reconocimiento del padre en cualquiera de las formas previstas por el Código Civil.

En este caso, se consideró necesario que dicho reconocimiento se complementase a través de otros medios de prueba suficientes, como, por ejemplo, una prueba de ADN.

- (2) Una vez acreditada la filiación paterna, se practicaría de forma inmediata la inscripción del nacimiento del menor, estableciéndose la filiación materna determinada por el parto y la filiación paterna resultante de la sentencia o del reconocimiento.

Para el caso de la filiación materna respecto a la madre de intención del menor que fuera cónyuge o pareja unida por análoga relación de afectividad del padre comitente, se consideró necesario acudir a un procedimiento de adopción del menor, tramitado en España, cumpliendo todos los requisitos que se exigen en el artículo 177 del Código Civil.

Si se tratara de mujeres casadas entre sí o solas que presenten algún vínculo genético con el nacido, por haber aportado su óvulo para la fecundación, , cuando la ley extranjera aplicable al caso, conforme al artículo 9.4 del Código Civil español, previera la maternidad únicamente en favor de una mujer distinta a la mujer gestante, habiendo esta última renunciado a hacerse cargo del menor, será aplicable analógicamente lo previsto en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 sobre TRHA, en los términos anteriormente analizados respecto de la filiación paterna.

Sin embargo, a pesar de la necesidad que existía y existe de completar el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA para regular los efectos de la gestación por sustitución respecto del menor, cuatro días después de conocerse la Instrucción de 14 de febrero de 2019, el 18 de febrero de 2019⁹³, se dicta otra que, sorprendentemente, deja sin efecto a la anterior y establece que la gestación por sustitución produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes.

Además, el Gobierno aprovecha para recordar que “la gestación por sustitución es una práctica prohibida en nuestro país y que se compromete a perseguir a las agencias y establecimientos que ofrezcan este tipo de servicios y se lucran conduciendo a cientos de parejas a procrear en terceros países mediante esta actividad ilegal. Todo ello, sin perjuicio de dar solución a las situaciones de hecho que se hayan creado atendiendo al interés superior del menor”⁹⁴.

La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, consideró que:

- (1) Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de los menores nacidos con posterioridad a la publicación de dicha Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país extranjero correspondiente que sea firme y dotada de exequatur u objeto del control incidental, que recordemos que es lo idéntico a lo que estableció la Instrucción de 5 de octubre de 2010.
- (2) Una vez regresen a España los padres de intención y el menor, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación con intervención del Ministerio Fiscal o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación, de conformidad con el artículo 124 del Reglamento del Registro Civil⁹⁵.

⁹³ Instrucción DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Disponible en: http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Instruccion_DGRN_18_02_2019

⁹⁴ MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN: “Justicia deja sin efecto la instrucción enviada a los registros consulares sobre gestación subrogada en el extranjero”. Fuente: Mocloa.es Disponible en: http://www.migrarconderechos.es/noticias/Anulada_idgrn_14_02_2019

⁹⁵ MONJE BALMASEDA, O.: “La problemática de la Inscripción de la filiación en supuestos de gestación subrogada: Las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019 y la posición de los órganos jurisdiccionales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, 2019, pp. 247- 266.

6.6. Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022⁹⁶.

6.6.1. *Antecedentes de hecho.*

En este caso, el menor fruto de un contrato de gestación por sustitución, nació en el Estado de Tabasco, México, en el año 2015, país donde recordemos que, la gestación por sustitución es legal solo si es altruista.

En dicho contrato, las partes fueron, por un lado, la mujer comitente, soltera, de nacionalidad española y con residencia en España, y, por otro lado, la mujer gestante, mejicana.

Añadir que, ninguna de las mujeres anteriormente citadas aportó su material genético. Se implantaron los gametos procedentes de donantes anónimos mediante fecundación in vitro en el vientre de la mujer gestante, por lo que el menor carecía de vínculo genético tanto con la demandante, la mujer española, como con la mujer gestante.

El abuelo del menor (el padre de la madre de intención) interpuso una demanda solicitando la inscripción del menor en el Registro Civil correspondiente y que se respetaran los apellidos que se le pusieron al nacer, entre otras cosas.

Finalmente, el Juzgado de Primera Instancia, en su Sentencia de 19 de febrero de 2019, desestimó la demanda presentada por el abuelo del menor. A su vez, el Juzgado propuso a la madre de intención para que instara ante la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid la tramitación de expediente de guarda o acogimiento familiar con carácter previo a la adopción del menor, y que una vez que se le hubiera otorgado esa filiación adoptiva, se podría inscribir al menor en el Registro Civil con los apellidos que le habían sido puestos al nacer, tal y como solicitaba su padre (el abuelo del menor).

