



Universidad
de Alcalá

DÍCTAMEN JURÍDICO: LA GESTACIÓN SUBROGADA LEGAL OPINION: THE SUBROGATED GESTATION

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:
D^a NOEMI DOMÍNGUEZ GARCÍA

Dirigido por:
D^a ANA FERNÁNDEZ PÉREZ

Alcalá de Henares, a 22 de Diciembre de 2020

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto dar respuesta a la consulta de una pareja que ante la imposibilidad de tener hijos acude a la gestación subrogada en un país extranjero. Para ello, partiremos del estudio conceptual de la “gestación subrogada”. Después, pasaremos a analizar la normativa internacional, examinando las diferencias existentes entre la normativa de los diversos países y la normativa española, y estudiaremos en profundidad los países donde los contratos de gestación por sustitución son legales.

Posteriormente, se analizará la regulación en el ordenamiento jurídico español, especialmente las distintas resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado y la doctrina del Tribunal Supremo, haciendo especial referencia a los problemas de filiación que plantea la gestación subrogada en nuestro país. Finalmente, se examinará la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos y se dará solución a las cuestiones planteadas.

PALABRAS CLAVE

Gestación subrogada, filiación, interés superior del menor, orden público internacional y madre gestante.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to respond to the query of a couple who, faced with the impossibility of having children, go to surrogacy in a foreign country. To do this, we will start from the conceptual study of "surrogacy". Then we will go on to analyze international regulations and examine the differences between the regulations of the various countries and the Spanish regulations, studying in depth the countries where surrogacy contracts are legal.

Afterwards, the regulation in the Spanish legal system will be analyzed, especially the different resolutions and Instructions issued by the General Directorate of Registries and Notaries and the doctrine of the Supreme Court, making special reference to the problems of filiation posed by surrogacy in our country. Finally, the jurisprudence of the European Court of Human Rights will be examined and the questions raised will be resolved.

KEYWORDS

Surrogacy gestation, filiation, higher interest for minors, international public order and pregnant mothers.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. ANTECEDENTES DE HECHO.....	5
3. CUESTIONES PLANTEADAS.....	7
4. SOLUCIÓN A LOS DISTINTOS PROBLEMAS JURIDICOS PLANTEADOS.....	7
4.1 La legalidad del contrato de gestación subrogada en España	8
4.2 La inscripción del nacimiento y filiación en el Registro Civil español	21
4.3 Determinación de la filiación.....	31
4.4 Solución propuesta.....	33
5. CONCLUSIONES.....	35
BIBLIOGRAFIA.....	39
MARCO LEGAL APLICABLE.....	43
JURISPRUDENCIA CITADA.....	44
ANEXO.....	45

1. INTRODUCCIÓN

La gestación subrogada se encuentra muy presente en nuestra sociedad, no solo por el debate social que este tema genera, sino por el gran aumento en el número de personas que acuden a este tipo de reproducción.

Es interesante destacar que en septiembre de 2016 el grupo parlamentario socialista realizó una petición al Gobierno para conocer en detalle el número de hijos nacidos mediante gestación subrogada. Tras esta petición el Gobierno informó del conocimiento de 979 inscripciones entre los 12 países en los que si está permitida la gestación por sustitución¹. El 56% de los nacimientos tuvo lugar en Estados Unidos y el 24% en Ucrania, dos de los principales destinos de los españoles para llevar a cabo esta práctica prohibida en nuestro país. No obstante, María Dolores Lozano, presidenta de la Asociación Española de Abogado de Familia (AEAFA), asegura que son más de 1.000 los niños nacidos por maternidad subrogada que llegan a España².

Esta práctica se ha visto aumentada a lo largo de los años como consecuencia del aumento en los casos de esterilidad, de la legalización de los matrimonios homosexuales, aunque son pocos los países que permiten la gestación subrogada a parejas homosexuales; del aumento en el número de personas que deciden emprender la paternidad sola y formar una familia monoparental y de las dificultades que presenta la adopción internacional.

Como se ha mencionado con anterioridad, la gestación subrogada suscita un gran debate social desde un punto de vista ético, ya que existen sectores de la población que consideran que ésta práctica constituye una mercantilización del útero de la mujer, no solo eso, sino que la celebración de este tipo de contratos supone atentar contra la dignidad de la mujer y del menor al convertirlos en objeto de un contrato mercantil. Este debate no se produce solo en España, sino también a nivel internacional, ya que son sólo 12 los países que permiten llevar a cabo la gestación subrogada.

¹ ÁLVAREZ MOLERO, P.: "El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EEUU y Ucrania, en *El País*, 2017 (en línea) https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html (consulta 10 diciembre 2020).

² EFE: "La gestación subrogada se dispara en España ante la caída de la adopción internacional", en *El Mundo*, marzo 2017, (en línea) <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/03/05/58bbe43cca4741c1428b4579.html> (consulta 10 diciembre 2020)

En el presente trabajo se ha querido dar solución a los problemas que puedan enfrentar estas familias que acuden a otros países a celebrar un contrato de gestación subrogada. Por ello se realiza en primer lugar un análisis del concepto de gestación subrogada. Seguidamente, se analiza la legalidad de dichos contratos a nivel internacional, analizando los países donde la subrogación esté permitida con total libertad, países donde está permitido pero con determinados límites y requisitos, y países donde se encuentra expresamente prohibido; analizando también la normativa interna española.

Posteriormente se analizan los requisitos necesarios para poder inscribir en el Registro Civil español el nacimiento y la filiación de estos menores nacidos mediante esta técnica de reproducción. Para ello, ha sido necesario analizar las resoluciones e instrucciones dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, las sentencias dictadas por los distintos Tribunales españoles y las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Finalmente, tras exponer las distintas posibilidades para determinar la filiación de los menores con respecto a los padres de intención, en función del país donde se ha llevado a cabo la gestación subrogada y de los documentos aportados ante el encargado de los Registros Civiles consulares españoles en el extranjero, y analizado todo lo anterior, se proporciona una respuesta a los problemas jurídicos planteados.

2. ANTECEDENTES DE HECHO

Doña Sara Menéndez, nacida en Madrid el día 15 de marzo de 1986, y Don. Francisco Gómez, nacido en Badajoz el día 20 de noviembre de 1983, contrajeron matrimonio el 3 de junio de 2011 en Madrid.

Después de contraer matrimonio, Dña. Sara y D. Francisco implantaron su residencia habitual en Madrid dónde decidieron formar una familia y emprender la aventura de ser padres.

Tras varios meses intentando tener descendencia de manera natural y sin obtener resultado alguno, acudieron a una clínica especialista en fertilidad dónde se les confirmó que la posibilidad de tener hijos era muy baja debido a la enfermedad que padecía Dña. Sara, y que por esa razón tendrían que acudir a otros métodos de reproducción.

Ante ese problema, y tras rechazar otras vías de reproducción asistida, Dña. Sara y D. Francisco se plantearon dos posibles soluciones: la adopción o la gestación subrogada.

Tras analizar las distintas opciones y debido a su desesperación por tener descendencia a la mayor brevedad posible, descartaron la adopción nacional o internacional por los largos periodos de espera, decidiéndose así por la gestación subrogada.

Con la decisión ya tomada, Dña. Sara y D. Francisco contactaron con una agencia intermediaria, ubicada en Houston (Texas), para que les asesorase sobre el procedimiento a seguir. Tras varias conversaciones telefónicas, la agencia les recomendó trasladarse a Houston para firmar el contrato de gestación y conocer así a la madre gestante, Dña. Kiara.

En agosto de 2015, Dña. Sara, D. Francisco y Dña. Kiara firmaron el contrato de subrogación iniciándose así el procedimiento.

En el contrato firmado por ambas partes, aparecía reflejado que, de manera previa al parto, las partes contratantes tendrían que acudir a una vista en los juzgados de Houston para declarar la paternidad de Dña. Sara y D. Francisco y otorgar la pre-birth order, requisito que se cumplió una semana antes de que tuviera lugar el parto, y además, se acordó que se utilizaría el propio material genético de Dña. Sara y de D. Francisco.

Tras la firma del contrato de subrogación, Dña. Sandra y D. Francisco regresaron a su residencia habitual en Madrid, y mantuvieron contacto semanal con Dña. Kiara durante los 7 primeros meses de embarazo.

Transcurrido este tiempo decidieron trasladarse a Houston para poder seguir de cerca los últimos meses del embarazo y las últimas ecografías antes del parto.

Finalmente, el 3 de julio de 2016, tras un largo camino recorrido, nació Ruth.

El 7 de julio de 2016, se informó a los Tribunales de Texas del nacimiento de Ruth. Tras ello, se dictó una sentencia en la que se confirmó que los padres legales de Ruth eran Dña. Sara y D. Francisco, y se solicitó el correspondiente certificado de nacimiento a nombre de los padres de intención como padres legales de la menor.

Una vez conseguido el certificado de nacimiento, que tardó 20 días, Sara, Francisco y Ruth acudieron a nuestro despacho para asesorarse sobre los pasos a seguir para inscribir a Ruth en el Registro Civil español.

3. CUESTIONES PLANTEADAS

De acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos, se plantean diversas cuestiones jurídicas:

1. La legalidad del contrato de gestación subrogada en España.
2. La inscripción de nacimiento en el Registro Civil Español del menor nacido en el extranjero mediante gestación subrogada.
3. Determinación de la filiación entre los padres comitentes y el concebido.

4. SOLUCIÓN A LOS DISTINTOS PROBLEMAS JURIDICOS PLANTEADOS

Antes de proceder a dar solución a los distintos problemas planteados, debemos detenernos en el concepto de “gestación subrogada”.

En España no existe un concepto legal de “gestación subrogada” debido a que se trata de una práctica no permitida en nuestro país, no obstante, existen otras vías que nos proporcionan una idea de lo que se entiende por gestación subrogada.

Así, según Jiménez Muñoz la gestación subrogada “es la práctica por la que una mujer (madre gestante, subrogada o sustituta) se compromete, con o sin precio, a gestar con el fin de entregar el niño después del parto a la/s persona/s comitentes (padres de elección) sean sus progenitores biológicos o no, renunciando ella a su filiación”³.

Otro concepto de gestación subrogada es el elaborado por Sánchez Martínez al establecer que “en virtud de esta práctica, una mujer gesta un bebé cuya maternidad renuncia, en favor de otra u otras personas que se comprometen a asumir la paternidad y/o maternidad social”⁴.

También se ha indicado que “la maternidad por subrogación consiste en la gestación, convenida en un contrato, con o sin precio, por una mujer, que renuncia a la filiación materna

³ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: "Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada", en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, nº12, 2018, p.25.

⁴ SANCHEZ MARTÍNEZ, M. O.: "La gestación por sustitución: una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas", en *Derechos y libertades*, nº 36, enero 2017, p.100.

consiente que la filiación del niño o niños quede determinada a favor del contratante(s) o de un tercero(s)”⁵.

Hay que mencionar, además, que los Tribunales españoles han ofrecido una definición de “gestación por sustitución”, señalando que se trata de “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 si o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”⁶.

Definida la gestación por sustitución, se debe agregar que existen distintos tipos de gestación por sustitución que, de acuerdo con Jiménez Muñoz⁷, tenemos:

Por un lado, la **subrogación tradicional o parcial**, que se caracteriza por que la madre gestante aporta sus óvulos para ser inseminada con los espermatozoides del padre de intención o de un donante, existiendo así una relación genética entre el feto, la madre gestante y uno de los padres comitentes. Y, por otro lado, la **subrogación gestacional o plena**, en cuyo caso la madre gestante se limita a gestar el embrión sin aportar sus óvulos, evitando de esta forma que exista una relación biológica entre la madre gestante y el feto.

4.1 La legalidad del contrato de gestación subrogada en España

4.1.1 Normativa internacional

Para poder entender la situación de la gestación subrogada en España, hay que analizar en primer lugar la situación a nivel internacional.

En el ámbito internacional existe normativa muy diversa en esta materia, encontrándonos así con países que permiten completamente esta práctica, países que permiten la gestación subrogada pero con limitaciones, y por último, países como España que la prohíben⁸.

⁵ SANCINENA ASURMENDI, C.: "Padres a la carta, hijos por encargo y madres de alquiler", en *The Family Watch*, Instituto Internacional de estudios sobre la familia, nº 4, 2014, p.1.

⁶ SAPV 826/2011, de 23 de noviembre.

⁷ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. op. cit., p.45

⁸ PACHECO BLÁZQUEZ, S.: "La gestación subrogada y la dignidad de la mujer", Trabajo fin de grado. Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 2019 (en línea)

https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2019/207002/TFG_spachecoblazquez.pdf (consulta 3 noviembre 2020).

I. Países que no regulan la gestación subrogada o que la prohíben

Nos encontramos, por un lado, con países donde existe un vacío legal por que la gestación subrogada no aparece regulada en su legislación, pero tampoco se ha prohibido de manera expresa, como es el caso de Irlanda, que aunque no cuenta en la actualidad con una ley que regule la subrogación, existen clínicas que ofrecen este servicio a sus clientes, siguiendo siempre las indicaciones del Comité Médico de Irlanda⁹.

Otro país que se encuentra en una situación similar a la de Irlanda es Brasil, que aunque no tenga una ley que regule la gestación subrogada, ha establecido una serie de requisitos indispensables para poder acceder a este tipo de tratamiento reproductivo. Estos requisitos han sido determinados por el Consejo Federal de Medicina y se encuentran contemplados en la Resolución 2121/2015¹⁰.

Y por otro lado, aquellos países que prohíben expresamente esta práctica. Ahora bien, entre los países que prohíben la subrogación, no todos llevan a cabo la misma vía de actuación, razón por la cual existen países donde se sanciona el contrato de subrogación mediante la nulidad del mismo, como es el caso de España, Alemania o Bélgica, y otros países, como China, donde se imponen sanciones administrativas y, además, pueden enfrentarse a responsabilidades penales¹¹.

II. Países que permiten la gestación subrogada con límites

Entre los países que permiten la gestación subrogada, pero respetando determinados límites, debemos destacar, Georgia, Portugal, Grecia o Canadá entre otros.

CANADÁ

⁹ RODRIGO LLOBELL, A. y SALVADOR NAVARRO, Z.: "La gestación subrogada en Irlanda: ¿existe un vacío legal?", en *babygest*, febrero 2019, (en línea) <https://babygest.com/es/gestacion-subrogada-en-irlanda/> (consulta 13 de noviembre 2020).

¹⁰ SALGADO ALONSO, S y SALVADOR NAVARRO, Z.: "La gestación subrogada en Brasil: ¿cuáles son las condiciones?", en *babygest*, agosto 2019 (en línea) <https://babygest.com/es/brasil/> (consulta 13 de noviembre 2020).

¹¹ MESTRE FERRER, C.: "Gestación subrogada a nivel internacional: ¿Dónde es legal?", en *babygest*, junio 2015 (en línea) <https://babygest.com/es/paises/> (consulta 13 de noviembre 2020).

Permite la gestación subrogada a todo tipo de familia con independencia de la condición sexual y del estado civil, y además permite obtener una resolución judicial que determina la filiación a favor de los padres de intención, lo que facilita la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, sin embargo, existen numerosas prohibiciones a tener en cuenta.

En primer lugar, se prohíbe la gestación subrogada comercial, es decir, solo se admite esta práctica con una finalidad altruista, aunque los padres comitentes deberán pagar todos los gastos derivados del embarazo, por ejemplo, los gastos médicos, la ropa premamá o las medicinas que necesite a lo largo del proceso. No obstante, estos gastos no podrán superar los 22.000 euros canadienses.

En segundo lugar, se prohíbe que cualquier persona acepte remuneración alguna por actuar de intermediario en un acuerdo de subrogación, por ofrecerse a llevar a cabo este acuerdo o por anunciarse; y por último, se prohíbe que la madre gestante sea menor de 21 años¹².

En caso de que se produzca una infracción de las mencionadas con anterioridad, los culpables podrán ser sancionados con una multa de hasta 500.000 dólares canadienses y con hasta 10 años de prisión.

GEORGIA

Establece dos condiciones para permitir la gestación subrogada. En primer lugar, que exista incapacidad para gestar, y en segundo lugar, que se trate de una pareja heterosexual casada, excluyendo a cualquier pareja homosexual así como a cualquier hombre o mujer que quieran ser padre o madre solteros¹³.

Para poder llevar a cabo la gestación subrogada es necesario tener un consentimiento firmado por ambos miembros de la pareja, ya que con este documento el Gobierno de Georgia reconoce a los padres de intención como padres legales del menor en el momento del parto.

Después del nacimiento, el bebé es registrado en el Registro Civil de Georgia a nombre de los padres comitentes sin necesidad de que la madre gestante preste su consentimiento, es decir, no es necesario que exista una renuncia expresa por parte de ésta. Por último, en

¹² RODRIGO LLOBELL, A.: "Gestación subrogada en Canadá: legislación y precio", en *babygest*, agosto 2019 (en línea) <https://babygest.com/es/canada/> (consulta 13 noviembre 2020).

¹³ RODRIGO LLOBELL, A. y SALVADOR NAVARRO, Z.: "Gestación subrogada en Georgia: condiciones legales y precio", en *babygest*, agosto 2019 (en línea) <https://babygest.com/es/georgia/> (consulta 13 noviembre 2020).

relación con el certificado de nacimiento, éste se expide en el transcurso de 24 horas desde el parto¹⁴.

Hay que subrayar que Georgia no otorga a los padres de intención una resolución judicial donde se reconozca la filiación del menor a favor éstos. Esto dificulta su inscripción en el Registro Civil español, ya que es necesario que el padre aporte sus gametos para que la filiación pueda ser reconocida en España mediante una prueba de ADN, y posteriormente, una vez reconocida la filiación a favor del padre biológico, la madre de intención deberá iniciar el procedimiento de adopción del menor.

GRECIA

Permite la gestación subrogada únicamente a parejas heterosexuales y a mujeres solteras con incapacidad para gestar. La subrogación está regulada en las Leyes 3089/2002 y 3305/2005 que establecen determinadas limitaciones:

1. La madre gestante no puede aportar sus óvulos para llevar a cabo el proceso, es decir, únicamente se permite la subrogación gestacional.
2. Se requiere una resolución judicial dictada por el Tribunal del domicilio de la madre gestante antes de la transferencia embrionaria.
3. Es necesario que la madre de intención tenga menos de 50 años.
4. La madre de intención debe aportar un certificado médico que acredite su infertilidad o sus problemas para concebir.