Unos meses después, el abuelo del menor presentó un recurso de apelación contra dicha resolución, al que se adhirió su hija (la madre de intención)⁹⁷. La Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia de 1 de diciembre de 2020, revocó la resolución impugnada pues reconoció la filiación natural (no adoptiva, por tanto) del menor en favor de la madre intencional.

⁹⁶ Tribunal Supremo (Sala 1ª Pleno), Sentencia 277/2022 de 31 de marzo de 2022.

⁹⁷ Antecedentes de hecho II STS (Sala de lo Civil) núm. 115/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

Como no podía ser de otra forma, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación. Los argumentos que esgrimió, entre otros, fueron los siguientes: (1) consideró que se había infringido el artículo 131 del Código Civil “in fine” porque la filiación manifestada por la constante posesión de estado se reclamó contradiciendo otra filiación legalmente determinada, es decir, contraviniendo lo dispuesto en el apartado 2º del artículo 10 de la Ley 1472006 sobre TRHA, (2) consideró que se infringió el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA porque la Sentencia determinó la filiación materna en favor de una mujer que no era la madre biológica pues no aportó su material genético en el proceso de gestación por sustitución y (3) se interpuso un recurso de interés casacional en atención a lo establecido por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de febrero de 2014, por tratarse de la determinación de la filiación de un menor nacido en el extranjero y por oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Como resultado, el Alto Tribunal procedió a resolver si se le reconocía, o no, la filiación natural o adoptiva a la mujer española.

6.6.2. Análisis de la Sentencia.

Al igual que en la Sentencia de 6 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 31 de marzo de 2022, rechaza, en casación, el reconocimiento del certificado extranjero de filiación natural resultado de dicho contrato de gestación por sustitución. Sin embargo, la Sala establece la filiación adoptiva del menor nacido en México en favor de la mujer comitente.

En cualquier caso, la realidad es que, ya sea mediante filiación natural o mediante filiación adoptiva, el Tribunal Supremo ha reconocido la filiación del menor nacido en el extranjero resultado de un contrato de gestación por sustitución. Por esta razón, entre otras, y como diré más adelante, considero de suma importancia que haya un debate en profundidad sobre la gestación por sustitución de los distintos colectivos implicados para que se pueda desarrollar una regulación sobre esta materia en España.

El contrato de gestación por sustitución se formalizó y se llevó a término conforme a la legislación mexicana. Como hemos dicho, se implantaron los gametos procedentes de donantes anónimos mediante fertilización in vitro en el vientre de la mujer gestante ya que la madre comitente presentaba problemas médicos que la incapacitaban para el embarazo.

En dicho contrato, las partes declararon “estar de acuerdo y que es su libre y espontánea voluntad participar en este contrato libres de coacción sin ningún vicio del consentimiento...”⁹⁸.

Como ocurre en los casos que estamos analizando, una vez que nació el menor, la madre comitente y éste se desplazan a España. El menor estuvo bajo el cuidado de la madre comitente y del abuelo (el padre de la madre de intención) en el domicilio familiar, conviviendo con ambos. Podemos observar por tanto que, la madre intencional atiende a todas las necesidades del menor, ejerciendo de modo real y efectivo como madre del mismo. Recordemos, además, que según se estableció conforme a la regulación extranjera, tiene la consideración de madre legal en México, país cuya nacionalidad posee el menor pues no le fue concedida la nacionalidad española.

El Tribunal Supremo establece que la parte demandante no está solicitando en este caso el reconocimiento de la filiación de la certificación registral extranjera, suceso que sí ocurrió en 2015, año de nacimiento del menor, cuando el abuelo del menor solicitó ante el Encargado del Registro Civil el reconocimiento de la certificación registral extranjera, siendo esta finalmente desestimada. Señalar a mayores que, en el contrato de gestación por sustitución figuraban los datos de la mujer gestante en el que además ésta otorga expresamente su consentimiento para la realización de dicho proceso.

Sin embargo, lo que sí solicita la parte demandante, concretamente el abuelo del menor, en Primera Instancia y en el año 2018 cuando el menor tenía 3 años de edad, es la filiación *ex novo* por posesión de estado⁹⁹.

⁹⁸ FD I STS (Sala de lo Civil) núm. 115/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁹⁹ La posesión de estado consiste básicamente en tener la apariencia de ser el hijo de alguien sin serlo jurídicamente. Se trata de una forma de adquirir los derechos de filiación al igual que ocurre con la filiación biológica o con la adopción.