En el caso de que cualquier persona incumpla lo mencionado anteriormente, puede enfrentarse a una multa de 1.500€ y a una pena de prisión de 2 años¹⁵.

Una de las ventajas que presenta Grecia, es que la filiación de los padres de intención queda determinada mediante una sentencia judicial dictada por el tribunal competente. El procedimiento judicial se lleva a cabo antes de que tenga lugar la transferencia embrionaria, de manera que el Tribunal valora la idoneidad de la mujer para gestar al bebé. Este proceso puede tardar entre 4 semanas y 3 meses; no obstante, una vez obtenida la autorización para

¹⁴ RODRIGO LLOBELL, A. y SALVADOR NAVARRO, Z., op. cit. (consulta 13 noviembre 2020).

¹⁵ SALGADO ALONSO, S. y SALVADOR NAVARRO, Z.: "Gestación subrogada en Grecia: legislación, registro del bebé y precio", en *babygest*, agosto 2019 (en línea) <https://babygest.com/es/grecia/> (consulta 13 noviembre 2020).

proceder a la transferencia embrionaria, el Tribunal otorga también el reconocimiento de la filiación a favor de los padres de intención, pasando a ser los padres legales del menor.

PORTUGAL

La situación actual es bastante inestable. Se trata de uno de los países de la Unión Europea que permite la gestación subrogada, aunque no exento de polémica.

En agosto de 2016 se aprobó la Ley 25/2016, de 22 de agosto, que permitía la gestación subrogada, aunque no fue hasta el 1 de agosto de 2017 cuando entró en vigor el Decreto Reglamentario 6/2017 que permitía su aplicación.

La publicación de esta ley desencadenó la necesidad de modificar varios preceptos de la Ley 32/2006, de 26 de julio, de procreación médica asistida. Sin embargo, en el año 2018 la ley fue llevada ante el Tribunal Constitucional, quien en Sentencia de 24 de abril, declaró inconstitucional los preceptos redactados en la nueva ley, al considerar que estos vulneraban el derecho al libre desarrollo de la personalidad y suponían una restricción de los derechos a la identidad personal y al desarrollo de la personalidad de los menores nacidos mediante esta técnica¹⁶.

Tras la declaración de inconstitucionalidad, el 19 de julio de 2019 se aprobó por la Asamblea de la República un Decreto que había sido remitido para su promulgación como Ley. En este Decreto se volvió a reproducir el artículo declarado inconstitucional en STC de 24 de abril, por lo que, el Presidente de la República presentó un recurso de inconstitucionalidad contra dicho precepto, que fue igualmente declarado inconstitucional en Sentencia de 18 de septiembre de 2019.

El Tribunal Constitucional consideraba inconstitucional dicho precepto por que, no permitir a la madre gestante revocar su consentimiento antes del momento de entregar al menor, supone una vulneración de su derecho fundamental al desarrollo de la personalidad¹⁷.

En relación con los requisitos, Portugal permite la gestación subrogada a parejas heterosexuales y homosexuales femeninas con incapacidad para gestar, casadas o viviendo como tal. Así mismo, sólo se permitirá la subrogación gestacional o completa, es decir, la

¹⁶ IDIBE.: "Nueva sentencia del Tribunal Constitucional portugués en materia de maternidad subrogada", en *Instituto de Derecho Iberoamericano*, noviembre 2019, (en línea) <https://idibe.org/noticias-legales/nueva-sentencia-del-tribunal-constitucional-portugues-materia-maternidad-subrogada/> (consulta 10 diciembre 2020).

¹⁷ IDIBE., op. cit., (consulta 11 diciembre 2020).

madre gestante no aportará sus óvulos; y que se lleve a cabo de manera altruista, prohibiendo así la gestación comercial¹⁸.

Por lo que se refiere a la filiación, el artículo 8.7 de la Ley de gestación subrogada establece que “se reconoce al niño nacido por gestación subrogada como el hijo de los respectivos beneficiarios”¹⁹. Es decir, en el certificado de nacimiento del menor aparecerán directamente como padres legales los comitentes, sin hacer mención a la madre gestante ni el recurso a la gestación subrogada.

Por último, añadir que la Ley 25/2016, de 22 de agosto prevé sanciones en caso de infracción. Por ejemplo, se prevé una sanción para los casos en los que el tratamiento se lleve fuera de los centros autorizados de hasta 3 años de prisión; o una pena de 2 años de prisión en el caso de hacer de intermediarios o de promover de manera directa la celebración de contratos de gestación por sustitución, entre otros.

III. Países que permiten la gestación subrogada.

Por último, nos encontramos con países que permiten completamente esta práctica, como es el caso de Ucrania, Rusia o Estados Unidos, entre otros.

A. Ucrania

Se trata de uno de los principales destinos de los españoles para llevar a cabo la gestación subrogada, debido al económico precio del tratamiento.

La subrogación se encuentra regulada en el Código de Familia y en la Orden 771 del Ministerio de Salud, y conforme al artículo 123 del Código de Familia los padres legales del menor son los padres de intención desde la transferencia del embrión a la madre gestante.

En cuanto a los requisitos para acogerse a la gestación subrogada en Ucrania, es necesario que se trate de una pareja heterosexual casada; que el padre aporte su material genético,

¹⁸ ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, N.: "Gestación subrogada en Portugal: ley y condiciones para extranjeros", en *babygest*, septiembre 2019 (en línea) <https://babygest.com/es/gestacion-subrogada-portugal/> (consulta 15 noviembre 2020).

¹⁹ Ley 25/2016, de 22 de agosto, de gestación subrogada, de Portugal.

aunque es preferible que también lo aporte la madre de intención; y que exista una razón médica que impida a la madre de intención tener hijos²⁰.

En cuanto a los requisitos para ser madre gestante, mencionamos que la gestante debe ser mayor de edad, tener como mínimo un hijo propio, y estar física y psicológicamente preparada para entregar el bebé después del parto. No obstante, en el caso de que la madre gestante se encuentre casada, es recomendable que los padres de intención cuenten con la autorización de su marido aunque no sea obligatorio.

Una vez nacido el bebé, se entrega a los padres de intención el certificado de nacimiento, a nombre del padre biológico y de la madre gestante, y la renuncia de ésta.

Sin embargo, pese a las ventajas que pueda presentar la legislación ucraniana, ha saltado a la polémica debido a la situación en la que se encontraban los españoles que se habían trasladado allí para celebrar un contrato de gestación subrogada.

Recordemos que para proceder a la inscripción de la filiación en España es necesaria la existencia de una resolución judicial en la que se reconozca la filiación del nacido, requisito que no se cumple en Ucrania.

Debido a ello, la inscripción en el Registro Civil español de estos menores nacidos en Ucrania mediante gestación subrogada se estaba llevando a cabo mediante la aportación de una prueba de ADN que acreditara la paternidad de uno de los progenitores, hasta que en febrero de 2019, se anunció que no se aceptarían más pruebas de ADN, para proceder a la inscripción de los menores, debido a la detección de mala praxis en el ejercicio de esta técnica, por parte de los operadores e intermediarios ucranianos, ateniendo a la protección de los menores y de las mujeres gestantes, quedando así los padres legales “atrapados” en Ucrania²¹.

B. Rusia

La gestación subrogada se encuentra regulada en La Ley Federal sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia, que fue publicada en enero de 2012. Esta ley permite la gestación subrogada únicamente a parejas heterosexuales y a mujeres solteras, excluyendo a padres solteros y a parejas homosexuales.

²⁰ ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, N. y SALVADOR NAVARRO, Z.: "¿Cómo funciona la gestación subrogada en Ucrania? - Requisitos y precio", en babygest, agosto 2019 (en línea) <https://babygest.com/es/ucrania/> (consulta 16 noviembre 2020).

²¹ ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, N. y SALVADOR NAVARRO, Z., op. cit., (consulta 16 noviembre 2020).

Así mismo, sólo permite la subrogación gestacional, que en el caso de parejas heterosexuales se permite que el material genético proceda de la pareja o de un donante; pero en el caso de las mujeres solteras, es requisito indispensable que aporten sus óvulos, no permitiendo así la aportación de un donante. Hay que mencionar además que para poder recurrir a la gestación subrogada en Rusia, es necesario que la madre de intención padezca una incapacidad médica para gestar²².

Para poder inscribir al menor en el Registro Civil ruso, es necesario que los padres de intención aporten el certificado de nacimiento, en el que aparecen como padres legales del bebé, sin necesidad de que aparezca la madre gestante, y la renuncia de ésta.

En el caso de las mujeres solteras, el procedimiento a seguir es el mismo, aunque el problema radica en el momento de inscribir al menor en el Registro Civil español, ya que, pese a cumplir lo exigido por la legislación rusa, no se cumplen los requisitos de la Instrucción de 5 octubre de 2010²³.

C. Estados Unidos

No existe una legislación en Estados Unidos que permita y regule la gestación subrogada de manera general, ya que depende del estado de que se trate. Así, podemos encontrarnos con estados que prohíben la subrogación, como es el caso de Nueva York, Arizona o Indiana, los que permiten la gestación subrogada con limitaciones, como es el caso de Florida, estados que permiten esta practica sin limitaciones tan estrictas, como es el caso de Texas, California o Utah y por último, estados que no regulan la subrogación como Missouri u Oregón, permitiendo llevar a cabo la gestación subrogada pero con una menor seguridad jurídica²⁴.

Llegados a este punto, y teniendo en cuenta que en el supuesto de hecho planteado anteriormente la gestación subrogada se llevó a cabo en Texas, analizaremos los requisitos y las limitaciones que impone la legislación de dicho estado.

²² RODRIGO LLOBELL, A. y SALVADOR NAVARRO, Z.: "Gestación subrogada en Rusia: legislación, precio y filiación", en *babygest*, agosto 2019 (en línea) <https://babygest.com/es/rusia/> (consulta 17 noviembre 2020).

²³ RODRIGO LLOBELL, A. y SALVADOR NAVARRO, Z., op. cit., (consulta 17 noviembre 2020).

²⁴ PACHECO BLÁZQUEZ, S., op. cit., (consulta 17 noviembre 2020).

Hay que destacar que Texas permite la gestación subrogada desde el año 2003, que fue cuando se autorizó la celebración de los contratos de gestación subrogada; siempre que éstos respeten lo establecido en el Family Code de Texas.

Para llevar a cabo la gestación subrogada se tienen que cumplir unos requisitos que podemos resumir en los siguientes:

- Los padres de intención deben estar casados, aunque en el proceso se les considerará de manera individual.
- Es necesario que la madre de intención aporte un certificado médico que demuestre su imposibilidad para gestar.
- Sólo se permite la subrogación completa o gestacional, debiendo aportar los óvulos la madre de intención o bien una donante. Hay que subrayar que la gestación subrogada tradicional o parcial sí está permitida, pero no se considera subrogación sino un tipo de adopción, es por ello que se menciona como única forma de subrogación la completa o gestacional.
- El contrato de gestación subrogada debe ser firmado por las partes, de manera libre y voluntaria, como mínimo 14 días antes de que se realice la transferencia del embrión. Una vez se haya firmado el contrato de gestación subrogada, éste debe ser validado por un tribunal que otorgará la pre-birth order si se cumplen todos los requisitos que aparecen en el capítulo I del Uniform Parentage Act. En el caso de que no se considere válido el acuerdo de gestación subrogada será considerado nulo y no producirá efectos jurídicos.

La pre-birth order se trata de una sentencia judicial, previa al nacimiento del bebé, que reconoce a los padres de intención como los padres legales. Sin embargo, para poder otorgar la pre-birth order y validar el contrato de subrogación se deberá realizar un estudio en el hogar de los padres de intención para comprobar que cumplen con todos los requisitos²⁵.

Por último, la madre gestante tiene que cumplir con los siguientes requisitos:

- Debe haber tenido un embarazo previo sin complicaciones.

²⁵ ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, N.: "Gestación subrogada en Texas: acuerdo de subrogación y filiación", en *babygest*, noviembre 2017 (en línea) <https://babygest.com/es/gestacion-subrogada-en-texas/> (consulta 17 noviembre 2020).

- El embarazo no puede suponer un riesgo para la salud de la madre gestante o para la del bebé.
- En el supuesto de que la madre gestante se encuentre casada, su marido es una parte del contrato y, por lo tanto, deberá firma el acuerdo, de modo que, tanto la gestante como su marido, renuncian a todo derecho sobre el niño²⁶.

Tras el nacimiento del bebé, los padres de intención tiene un plazo de 300 días para notificar al Tribunal dicho nacimiento. Una vez informado, el Tribunal dicta una sentencia en la que se confirma que los padres de intención son los padres legales del menor, y en caso de ser necesario se exigirá a la madre gestante que entregue el bebé a los padres de intención. Además, se solicita la emisión del certificado de nacimiento a nombre de los padres de intención²⁷.

4.1.2 Normativa interna

Actualmente, la gestación subrogada en España aparece regulada en el artículo 10 de la Ley 14/2016, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

El primer apartado de este artículo establece la nulidad de los contratos de gestación subrogada al disponer que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”²⁸, dejando sin efecto cualquier obligación o responsabilidad que pueda derivarse del contrato de subrogación.

Como se puede observar, en el último párrafo del primer apartado del artículo 10, hace referencia a la posibilidad de “renuncia de la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

Esta idea de renuncia aparece recogida en numerosos artículos de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, redactada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

²⁶ ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, N., op. cit. (consulta 17 noviembre 2020).

²⁷ ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, N., op. cit. (consulta 17 noviembre 2020).

²⁸ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm.126, de 27 de mayo de 2006).

Se recoge, en primer lugar, en el artículo 44.4 LRC, al establecer que “la filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”, añadiendo que “salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último”²⁹.

En segundo lugar, el artículo 45 de la LRC, recoge en su apartado tercero la posibilidad de eximir a la madre de inscribir el nacimiento de su hijo si renuncia a éste en el momento del parto, y por último, el artículo 49.5 de la LRC hace referencia a ésta misma renuncia estableciendo que “si la madre hubiera renunciado a su hijo en el momento del parto el domicilio de la misma estará sujeto al régimen de publicidad restringida, y no figurará a efectos estadísticos”³⁰.

Es decir, lo que nos plantean éstos artículos es la posibilidad de que la madre renuncie a su hijo en el momento del parto. Pero, ¿es esto posible?; y en caso de serlo, ¿se podría renunciar antes del parto o tendría que ser después?

Pues bien, hay que aclarar que esta renuncia es ineficaz, ya que la determinación de la filiación materna constituye un “status filii” irrenunciable por ser materia de “ius cogens”, es decir, es posible que la madre renuncie a ejercer los derechos derivados de la filiación, pero no es posible que renuncie a la filiación en sí misma, ni a los deberes que ello conlleva³¹.

De la misma forma, Marrades Puig³² determina que la madre gestante no puede renunciar a la maternidad ni a la filiación en tanto no se produzca la adopción, en cuyo caso se establece un plazo de 6 semanas desde el parto para el asentimiento de la madre conforme al artículo

²⁹ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

³⁰ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

³¹ DÍAZ FRAILE, F.J.: "Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado", en *I Congreso de derecho y sociedad*, 2018. <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/gestacion-por-sustitucion/> (consulta 17 noviembre 2020).

³² MARRADES PUIG, A.: "La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos", en *Estudios de Deusto*, nº 65, junio 2017.

177 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Igualmente, Muñoz de Dios Sáez considera que la mujer no renuncia a nada en el momento del parto, ni a la maternidad ni a la patria potestad, solo anuncia la posibilidad de dar en adopción a su hijo, en cuyo caso sí se está produciendo un hecho jurídico que conlleva dos efectos mencionados con anterioridad: se exime a la madre de la obligación de promover la inscripción de nacimiento, y su domicilio será de publicidad restringida³³.

Con respecto a la filiación, el apartado segundo del artículo 10 de la LTRHA establece que “la filiación será determinada por el parto”, es decir, que en el caso de la gestación subrogada, se atribuye la filiación a la madre gestante y no a la madre comitente, debido a que ésta última no ha dado a luz al menor³⁴.

Hay que tener en cuenta, que a la hora de determinar la filiación, no solo inciden factores biológicos, si no también otros factores de naturaleza social y cultural, como ocurre en el caso de la adopción, o en los casos de fecundación, con contribución de donante de la mujer que se someten a un tratamiento de reproducción asistida. Pese a ello, no se permite que los avances en las técnicas de reproducción asistida o que los casos de adopción vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, cosificándolos y permitiendo a determinados estados que mercantilicen con ellos, posibilitando así, la explotación del estado de necesidad en que se encuentran numerosas mujeres jóvenes en situación de pobreza³⁵.

Y por último, el apartado tercero del artículo 10 LTRHA, permite que el padre biológico pueda ejercitar las acciones de reclamación previstas en nuestro ordenamiento jurídico. De acuerdo con la DGRN en su Instrucción de 5 de octubre de 2010, estas acciones son las generales de determinación legal de la filiación, reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente en el artículo 764 y siguientes, siendo los Tribunales españoles competentes en virtud de los criterios del artículo 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre competencia judicial internacional.

³³ MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.: "Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto", en *El notario del Siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº65, 2016.

³⁴ DÍAZ FRAILE, F. J., op. cit., (consulta 17 noviembre 2020).

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, 247/2014, de 6 febrero 2014.

Pese a la normativa analizada anteriormente, existen autores que niegan que los contratos de gestación subrogada se encuentren prohibidos en nuestro país. Es el caso, por ejemplo, de Atienza Rodríguez, que establece que “la gestación por sustitución no está exactamente prohibida en la nueva ley, sino que un contrato con esa finalidad se declara nulo de pleno derecho”³⁶; o el caso de Heredia Cervantes al establecer que es “[...] una práctica que además no está prohibida en España”³⁷.

Estos autores basan su negativa en dos argumentos: la falta de una disposición sancionadora, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, y en el hecho de que el artículo 10.3 LTRHA permita que el padre biológico pueda ejercitar las acciones de reclamación de la paternidad³⁸.