La doctrina y la jurisprudencia vienen exigiendo que se den tres elementos simultáneamente para que se reconozca la filiación por posesión de estado: (1) Nomen: que, el menor, en este caso, haya usado siempre el apellido del que aparentemente sea el padre o la madre, (2) Tractatus: que el padre y/o la madre hayan tratado al menor como hijo suyo, y éste, a su vez, los haya tratado como padre y madre y (3) Fama: que el menor parezca a los ojos de los demás que de verdad posee el estado que aparenta, es decir, que todos los que conforman el círculo más cercano de estos, consideren que esa persona es hija de quien pretende la maternidad y/o paternidad.

Por último, añadir que, la Sala de lo Civil del TS se pronunció sobre la filiación por posesión de estado en la Sentencia 267/2018 de 9 de mayo de 2018 admitiendo la posibilidad de reconocer la filiación por posesión de estado aun cuando no se cumplan los tres elementos simultáneamente.

Tal y como establece el artículo 131 del Código Civil: “cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado”, por lo que el abuelo no cabe duda de que estaba legitimado para reclamar la filiación de su nieto.

En resumen, podemos considerar que el abuelo del menor acierta de pleno al iniciar una acción de filiación *ex novo*, porque en principio, al no existir una sentencia judicial mexicana que constate la validez jurídica de los hechos, no va a ser posible que en España se reconozca la filiación del menor,¹⁰⁰ tal y como vimos en la Instrucción de 5 octubre de 2010 de la DGRN.

(1) Determinación de la filiación *ex novo* por posesión de estado.

El abuelo del menor invocó la posesión de estado como título de atribución de maternidad pues no existía una relación biológica entre el menor y la madre de intención.

Cuando nació el menor, la madre intencional tenía 46 años de edad, por tanto, superaba el límite legal de 45 años de edad para poder adoptar a un menor, establecido en la Ley 26/2015 de 28 de julio. Por consiguiente, la demanda no debía considerarse en este sentido, sino en virtud del interés superior del menor pues al no tener nacionalidad española, no tenía DNI ni NIE y se le estaba causando un grave perjuicio porque estaba siendo privado de los efectos derivados de la filiación.

La madre intencional, como ya dijimos, se adhirió posteriormente al recurso de apelación que inició el abuelo del menor, alegando que ella ya había conseguido un reconocimiento expreso de su maternidad ante las autoridades extranjeras. Y que, además, como el menor tenía nacionalidad mexicana, consideraba que las autoridades españolas debían de aplicar los artículos 9.1 y 9.4 del Código Civil, es decir, que su filiación debía de venir determinada por la ley personal del menor, es decir, la ley mexicana, aunque como veremos más adelante, esta ley realmente no es la ley aplicable a la filiación.

¹⁰⁰ 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, pp. 84803-84805. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317

En cualquier caso, la Audiencia Provincial dio la razón al abuelo y a la madre de intención del menor. Es decir, se consideró en Segunda Instancia que, conforme a los requisitos exigidos por la jurisprudencia para valorar la posesión de estado, ambos habían logrado acreditar un comportamiento congruente con los deberes de padres mediante actos continuados y reiterados, teniendo en cuenta el interés superior del menor¹⁰¹. De hecho, la madre del menor alega que todas las personas que les rodean reconocen al menor como su propio hijo y a su padre como el abuelo del menor¹⁰².

Por tanto, lo más importante para la Audiencia Provincial fue que había quedado probada la posesión de estado y para ello, exigió que se respetara el interés superior del menor conservando las vinculaciones que mantenía el menor con la madre de intención y el abuelo, pues estableció que la estabilidad familiar integra y refuerza la posesión de estado.

Una vez el Ministerio Fiscal interpone el recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo analiza la determinación de la ley aplicable a la filiación internacional, considerando de aplicación el artículo 9.4.I del Código Civil, tal y como había señalado el abuelo del menor en el recurso planteado ante el Juzgado de Primera Instancia. Sin embargo, a diferencia de lo considerado previamente por el abuelo del menor, el Tribunal Supremo establece que la ley de aplicación a la filiación en este caso, es la ley española, pues la residencia habitual del menor radica en España, siendo este el primer punto de conexión que establece dicho artículo¹⁰³.

Pero, la ley de residencia habitual del menor en el momento del establecimiento de la filiación (primer punto de conexión del artículo 9.4 del CC) no permite el establecimiento de la filiación en favor de la madre comitente en virtud de lo establecido en el apartado 2º del artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA, que como vimos, establece la filiación en favor de la mujer gestante. Por consiguiente, en principio, se pasaría al segundo punto de conexión, que es la ley nacional del hijo, y como el hijo tiene nacionalidad mexicana, sería de aplicación la ley mexicana que sí que permite el establecimiento de la filiación del menor en favor de la madre de intención.