No obstante, estos argumentos no son suficientes para apoyar ésta opinión y considerar que el ordenamiento jurídico español no prohíbe la gestación subrogada. En primer lugar, por que en relación con la falta de disposición sancionadora, hay que señalar que, pese a que el ordenamiento jurídico español no prevé una sanción de carácter penal, si que tiene prevista una sanción de carácter civil: la nulidad del contrato de subrogación; y en segundo lugar, por que el hecho de que el artículo 10.3 LTRHA permita al padre biológico reclamar la paternidad, no constituye un premio o una recompensa para el padre que participó en el contrato de subrogación³⁹. Y más aún, si tenemos en cuenta que la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 y la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN, sí reconocen la existencia de tal prohibición.

En definitiva, cuando se celebra un contrato de gestación subrogada en España, las partes no están obligadas a su cumplimiento por tratarse de un contrato nulo de pleno derecho. Es decir, si la mujer gestante decidiera no entregar al niño tras el parto, o si los padres comitentes deciden no hacerse cargo del niño, ninguna de las partes podría reclamar a la otra el

³⁶ ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: "Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida", en *Revista de Bioética y Derecho*, nº14, 2008, p.6.

³⁷ HEREDIA CERVANTES, I.: "La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados", en FARNÓS AMORÓS, E., BENAVENTE MOREDA, P. (Coords.), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Ministerio de Justicia, 2015, p.370.

³⁸ DÍAZ FRAILE, F. J., op. cit., (consulta 18 noviembre 2020).

³⁹ DÍAZ FRAILE, F.J., op. cit. (consulta 18 noviembre 2020).

cumplimiento de sus obligaciones, así como tampoco cabría una indemnización por daños y perjuicios basada en el incumplimiento de lo previsto en el contrato⁴⁰.

Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando la subrogación se ha llevado a cabo en un país donde la legislación permite este tipo de técnicas de reproducción y, como consecuencia de ello se haya constituido una relación de filiación a favor de los padres comitentes.

Por lo que el problema se plantea cuando éstos pretenden que la relación de filiación determinada al amparo de la legislación extranjera sea reconocida en España mediante su inscripción en el Registro Civil⁴¹.

En estos casos, y de acuerdo con Pacheco Blázquez “se ha considerado conveniente regular y permitir la inscripción en el Registro Civil de los niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero, en atención a la protección y al interés superior del menor, ya que este tiene derecho a tener una nacionalidad y una identidad determinada”⁴².

4.2 La inscripción del nacimiento y filiación en el Registro Civil español

Para entender la problemática que supone la inscripción de nacimiento y el reconocimiento de la filiación de los menores nacidos en el extranjero mediante la técnica de gestación subrogada, hay que partir de un supuesto que se plantea en España y que ha dado lugar a la necesidad de fijar una normativa que regule este tipo de inscripciones.

El problema tuvo lugar cuando un matrimonio de nacionalidad española solicitó en el Registro Civil Consular de California la inscripción de nacimiento de dos niños gemelos nacidos mediante gestación subrogada, aportando los correspondientes certificados de nacimiento de los menores, el de los promotores, y el libro de familia de los mismos.

El encargado del Registro Civil Consular en California denegó la inscripción invocando el artículo 10 de la LTRHA.

Tras esta decisión, los interesados decidieron interponer un recurso ante la Dirección General del Registro y del Notariado, solicitando la correspondiente inscripción de los menores en el Registro Civil Español.

⁴⁰ PACHECO BLÁZQUEZ, S., op. cit., p. 12 (consulta 18 noviembre 2020).

⁴¹ DÍAZ FRAILE, F. J., op. cit. (consulta 18 noviembre 2020).

⁴² PACHECO BLÁZQUEZ, S., op. cit., p.13 (consulta 19 noviembre 2020).

El 18 de febrero de 2009 se dictó resolución en la que se estimó el recurso y se ordenó la inscripción de nacimiento de los menores en el Registro Civil español, reconociendo la filiación establecida en la certificación extranjera.

El Ministerio Fiscal decidió recurrir la Resolución ante los Juzgados de Primera Instancia de Valencia al considerar que la referida Resolución vulneraba el artículo 10 LTRHA.

El 15 de septiembre de 2010 el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia dictó resolución en la que se acordó dejar sin efecto la inscripción de nacimiento realizada en el Registro Civil Consular de los Ángeles.

Dicha sentencia fue ratificada, en primer lugar, por la Audiencia Provincial de Valencia en Sentencia 826/2011, de 23 de noviembre, al desestimar el recurso de apelación interpuesto por el matrimonio español, y en segundo lugar, por el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de febrero de 2014, desestimando el recurso de casación interpuesto contra la SAPV 826/2011.

Simultáneamente y tras la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Valencia, la DGRN aprobó la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución como respuesta a la anulación de la inscripción de los nacidos en California mediante gestación subrogada.

4.2.1 Resolución 18 septiembre de 2009

Como se ha mencionado en el apartado anterior, la DGRN dictó la resolución de 18 de septiembre de 2009 como respuesta a la interposición de un recurso contra el encargado del Registro Civil Consular de Los Ángeles, por denegar la inscripción de los menores en el Registro Civil.

La DGRN estimó el recurso y ordenó la inscripción del nacimiento y el reconocimiento de la filiación de los menores, al considerar que la certificación extranjera constituía un título válido para proceder a su inscripción, basándose para ello en varios argumentos.

En primer lugar, consideró que, al existir ya una decisión de una autoridad extranjera, en forma de certificación registral, no se trataba de una cuestión de derecho aplicable, sino de una cuestión de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España, excluyendo así la aplicación del art. 10 de la LTRHA en aplicación del art. 81 RRC⁴³.

En segundo lugar, la DGRN consideró que “la inscripción de los menores no vulnera el orden público internacional español debido a que en el derecho español se permite que la

⁴³ Resolución DGRN, de 18 febrero 2009.

filiación de un hijo conste en el RC a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo (art. 7.3 de la LTRHA), por lo que no permitir que la filiación conste a favor de dos varones vulneraría el art. 14 CE”⁴⁴.

Finalmente, determinó que en el supuesto de no llevarse a cabo la inscripción de la filiación en el Registro Civil Español, se estaría vulnerando el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989⁴⁵, que hace referencia al derecho del menor a una identidad única, esto es “el derecho a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera”⁴⁶.

4.2.2. Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010

La Instrucción de 5 de octubre de 2010 fue dictada como consecuencia del gran número de recursos que se interponían ante la DGRN contra las resoluciones denegatorias de inscripción de nacimiento que emitían los Registros Civiles Consulares en el extranjero, y como resultado de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Valencia.

La DGRN dictó la Instrucción con el fin de determinar los instrumentos necesarios para permitir el acceso de la filiación al Registro Civil español cuando uno de los padres sea nacionalidad española; para evitar que con la inscripción registral se dote de apariencia supuestos de tráfico internacional de menores y para garantizar que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico⁴⁷.

La primera directriz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 establece que para llevar a cabo la inscripción de un menor nacido mediante gestación subrogada es necesario aportar, junto con la solicitud de inscripción, la resolución judicial del país de origen que determine la

⁴⁴ Resolución DGRN, de 18 febrero 2009.

⁴⁵ El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁴⁶ Resolución de la DGRN de 18 febrero 2009.

⁴⁷ 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.

filiación de los menores. Así mismo, se deberá aportar, en el caso de que no resulte aplicable un Convenio internacional, el auto judicial que ponga fin al procedimiento de exequátur⁴⁸.

En este sentido, la DGRN no ha aportado nada nuevo, ya que el artículo 82 del Reglamento del Registro Civil establecía que las sentencias y las resoluciones firmes son título suficiente para proceder a su inscripción, y el artículo 83 del mismo precisaba que para que una decisión extranjera tenga fuerza en España es necesario llevar a cabo el procedimiento de exequátur⁴⁹.

Es decir, según estos preceptos cualquier sentencia extranjera que reconociera la filiación de un menor nacido mediante gestación por sustitución era título suficiente para proceder a su inscripción una vez llevado a cabo el procedimiento de exequátur⁵⁰.

La primera directriz de la Instrucción añade también que en el caso de que la resolución judicial tenga su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, únicamente se requerirá que el encargado del Registro Civil controle si la resolución puede ser reconocida en España⁵¹.

Para que el encargado pueda reconocer la resolución en España es necesario que se cumplan varios requisitos. En primer lugar, deberá verificar la autenticidad de la resolución extranjera, así como de cualquier otro documento que se presente; en segundo lugar, es necesario que la competencia judicial internacional se haya basado en criterios equivalentes a los contemplados en nuestro derecho; en tercer lugar, que la madre gestante no haya visto vulnerado sus derechos, prestando su consentimiento de forma libre y voluntaria, teniendo capacidad natural suficiente; en cuarto lugar, que se haya velado por el interés superior del menor; y en último lugar, que la resolución judicial sea firme⁵².

La directriz Segunda de la Instrucción excluye la posibilidad de aceptar como título apto para la inscripción “una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada

⁴⁸ Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010.

⁴⁹ Decreto de 14 de noviembre de 1985 por que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

⁵⁰ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 10, 2010, p.357, (en línea) https://www.academia.edu/1969093/Efectos_en_Espa%C3%B1a_de_la_gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n_llevada_a_cabo_en_el_extranjero (consulta 2 diciembre 2020).

⁵¹ Instrucción de 5 de octubre de 2010, op. cit. (consulta 1 diciembre 2020).

⁵² Instrucción de 5 de octubre de 2010, op. cit. (consulta 1 diciembre 2020).

de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”⁵³.