¹⁰¹ Se alude entre otras a (1) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2018 sobre el concepto y características de la posesión de estado, (2) Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014, (3) Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 sobre un caso de filiación matrimonial de personas del mismo sexo en el que se debate la compatibilidad entre la figura de la posesión de estado y el artículo 7.3 de la Ley 14/2006.

¹⁰² FD VII SAP Madrid núm. 974/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

¹⁰³ FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 115/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

Sin embargo, como la ley imperativa española establece que es contrario a derecho que se otorgue la filiación de un menor nacido en el extranjero, resultado de un contrato de gestación por sustitución, en favor de los padres intencionales, se activaría la cláusula de orden público internacional español (artículo 12.3 del Código Civil).

De esta manera, se pasaría al tercer y último punto de conexión, que establece que se aplicará la ley sustantiva española.

El Tribunal Supremo no se plantea esta llamada “paradoja conflictual circular”, sin embargo, llega a la misma conclusión, considerando que la ley de aplicación a la determinación de la filiación es la ley española.

Aunque la ley española no permita determinar la filiación del menor a favor de la madre intencional, el Tribunal Supremo pondera, por un lado, el interés superior del menor, y, por otro lado, la vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante y del menor, para así emitir el fallo de la sentencia.

(2) Vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante y del menor.

Tal y como venía estableciendo el Tribunal Supremo, la gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales. Considera que llevar a cabo este tipo de prácticas resulta perjudicial para la dignidad e integridad moral del niño pues se le estaría cosificando y contemplando como objeto de un contrato. Además, atentaría contra su derecho a conocer su origen biológico¹⁰⁴.

Establece que la vulneración de los derechos fundamentales del presente caso tanto de la madre gestante como del menor coinciden en gran medida, con la descripción del Informe de la Relatora Especial de la Asamblea General de la ONU sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños.

Concretamente, el Tribunal Supremo considera que “tanto la madre gestante como el menor a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 115/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

¹⁰⁵ FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 115/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

En cualquier caso, el Tribunal Supremo considera que se ha de ir más allá de esa vulneración de derechos pues así lo requiere la realidad del supuesto, y para ello, otorga una solución a la demanda planteada por la madre de intención y el abuelo del menor.

(3) Reconocimiento de la filiación adoptiva en interés superior del menor.

El Tribunal Supremo parte de la base de que el menor se desplaza a España sin problemas y se integra en el núcleo familiar durante un tiempo considerado. Tal y como ya hemos visto en otras sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si el núcleo familiar existe, tiene que buscarse la solución que permita el mejor desarrollo y protección del menor en relación a esos vínculos familiares¹⁰⁶.

Como ya hemos dicho en varias ocasiones, el ordenamiento jurídico español solo permite el reconocimiento de esa vinculación en favor del padre biológico mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad (artículo 10.3 de la Ley 14/2006 sobre TRHA), pero no en relación a la madre de intención. En este caso, por tanto, la solicitud de reconocimiento de la filiación a favor de ella, se debe de conseguir por la vía de la adopción.

Por consiguiente, el Tribunal Supremo establece que la adopción por parte de la madre de intención es la solución adecuada para este caso ya que, entre otras razones, el Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019 establece la adopción como uno de los instrumentos para satisfacer el interés superior del menor en estos supuestos. El Tribunal Supremo establece que la idoneidad de la adoptante no debe ser considerada como un obstáculo para la satisfacción del interés superior del menor, sino como una actuación encaminada a protegerlo.

Asimismo, considera que el requisito de la edad, que veníamos observando (límite máximo para adoptar 45 años de edad, Ley 26/2015 de 28 de julio), no debe ser un impedimento puesto que no tiene carácter absoluto si se aplican los artículos 176.2.3º del Código Civil 237 del Código Civil¹⁰⁷.

¹⁰⁶ STS (Sala lo de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ/2014/833) (ECLI:ES:TS:2014:247); STED 26 de junio 2014, Mennesson c. Francia 65192/11 (JUR/2014/176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211).

¹⁰⁷ Artículo 237.1 CC: “Cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas. Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.”

Para el Tribunal Supremo esta solución es la más correcta porque satisface el interés superior del menor y protege los derechos fundamentales de la madre gestante y de los menores en general.

La realidad del caso nos muestra, por tanto, que ya sea mediante filiación natural o mediante filiación adoptiva, el Tribunal reconoce la filiación de los menores nacidos en el extranjero, resultado de un contrato de gestación por sustitución. Por consiguiente, no estaría de más que se llevase a cabo una modificación de la normativa en la materia para que no se tenga que evitar aplicar por analogía la normativa existente o no se tenga que incumplir la ley sobre adopción. En resumen, tal y como establece M^a José Castellanos Ruiz, considero de especial importancia que se lleve a cabo el desarrollo de una regulación sobre esta materia en España, más pronto que tarde¹⁰⁸.