Por consiguiente, los encargados de los registros consulares en el extranjero, tras la Instrucción de la DGRN de 5 octubre 2010, han estado inscribiendo a los menores nacidos mediante gestación subrogada y reconociendo la filiación establecida en la certificación extranjera, siempre y cuando se cumplieran los requisitos mencionados con anterioridad.

4.2.3 Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014

Antes de proceder a su análisis, recordemos que la STS 247/2014, de 6 de febrero desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, que confirmaba la denegación de la inscripción de la filiación de dos niños nacidos en California mediante un contrato de gestación subrogada.

El recurso de casación se interpuso en relación a un único motivo: la infracción del artículo 14 CE, por vulneración del principio de igualdad en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior del menor y basaba sus argumentos en los siguientes fundamentos:

“1) Que resulta discriminatorio no permitir la inscripción en el Registro Civil español la filiación de los sujetos nacidos en California.

2) Privar de la filiación a los menores vulnera el interés del menor, pues perjudica su posición jurídica y los deja desprotegidos; los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz; el menor tiene derecho a una identidad única.

3) El reconocimiento de la filiación no contradice el orden público internacional español”⁵⁴.

La STS parte con la idea de que la técnica jurídica aplicable para resolver el conflicto no es la de la ley aplicable, sino la del reconocimiento de la decisión de la autoridad administrativa del Registro Civil consular en el extranjero.

⁵³ Instrucción de 5 de octubre de 2010, op. cit. (consulta 1 diciembre 2020).

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 247/2014, de 6 de febrero de 2014 (FJ 2.2).

El Tribunal se apoya en los artículos 81 y 85 del RRC que establecen un control en el que es necesario que se verifique que la certificación extranjera sea regular y auténtica, posibilitando directamente la inscripción de la filiación, que consta en la certificación registral extranjera, en el Registro Civil español⁵⁵; y en el artículo 23 de la Ley del Registro Civil⁵⁶, que exige que no haya duda de la realidad del hecho inscrito ni de la legalidad conforme a la ley española. Es decir, no se exige que la solución dada por el derecho extranjero sea la misma dada por el derecho español, pero sí que el derecho aplicado por el legislador extranjero no vulnere el orden público internacional español⁵⁷.

Ahora bien, ¿qué se entiende por orden público internacional? Pues bien, el Alto Tribunal lo entiende como “el sistema de derechos y libertades individuales garantizadas en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan”, y añade que “el orden público internacional español se caracteriza por tratarse de un orden público “atenuado”, cuya intensidad depende de los vínculos de la situación jurídica con España”⁵⁸.

En este sentido, destaca que las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia, y en concreto las relaciones paterno-filiales, se encuentran recogidas en el Título I de la Constitución Española integrando el orden público internacional y limitando, en consecuencia, el reconocimiento de las decisiones de autoridades extranjeras, entendiendo así que las normas que regulan la gestación subrogada, concretamente el artículo 10 LTRHA, se encuentran dentro de este orden público.

El TS considera que la resolución extranjera en la que consta la filiación de los menores es contraria al orden público internacional y en consecuencia no se puede proceder a su

⁵⁵ CARRASCOA GONZÁLEZ, J. y CALVO CARAVACA, A. L.: "Gestación por sustitución en California", en Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, p.399, (en línea) https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013

[25 Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Gestación por sustitución en California](#) (consulta 3 diciembre 2020).

⁵⁶ El artículo 23 LRC dispone “Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe.

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

⁵⁷ DÍAZ FRAILE, J. M., op. cit., (consulta 3 diciembre 2020).

⁵⁸ Sentencia Tribunal Supremo 247/2014, de 6 de febrero 2014 (FJ 3.7).

inscripción en el Registro Civil español, basándose en tres motivos: “1. La filiación determinada en el extranjero por certificación registral no puede aceptarse en España por que supondría tratar a la mujer gestante y al niño como mercancías, lo que daña la dignidad de ambos; 2. Sólo los comitentes ricos podrían beneficiarse de una filiación atribuida en un país extranjero a su favor, lo que crea dos clases de comitentes, los ricos y los no tan ricos; 3. La filiación acreditada en el extranjero ha sido buscada a propósito y de modo artificial, en un movimiento fraudulento de los particulares, para burlar la aplicación del derecho material imperativo español que regula la filiación de los nacidos tras una gestación por sustitución”⁵⁹.

Con respecto al interés superior del menor, cabe mencionar que se trata de un principio consagrado no sólo en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, sino también en el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el art. 39 de la Constitución Española, que consiste en que “queden aseguradas las necesidades materiales básicas del menor en cuestión, así como las necesidades emocionales del mismo”⁶⁰.

El TS considera que la gestación subrogada supone una práctica que resulta contraria al interés superior del menor, debido a que “la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil”⁶¹. Además, el interés superior del menor no es el único principio que hay que tener en cuenta, ya que puede concurrir con otros bienes jurídicos con lo que es necesario llevar a cabo una ponderación.

A pesar de que el Tribunal Supremo considera la imposibilidad de inscribir a los menores en el RC, ofrece la posibilidad de establecer la filiación de los menores mediante otras vías que aparecen recogidas en la legislación española, como son la adopción o la posible determinación de la filiación respecto del padre biológico⁶².

⁵⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CALVO CARAVACA, A. L., op. cit., p.401 (consulta 3 diciembre 2020).

⁶⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CALVO CARAVACA, A.L., op. cit., p. 404 (consulta 3 diciembre 2020).

⁶¹ Sentencia Tribunal Supremo 247/2014, de 6 febrero 2014 (FJ 5.8).

⁶² LORENZO MORALES, J.L.: "La gestación por sustitución en el Derecho Comparado y en España como hecho causante de prestaciones", Trabajo de Fin de Grado, León: Universidad de León, 2019 (en línea) <https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/11252/Lorenzo%20Morales%2C%20Janna%20Lisbet.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consulta 4 diciembre 2020).

Dicho lo anterior, el TS confirma la solución alcanzada por los tribunales de instancia precedentes, dejando sin efecto la inscripción de nacimiento ordenada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en el Registro Civil Consular de Los Ángeles.

Pese a que la sentencia del TS 247/2014, de 6 febrero 2014 supuso la paralización de las inscripciones de los nacidos mediante gestación por sustitución que se venían realizando en los Registros Civiles consulares en el extranjero⁶³, la posición de la DGRN es que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 no ha quedado afectada por la citada Sentencia, de manera que los encargados de los Registros Consulares en el extranjero deberán seguir aplicándola y, en consecuencia, continuar con la inscripción de nacimiento y el reconocimiento de la filiación de los menores, siempre que se cumplan los requisitos mencionados en dicha Instrucción.

4.2.4 Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019

La DGRN dictó la Instrucción de 14 febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, en la que se modificaban los requisitos para poder inscribir a los menores nacidos mediante un contrato de gestación subrogada en el extranjero, estableciendo la posibilidad de reconocer la filiación mediante la aportación de una prueba de ADN que acredite la paternidad del progenitor⁶⁴.

No obstante, el 18 de febrero de 2019 la DGRN dictó una nueva resolución en la que se establecía la derogación de la Instrucción de 14 de febrero de 2019, y se declaraba que la inscripción de los menores nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada solo es posible si se aporta una sentencia judicial en la que se reconozca la filiación, en línea con lo establecido en la Instrucción de 5 octubre 2010.

4.2.5 Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

⁶³ ORTGEA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, M. E. y HEREDIA SÁNCHEZ, L. S.: "Los contratos de gestación subrogada en España. A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el consulado español en Kiev, en *Diario la Ley*, nº 9281, Sección Tribuna, 18 octubre 2018, p. 6.

⁶⁴ Instrucción de 14 febrero 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Llegados a este punto, es necesario mencionar las recientes Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 2014, *Menesson c. Francia*⁶⁵, y *Labassee c. Francia*⁶⁶.

En ambos casos las autoridades francesas denegaron la inscripción en el Registro Civil francés de los menores nacidos en Estados Unidos mediante un contrato de gestación subrogada cuya filiación había sido determinada por los Tribunales de Estados Unidos a favor de los dos matrimonios franceses, al considerar que la filiación determinada por estos Tribunales era contraria al orden público francés, sin que ello supusiera la vulneración del interés superior del niño o del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Se cuestionaba ante el Tribunal la supuesta vulneración a la vida privada y familiar del artículo 8.1 CEDH, que establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”⁶⁷.

El TEDH consideró que se estaba produciendo una violación del derecho a la vida privada de los menores, porque se les estaba privando del derecho a una identidad única del que se derivan diversas consecuencias, entre ellas las relacionadas con la adquisición de la nacionalidad o los derechos sucesorios⁶⁸, por ello, el TEDH consideró que los Tribunales franceses no actuaron de forma proporcional y lo hicieron fuera de los límites permitidos⁶⁹.

Otra sentencia importante a tener en cuenta es la del TEDH de 27 de enero de 2015, caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*.

En el supuesto de hecho, el matrimonio *Paradiso y Campanelli* se trasladó a Rusia para celebrar un contrato de gestación subrogada, mediante la aportación de gametos por donantes. En enero de 2011 nació el menor que fue registrado como hijo de los padres de intención conforme a la legislación rusa, y se expidió la certificación registral donde constaban como padres legales D. *Paradiso* y Dña. *Campanelli*. Posteriormente, la pareja se trasladó con el menor a su residencia en Italia.