7. EFECTOS JURÍDICOS EN LA REALIDAD ACTUAL. LAS PRESTACIONES SOCIALES EN ESPAÑA.

Tal y como hemos podido comprobar, son cada vez más los ciudadanos españoles que acuden a otros Estados para de alguna manera, evitar la aplicación de las normas españolas, que recordemos que establecen la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución.

Pues bien, como se ha podido observar a lo largo del presente trabajo, en estos supuestos, surgen una serie de inconvenientes referidos a la inscripción del menor en nuestro país y a la determinación de la filiación del mismo.

Pero no solo eso, si no que también se han venido originando problemas de calado social respecto a la posibilidad de suspender el contrato de trabajo y percibir la prestación por maternidad correspondiente reconocida en nuestro sistema de Seguridad Social.

¹⁰⁸ CASTELLANOS RUIZ, M.J. (2022). “La filiación adoptiva, vía legal para la gestación por sustitución: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022.” CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL, 14(2), p. 1034-1052.

Además, es conveniente destacar que, no solo cada vez se dan más problemas de índole jurídico, si no también éticos o morales. Tal y como ha señalado la doctrina, este tipo de prácticas “utiliza a la mujer de manera que la cosifica como un útero con finalidad exclusivamente reproductiva, sin más objetivo o finalidad que conseguir la satisfacción de las necesidades reproductivas de terceros, un negocio que se aprovecha en muchos casos de las necesidades puramente económicas de la madre gestante”¹⁰⁹.

En cualquier caso, cabe decir que, este apartado se va a referir únicamente al análisis de las cuestiones jurídicas relacionadas con el acceso a la prestación social por maternidad¹¹⁰.

Se ha planteado en numerosas ocasiones ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo si la persona o pareja de intención, tiene derecho o no a la suspensión de su respectivo contrato de trabajo y su consiguiente prestación por maternidad a cargo de la Seguridad Social.

En todo caso, se ha descartado la posibilidad de que la madre gestante, al ser una ciudadana extranjera, pueda acceder a este tipo de prestaciones ya que no cumpliría con los requisitos para acceder a las mismas (cotización, etc.). Además, como sabemos, este tipo de mujeres cuando firman el contrato de gestación por sustitución en sus respectivos países, renuncian a todo derecho generado por el embarazo¹¹¹.

Asimismo, la Sala ha considerado doctrinalmente que “resulta difícil entender que la gestación por sustitución suponga una situación protegida por maternidad, pues la solicitante de la prestación no ha sido madre, ni ha dado a luz, ni ha pasado por situación de embarazo; y en el caso de un varón que solicita la prestación, evidentemente no puede admitirse que esté en situación de maternidad”¹¹².

Por consiguiente, todo parece indicarnos que la respuesta de la Sala del Tribunal Supremo será negativa.

¹⁰⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, Aranzadi Doctrinal, núm. I, 2017, p. 3.

¹¹⁰ TALÉNS VISCONTI, E.E.: “La prestación por maternidad en los supuestos de gestación subrogada”, pp. 438-453.

¹¹¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución...*, Aranzadi Doctrinal, núm. I, 2017, op. cit., p. 4.

¹¹² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución...*, Aranzadi Doctrinal, núm. I, 2017, op. cit., p. 12.

Sin embargo, como veremos a continuación, el Pleno de la Sala de lo Social del TS ha reconocido a la maternidad por sustitución como una situación protegida a los fines de obtener prestaciones por maternidad, adopción o acogimiento. Así lo ha establecido en dos sentencias, una de 25 de octubre de 2016¹¹³ y otra de 16 de noviembre de 2016¹¹⁴ que unifican doctrina.

No cabe duda de que el motivo principal por el cual el Tribunal Supremo ha reconocido en estos casos la prestación por maternidad es salvaguardar el principio del interés superior del menor. Se ha llegado a la conclusión de que este tipo de prestaciones no solo protegen a la madre, sino que también protegen al menor, quien necesita en sus primeros meses de vida una atención y unos cuidados especiales. Además, ha considerado que negar la prestación en los casos de maternidad por sustitución supondría una discriminación del menor por razón de su origen o de su filiación.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 15 de octubre de 2016.

Se trata de un varón español que se desplaza a la India para cumplir su deseo de tener descendencia a través de un contrato de gestación por sustitución. Decir que, en este caso, se utilizó el material genético de dicho varón.

La madre gestante dio a luz a dos niñas y aceptó que el hombre asumiera en exclusiva “todas las funciones y obligaciones que se derivaran de la patria potestad¹¹⁵”.

Las menores fueron inscritas en el Registro Consular como hijas de los padres biológicos (la madre gestante y el varón español) y fueron trasladadas a España por dicho varón. En esta ocasión, la Seguridad Social española denegó la prestación de maternidad solicitada por el progenitor considerando que la Ley 14/2006 sobre TRHA establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución.

Finalmente, el asunto llegó al Tribunal Supremo, que resolvió en favor del varón reconociéndole el derecho a acceder a la prestación por maternidad.

¹¹³ Sala de lo Social, Recurso de Casación 3818/2015.

¹¹⁴ Sala de lo Social, Recurso de Casación 3146/2014.

¹¹⁵ ARANGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, pp. 23 a 55.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2016.

Se trata de una trabajadora que junto a su pareja se desplaza a San Diego (California) para tener un hijo a través de un contrato de gestación por sustitución. Tras el nacimiento del menor, este fue inscrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles, figurando la trabajadora como madre y su pareja varón como padre del menor.

La madre de intención solicitó al Instituto Nacional de la Seguridad Social la prestación por maternidad, que, al poco tiempo, le fue denegada.

Tras pasar por las diferentes instancias judiciales, el asunto llegó a manos del Tribunal Supremo, quien resolvió de nuevo en favor de la solicitante, reconociéndole el derecho a recibir la prestación por maternidad. En esta segunda sentencia, el Tribunal Supremo utiliza unos argumentos prácticamente idénticos a los anteriores, centrándose en la idea del interés superior del menor.

En conclusión, en ambas sentencias, el Tribunal Supremo ha dado la razón a los solicitantes de las prestaciones de maternidad pues ha considerado que debe de hacerse una interpretación integradora de las normas aplicadas, contempladas a los efectos de la jurisprudencia del TEDH y de los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios existentes¹¹⁶.

Decir que, como es obvio por las razones ya vistas, ni la normativa de Seguridad Social ni el Estatuto de los Trabajadores cuando regulan la suspensión del contrato de trabajo por causa de maternidad, prevén los supuestos de gestación por sustitución.

En cualquier caso, podemos decir que el Tribunal Supremo ha hecho una interpretación flexible de la actual legislación de la Seguridad Social pues ha tenido en cuenta otros principios y valores, ya que considera que debe hacerse aquella interpretación que resulte más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación y de la conciliación de la vida familiar y laboral.

¹¹⁶ DÍAZ ROMERO, M.R.: *Autonomía de la Voluntad y Contrato...*, op. cit., pp. 45 y ss.

Por consiguiente, esto nos lleva a pensar que, en principio, la regla general sería que cualquier persona que tenga la posición de padre o madre comitente y que solicite una prestación por maternidad en España cuando previamente se haya celebrado en el extranjero un contrato de gestación por sustitución y se haya adquirido la correspondiente filiación por estar oficialmente inscrita en el Registro del Consulado de España en el territorio donde se haya llevado a cabo dicho contrato, tendrá derecho a la prestación por maternidad¹¹⁷. Sin embargo, aunque es verdad que en la mayoría de los supuestos que cumplen los requisitos citados, se ha concedido dicha prestación, será necesario analizar caso por caso, pues al no haber una regulación completa sobre esta materia, no se podrá aplicar esta regla de forma automática.

¹¹⁷ TALÉNS VISCONTI, E.E.: *La prestación por maternidad...*, op. cit., p. 452.

8. CONCLUSIONES.

- I. Existen muchas definiciones de <<gestación por sustitución>>, pero la mayor parte de la doctrina utiliza la definición realizada por la *Sentencia de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011* que la define como “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 al 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”¹¹⁸.

- II. El supuesto reconocimiento normativo y el consecuente ejercicio tanto del derecho a reproducirse de forma natural como del derecho a hacerlo mediante técnicas de reproducción humana asistida, no puede alterar los principios fundamentales de nuestra sociedad. En todo caso, debe respetarse el principio de dignidad humana de las personas, así como la prohibición de que estas puedan ser objeto de tráfico mercantil, algo que, bajo mi punto de vista, no es respetado en los casos de gestación por sustitución.

- III. El principio del interés superior del menor no cabe duda de que es esencial pero no puede justificar el fraude de ley ni atentar contra los principios básicos de nuestra sociedad.

Cuando se pretenda regular la situación de los menores que sean objeto de un contrato de gestación por sustitución, cuya filiación haya sido reconocida en un país extranjero y que convivan con los padres comitentes en una familia de “facto” en España, los órganos competentes deben otorgar en todo caso la solución que sea más beneficiosa para todas las personas implicadas. Puntualizar que, como se ha analizado previamente, las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos apuntan en esta dirección.