⁶⁵ STEDH, de 26 de junio 2014, núm. 65192/11, *Menesson c. France*.

⁶⁶ STEDH, de 26 de junio 2014, núm. 65941/11, *Labasse c. France*.

⁶⁷ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

⁶⁸ JIMÉNEZ BLANCO, P.: "Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Derecho al respeto de la vida privada y familia y derecho a la intimidad persona: Filiación", en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXVII, 1, 2015, p. 239.

⁶⁹ PACHECO BLÁZQUEZ, S. op. cit., (consulta 4 diciembre 2020).

El consulado italiano en Rusia informó a las autoridades italianas de que en los documentos aportados existía información falsa, ya que en el documento del parto no constaba la fecha de nacimiento, y en el certificado registral no constaba que el nacimiento había tenido lugar mediante un contrato de gestación subrogada.

Toda esta situación provocó que se iniciara un procedimiento penal contra la pareja y que el Juzgado de menores iniciara el procedimiento de adopción, al considerar que el menor se encontraba en situación de desamparo.

Los padres de intención del menor interpusieron un recurso contra las medidas adoptadas por las autoridades italianas, alegando vulneración a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH. En un primer momento, la Sección 2ª del TEDH estimó el recurso interpuesto dando la razón a los recurrentes, al considerar que las medidas adoptadas por las autoridades italianas eran desproporcionadas.

El TEDH entiende que ha existido una vida familiar, ya que el menor ha convivido con los padres comitentes durante 6 meses, pese a que no existía una relación biológica entre ellos, lo que supondría la violación del derecho a la vida privada familiar del artículo 8 CEDH. Además, basó su fallo en que “la referencia al orden público no puede, sin embargo, otorgar carta blanca para cualquier medida, puesto que el Estado tiene la obligación de velar por el interés superior del menor, con independencia del vínculo parental, genético o de otro tipo”⁷⁰.

Tras el fallo de la Sección 2ª del TEDH, el Gobierno de Italia decidió solicitar la remisión del asunto a la Gran Sala. El Tribunal admitió el recurso y falló a favor del Gobierno Italiano, considerando que no había existido una vida familiar de facto y, en consecuencia, no se había vulnerado el artículo 8 CEDH.

El TEDH concluye afirmando que permitir que el menor hubiera seguido conviviendo con los comitentes “hubiera sido equivalente a legalizar la situación creada por ellos contraviniendo importantes normas de Derecho italiano”⁷¹.

Las STEDH *Mennesson c. Francia*, y *Labassee c. Francia* no podrían ser utilizadas como fundamento para el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia* por varias razones. En primer lugar, en el caso *Menesson y Labassee* existía relación genética entre el menor y los padres comitentes, relación que no se da en el caso *Paradiso*, ya que los gametos fueron aportados por donantes. En segundo lugar, lo que se reclama en *Paradiso* no es la inscripción del menor

⁷⁰ STEDH de 27 de enero de 2015, caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*.

⁷¹ STEDH de 27 de enero de 2015, caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*.

en el Registro Civil, sino las medidas adoptadas por las autoridades italianas; y por último, en Paradiso, pese a que el menor había sido separado de los padres comitentes, no formaba parte del proceso, a diferencia de lo que ocurría en *Menesson y Labasse*⁷².

4.3 Determinación de la filiación

De acuerdo con Sanz-Diez de Ulzurrun Escoriaza, “la filiación es la relación o vínculo que se establece entre una persona y sus progenitores”⁷³.

La filiación se puede determinar por naturaleza y por adopción. La primera es la derivada de la concepción biológica de los menores y se diferencia entre matrimonial y no matrimonial; y la segunda, es la que tiene lugar por la existencia de actos jurídicos posteriores que determinan la filiación⁷⁴. No obstante, hay que tener presente que existe otro tipo de filiación: la derivada de las técnicas de reproducción asistida, que trataremos en profundidad más adelante.

Como regla general, la filiación produce efectos desde el nacimiento de la persona, salvo que la fecha de la filiación no coincida con la del nacimiento, en cuyo caso, tendrá efectos retroactivos siempre y cuando sea compatible con la naturaleza de tales efectos y la ley no disponga otra cosa⁷⁵.

La filiación puede quedar determinada mediante la inscripción en el Registro Civil, tratándose de “una prueba preconstituida de la filiación que legitima para ejercer derechos, facultades y potestades derivados de la filiación inscrita con efectos erga omnes”⁷⁶; mediante sentencia o documento que determine la filiación legalmente; por la presunción de paternidad matrimonial; o bien, por la posesión de estado.

⁷² FARNÓS AMORÓS, E.: "Bioética en los Tribunales: Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho", en *Revista de Bioética y Derecho*, nº 40, 2017 pp. 234-235 (en línea) <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n40/1886-5887-bioetica-40-00231.pdf> (consultado 10 noviembre 2020).

⁷³ SANZ-DIEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, J.: "La filiación: contenido y determinación", Madrid, marzo 2006, p. 2 (en línea) [https://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%20II%20\(Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf\).pdf](https://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%20II%20(Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf).pdf) (consulta 5 diciembre 2020).

⁷⁴ CARRASCO PERERA, A. y UREÑA MARTÍNEZ, M.: *Lecciones de derecho civil*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 123-124.

⁷⁵ CARRASCO PERERA, A. y UREÑA MARTÍNEZ, M., op. cit. p. 124.

⁷⁶ CARRASCO PERERA, A. y UREÑA MARTÍNEZ, M., op. cit., p. 124.

En relación con la determinación de la filiación a través de las técnicas de reproducción asistida, hay que tener en cuenta lo dispuesto en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, diferenciando la determinación de la filiación cuando se trata de un matrimonio el que acude a las técnicas de reproducción asistida o de una pareja de hecho.

En el primer caso, serían de aplicación los artículos 116 y ss. del CC, que determinan que la filiación será matrimonial, al quedar determinada por la presunción de paternidad, con independencia de que el material genético utilizado sea de un donante o del marido. En el segundo caso, cuando no existe matrimonio y la mujer se somete a las técnicas de reproducción asistida, el hombre podrá reconocer al hijo “ante el Encargado del Registro Civil, en testamento, o en otro documento público”⁷⁷.

En los casos de gestación subrogada, la filiación viene determinada por el parto como dispone el segundo apartado del artículo 10 LTRHA, siendo la madre del menor quien lo haya dado a luz, con independencia de quien haya aportado el material genético.

No obstante, el tercer apartado del mismo precepto deja a salvo la posible acción de reclamación del padre biológico respecto a la paternidad, en cuyo caso, deberá reclamar la filiación judicialmente instando un procedimiento declarativo en el que se obtenga una resolución que reconozca la filiación del menor respecto del padre⁷⁸.

En el caso de la materna, la filiación no se podrá determinar interponiendo una acción de reclamación debido a que la filiación viene determinada por el parto, no obstante, podrá reclamar la filiación del menor mediante la adopción, siempre y cuando la madre gestante haya renunciado previamente a su filiación.

No obstante, dicho lo anterior, hay que diferenciar dos supuestos:

1. El país donde se ha llevado a cabo la gestación subrogada emite una resolución judicial que reconoce la filiación del menor a favor de los padres de intención. En este caso, y conforme a la Instrucción DGRN de 10 de octubre de 2010, se permite la inscripción de la filiación en el Registro Civil español de manera directa, siempre y cuando aporten los documentos necesarios y se haya llevado a cabo el procedimiento de exequátur.

⁷⁷ Artículo 120.2 del Código Civil.

⁷⁸ MOLINA GARCÍA, B.: La gestación subrogada, Trabajo de Fin de Máster, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2020 (en línea)
https://gedos.usal.es/bitstream/handle/10366/142843/TFM_MolinaGarc%c3%ada_Gestaci%c3%b3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y (consulta 5 diciembre 2020).

2. El país donde se ha llevado a cabo la gestación subrogada no facilita a los padres de intención una resolución judicial donde se reconozca la filiación del menor. En estos casos, es necesario que el padre biológico, que suele ser el padre de intención, reclame la paternidad del menor judicialmente. Una vez se haya reconocido la filiación del padre biológico, la madre de intención podrá iniciar los trámites de adopción del menor para que se reconozca la filiación materna.

4.4 Solución propuesta

Para concluir, y tras analizar los distintos problemas jurídicos planteados, procedemos a dar solución al supuesto de hecho planteado con anterioridad.

Como se ha demostrado anteriormente, para poder proceder a la inscripción del nacimiento y filiación de los menores nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada, se tienen que cumplir los requisitos que establece la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

Primero. “1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido”⁷⁹.

Como se observa en la primera directriz, y se ha mencionado con anterioridad, es requisito indispensable que Dña. Sara y D. Francisco presenten una resolución judicial donde conste que son los padres legales de Ruth, y no Dña. Kiara.

En los antecedentes de hecho que nos conciernen, consta que, una semana antes del parto, Dña. Sara, D. Francisco y Dña. Kiara acudieron a una vista en los juzgados de Texas, dónde ambas partes estuvieron asistidos por la abogada que les proporcionó la agencia intermediaria y que les asesoró en el procedimiento.