¹¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 949/2011 de 23 de noviembre de 2011.

IV. Tal y como se ha visto, el ordenamiento jurídico español establece la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución (apartado 1º del artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA). Ahora bien, si a pesar de todo ello, se celebrara un contrato de esta naturaleza, el legislador atribuye la maternidad al hecho del parto (apartado 2º), otorgando además, la posibilidad de que se pueda establecer la filiación con respecto al padre biológico (apartado 3º).

Sin embargo la existencia de ordenamientos jurídicos plurales en los Estados y la libre circulación de personas entre ellos, hace que cada vez sea más fácil y más frecuente que los ciudadanos españoles recurran a este tipo de prácticas.

V. Por consiguiente, la regulación del artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre TRHA resulta insuficiente para resolver esta cuestión tan controvertida. La nulidad contractual sin más no es la solución más correcta y cuando va acompañada de reconocer la paternidad biológica como una especie de solución subsidiaria al problema, menos aún.

VI. Por otro lado, admitir el libre acceso a la gestación por sustitución en España, abriría la puerta a que se den situaciones de explotación de la mujer y del menor nacido mediante este tipo de contratos. Por eso, la gestación subrogada, vista de esta manera, no debe de admitirse en nuestro país y, por consiguiente, en principio, no debe de considerarse como un medio alternativo para tener hijos.

Señalar que, esta recomendación es ya defendida por diferentes organismos como por ejemplo el Parlamento Europeo y la asamblea parlamentaria del Consejo de Europa.

Igualmente, cabe hacer referencia a la Declaración de Casablanca para la abolición mundial de la maternidad subrogada, firmada por 100 expertos (médicos, juristas, filósofos, psicólogos, etc.) de 75 nacionalidades, hecha pública en Casablanca (Marruecos) el 3 de marzo de 2023, mediante la cual se solicita a los Estados la prohibición de la maternidad subrogada en todas sus modalidades y tipos, sea o no remunerada, y la aplicación de medidas para combatir dicha práctica.

VII. Bajo mi punto de vista, entre prohibir y admitir los contratos de gestación por sustitución, queda un espacio libre para reflexionar democráticamente, para alcanzar un consenso, rechazando en todo caso la trata de personas y la explotación reproductiva.

Sin embargo, aunque llegar a un consenso jurídico a nivel internacional, sería, en mi opinión, la mejor solución, la realidad actual nos muestra que sería difícil o imposible alcanzarlo. En cualquier caso, lo que sí tengo claro es que la legalización no es la solución óptima a esta problemática jurídica ya que la falta de garantías suficientes no lograría mejorar la protección de la dignidad y de los derechos de la mujer gestante y del menor. En consecuencia, tal y como están las cosas, debería mantenerse la prohibición de la práctica, lo cual no quiere decir que no sea necesaria la intervención urgente del legislador en aras a regular las distintas dimensiones que presenta la gestación subrogada.

VIII. Si se llegara al caso en el que el legislador regulara todas las vertientes de esta práctica, no debería olvidarse bajo ninguna circunstancia de los permisos por maternidad y paternidad así como del régimen jurídico de los subsidios de la Seguridad Social ligados al nacimiento de los hijos por gestación por sustitución. Y es que esta materia no puede seguir regulándose a través de criterios jurisprudenciales y administrativos, que aunque es verdad que han resuelto situaciones concretas tal y como hemos visto, no pueden extenderse sin más a todos los escenarios que se planteen.

IX. A tenor de lo expuesto, es evidente que existe la necesidad de proponer soluciones eficaces a esta complicada situación. La gestación por sustitución es una realidad a la que no se le debe de dar la espalda y dada la globalidad de las situaciones existentes, sería necesaria, más pronto que tarde, una completa regulación tanto desde una perspectiva nacional como internacional.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ÁLVAREZ TOLEDO DE QUINTANA, L. (2014): “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional.” Cuadernos de Derecho Transnacional, un. 2, vol. 6.

AMADOR JIMÉNEZ, M.: “Biopolíticas y biotecnológicas: reflexiones sobre la maternidad subrogada en India”, Revista CS, núm. 6, julio-diciembre de 2010.

ARANGÓN GÓMEZ, C. (2017): “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”. Revista de información laboral, ISSN 2254-3171, N°4, 2017.

AZNAR DOMINGO, A. y AYALA PLASENCIA, N. (2023): “La gestación por sustitución”.

Disponible en: <https://elderecho.com/gestacion-por-sustitucion-como-forma-de-reproduccion>

BARBER CÁRCAMO, R.: “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, Revista de Derecho Inmobiliario, n° 739.

CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2015): “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol 7, n°2.

CASTELLANOS RUIZ, M.J. (2022): “La filiación adoptiva, vía legal para la gestación por sustitución: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022.” Cuadernos de derecho transnacional, 14(2).

CERVANTES, I.H. (2013): “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”. Anuario de derecho civil, 66(2).

DÍAZ ROMERO, M^a del R. (2018): “Autonomía de la voluntad y contrato de gestación subrogada: efectos jurídicos”. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, Print.

DÍAZ ROMERO, M^a. R. (2010): “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”. Diario La Ley, ISSN: 1138-9907, 1989-6913.

FERNÁNDEZ CORDINA, G.: “Gestación subrogada: crítica a sus críticas, sobre porqué es moralmente lícita y legalizable.” Disponible en: <https://elibro-net.ponton.uva.es/es/lc/uva/titulos/127037>

FULCHIRON, H., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2015): “Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencia Labasseé y Menesson de 26 de junio de 2014).” Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil, núm 3/2015 parte Estudio.

GODOY VÁZQUEZ, M.O. (2018): “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo”. Anuario de la Facultad de Derecho de la Uex, nº34. ISSN: 0213-988X.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2015): “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre gestación por sustitución”, Revista Española de Derecho Internacional, Capítulo Décimo, 67 (I).

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, Aranzadi Doctrinal, núm. I, 2017.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. (2014): “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, vol. 6.

LLEDÓ YAGÜE, F. y GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A.: “Gestación subrogada: principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)”, Editorial Dykinson S.L., Madrid.

LUCAS ESTEVE, A. (2019): “La gestación por sustitución”, 1ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, Print.

MAGARIÑOS BLANCO, V. (2019): “Reflexiones sobre la maternidad subrogada”. ISBN: 97884132428897. Madrid: Dykinson, 2019, Print.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN: “Justicia deja sin efecto la instrucción enviada a los registros consulares sobre gestación subrogada en el extranjero”. Fuente: Mocloa.es

Disponible en: http://www.migrarconderechos.es/noticias/Anulada_idgrn_14_02_2019

MONJE BALMASEDA, O. (2019): “La problemática de la Inscripción de la filiación en supuestos de gestación subrogada: Las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019 y la posición de los órganos jurisdiccionales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

PAULINE SCHWEINBACH, A. (2021): “La excepción del orden público internacional.” Vol. 13 (Madrid): Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid.

RAIMUNDO HOOFT, E. (2015): “Derecho internacional privado al alcance de todos.” Eudem. <https://elibro-net.ponton.uva.es/es/lc/uva/titulos/77004>.

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social 127: Derecho social Internacional y Comunitario, ISSN: 2254-3295, N° 127, 2017. Disponible en: <https://libreriavirtual.trabajo.gob.es/libreriavirtual/downloadGratuita/W0141727>

ROJAS VENEGAS, B.: “El dilema de la concepción humana asistida: breve análisis de la gestación por sustitución o maternidad subrogada”, Editorial Tirant lo Blanch, Ciudad de México 2021.

SALVADOR GUTIÉRREZ, S.: “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”. Boletín de derecho de familiar, 01/09/2012.

TALÉNS VISCONTI, E.E. (2018): “La prestación por maternidad en los supuestos de gestación subrogada.” ISBN: 978-84-948123-6-1-.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: “La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo”, Editorial Comares, S.L., Granada 2012.

VELARDE D’AMIL, Y.: “Revista sobre la Infancia y la Adolescencia”, 3 de septiembre de 2012.

VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primer instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”. Diario La Ley, ISSN 1989-6913, N° 7501, 2010.

9.1. Jurisprudencia.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 18 de marzo de 2014.

Caso Labassée contra Francia, Sentencia de 26 de junio de 2014, demanda núm 65941/2011 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2014).

Caso Mennesson contra Francia, Sentencia de 26 de junio de 2014, demanda núm. 65192/2011 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2014).

Caso Paradiso y Campanelli contra Italia, Sentencia de 27 de enero de 2015, demanda núm. 25358/2012 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2015).

Caso Paradiso y Campanelli contra Italia, Sentencia de 24 de enero de 2017, demanda núm. 25358/2012 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2017).

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sentencia núm. 835/2013, recurso de Casación núm. 245/2012, sección 991, de 6 de febrero de 2014.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 949/2011 de 23 de noviembre de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo 247/2014 (Sala 1ª Pleno) de 6 de febrero de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 115/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

9.2. Resoluciones de la DGRN.

Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución RJ 2009/1735 de 18 de febrero de 2009.

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. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317

Instrucción DGRN de 14 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Disponible en: http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/IDGRN_14_02_2019

Instrucción DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Disponible en: http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Instruccion_DGRN_18_02_2019