Durante la celebración de la vista, se procedió a validar el contrato de gestación subrogada, asegurándose de que todas las partes habían aceptado el contrato de manera voluntaria y habían entendido los términos establecidos en el mismo. Así mismo, el Tribunal otorgó la pre-birth order donde se declaraba a Dña. Sara y D. Francisco los padres legales del bebé.

Tras el nacimiento de Ruth, D. Francisco y Dña. Sara acudieron al Tribunal para informar acerca del nacimiento de la menor, quién dictó sentencia en la que se reconocía a los padres

⁷⁹ Instrucción DGRN 5 de octubre 2010.

de intención como los padres legales de la menor y se emitió el certificado de nacimiento a nombre de los padres legales, cumpliendo así el primer requisito exigido por la Instrucción.

“2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de inscripción y el auto judicial que ponga fin al procedimiento de exequátur”⁸⁰.

El artículo 10.1 LTRHA declara nulo el contrato de gestación subrogada, por lo que no existe un Convenio internacional que regule la gestación subrogada entre España y Estados Unidos.

La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, ha reformado el procedimiento de exequátur, modificando los artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, estableciéndose en la actualidad en el Título V de la Ley 29/2015, de 30 de julio.

Hay que destacar el artículo 48 de la Ley 29/2015 establece que en ningún caso se puede entrar a revisar el fondo de la resolución extranjera cuyo reconocimiento se pretende, aunque el artículo 45 de la misma Ley otorga a los Tribunales españoles la posibilidad de modificar la resolución siempre y cuando se haya obtenido previamente su reconocimiento, bien por vía principal o bien por vía incidental⁸¹.

Gracias a la nueva regulación, Dña. Sara y D. Francisco podrán presentar en el mismo escrito la demanda de exequátur y la solicitud de ejecución, aunque no se procederá a su ejecución hasta que se haya dictado la resolución que decreta el exequátur.

Junto con la demanda y solicitud de ejecución deberán aportar: “a) El original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizados o apostillados; b) El documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente; c) Cualquier otro documento acreditativo de la firmeza y fuerza ejecutiva en su caso de la resolución extranjera en el Estado de origen, pudiendo constar este extremo en la propia resolución o desprenderse así de la ley aplicada

⁸⁰ Instrucción DGRN de 5 octubre 2010.

⁸¹ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

por el tribunal de origen; d) Las traducciones pertinentes con arreglo al artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”⁸².

Segundo. “En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”⁸³.

Entre los documentos que poseen Dña. Sara y D. Francisco, tenemos la sentencia del Tribunal de Houston donde se les reconoce como los padres legales de Ruth y el certificado de nacimiento a nombre de Dña. Sara y D. Francisco.

Dña. Sara y D. Francisco deberán acudir al Consulado español en Houston y deberán aportar la sentencia y el certificado de nacimiento, en cuya virtud, y conforme a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, se procederá a la inscripción en el Registro Civil, reconociendo a Dña. Sara y D. Francisco como los padres legales de la menor y atribuyéndole la nacionalidad española, conforme al artículo 17 del Código Civil⁸⁴.

Además, en el presente supuesto se les atribuye también la nacionalidad estadounidense, por haber nacido en los EEUU, conforme a la décimo cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de 1776.

Por último, para que Ruth pueda volver a España, será suficiente con la expedición del pasaporte estadounidense, ya que no existe obligación de visado para desplazarse a España, en virtud del Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018⁸⁵.

5. CONCLUSIONES

1. Tras el análisis realizado podemos afirmar que la gestación subrogada es una realidad social y una forma de reproducción cada vez más frecuente en la sociedad, que consiste en la gestación de un niño, por parte de una mujer denominada madre gestante, que tras su

⁸² Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

⁸³ Instrucción DGRN de 5 octubre 2010.

⁸⁴ Artículo 17 CC “1. Son españoles de origen: a) Los nacidos de padre o madre españoles”.

⁸⁵ REGLAMENTO (UE) 2018/ 1806 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.

nacimiento será entregado a los padres comitentes o de intención, renunciando la madre gestante a la filiación del menor y a cualquier derecho sobre éste.

Este tipo de reproducción se formaliza en un contrato, donde las partes, de manera voluntaria prestan su consentimiento y acuerdan los términos del mismo. Entre ellos, se acuerda la contraprestación económica que deberá entregarse a la madre gestante, el material genético que se va a aportar o como se va a llevar a cabo el procedimiento.

2. La gestación subrogada se trata de una práctica que no tiene un consenso legal a nivel internacional, lo que genera numerosas dificultades jurídicas, no solo para los padres de intención, si no para todas las partes que participan en el proceso. Así, nos encontramos con ordenamientos jurídicos que permiten la gestación subrogada con total libertad; ordenamientos jurídicos que permiten la gestación subrogada con determinados límites; otros ordenamientos donde existe un vacío legal, y países donde la gestación subrogada no se permite, estableciendo la nulidad del contrato o la imposición de sanciones civiles o penales a las partes que participen en el contrato de subrogación.

3. En España no existe una amplia regulación sobre gestación subrogada, únicamente el artículo 10 de la Ley Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que hace referencia a la nulidad del contrato de gestación por sustitución, lo que provoca un vacío legal que es necesario llenar. Pese a ello, son numerosos los españoles que acuden al extranjero para poder celebrar el contrato de gestación prohibido en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo que España debe hacer frente a los diversos problemas jurídicos planteados cuando las personas que han acudido al extranjero intentan inscribir en el Registro Civil español el nacimiento y la filiación del menor nacido mediante esta práctica prohibida en España.

4. Tras analizar el régimen jurídico que se ha establecido para dar solución a los problemas planteados por la gestación subrogada, destacamos la Instrucción dictada por la DGRN y la sentencia del Tribunal Supremo.

La DGRN dictó la Instrucción de 5 de octubre 2010, que permite la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los menores nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución a través de varias vías.

En primer lugar, aportando la solicitud de la inscripción acompañada de una resolución judicial del Tribunal competente donde se reconozca la filiación a favor de los padres de intención, resolución que deberá ser sometida al procedimiento de exequátur; en segundo

lugar, en los casos en que la filiación se reconozca en un procedimiento extranjero similar al de la jurisdicción voluntaria, el encargado del RC controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España; y, por último, en el caso de que no se aporte una resolución judicial extranjera, la LTRHA faculta al padre biológico, que normalmente es el padre de intención, a interponer una acción de reclamación de paternidad. Una vez finalizado el procedimiento y reconocida la filiación a favor del padre comitente, éste podrá inscribirla en el Registro Civil español.

No obstante, la filiación materna no podrá ser reclamada del mismo modo, debido a que en el ordenamiento jurídico español prevalece el principio *mater semper certa es*. Por ello, la única forma de reclamar la filiación materna es mediante un proceso de adopción, después de concederse la filiación paterna al padre comitente.

La Sentencia del Tribunal Supremo 247/2014, 6 de febrero, determinó la imposibilidad de inscribir en el RC español a los menores nacidos en California mediante gestación subrogada, debido a que la inscripción supondría vulnerar el orden público internacional español, y además, sería contrario al interés superior del menor.

En consecuencia, observamos dos situaciones contradictorias entre la Instrucción dictada por la DGRN y la sentencia del TS que provoca una situación de inseguridad jurídica para las partes que participan en el proceso.

5. En relación con la jurisprudencia analizada, debemos destacar los casos *Menesson c. France* y *Labasse c. France*, que llegaron hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante la negativa de los Tribunales franceses de proceder a la inscripción en el Registro Civil francés de los menores nacidos en el extranjero mediante un contrato de gestación subrogada.

Pese a que el TEDH no da la razón a los demandantes, reconoce que no inscribir a los menores en el Registro Civil francés, se les priva del derecho a una identidad única y, en consecuencia, se está produciendo una violación en el derecho a la vida privada de los menores, establecida en el artículo 8 del CEDH.

6. En definitiva, la gestación por sustitución constituye un tema muy controvertido en la actualidad, debido a que no existe unanimidad en la legislación internacional que permita regular el contrato de gestación subrogada.

Existe un fuerte debate social entorno a este tema, ya que una parte de la población, entre ellos la Asociación por la Gestación Subrogada en España, considera necesario legalizar este tipo de reproducción, apoyando sus fundamentos en el derecho a ser padres y en la libertad de la madre gestante para poder elegir ser parte o no del contrato.

Sin embargo, otra parte de la población considera que esta práctica no debería estar permitida bajo ninguna circunstancia. Se habla de la compra del hijo por parte de los padres de intención, los cuales se aprovechan de la situación de precariedad en la que se encuentra la madre gestante, considerando el cuerpo de la mujer como objeto de un contrato, mercantilizando con él y atentado contra sus derechos fundamentales y contra los derechos del menor.

BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", en *Anuario español de derecho internacional privado*, nº 10, 2010 (en línea)

https://www.academia.edu/1969093/Efectos_en_Espa%C3%B1a_de_la_gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n_llevada_a_cabo_en_el_extranjero.

ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, N.: "Gestación subrogada en Texas: acuerdo de subrogación y filiación", en *Babygest*, noviembre 2017, (en línea) <https://babygest.com/es/gestacion-subrogada-en-texas/>.

ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, N.: "Gestación subrogada en Portugal: ley y condiciones para extranjeros", en *Babygest*, septiembre 2019, (en línea) <https://babygest.com/es/gestacion-subrogada-portugal/>.

ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, N. y SALVADOR NAVARRO, Z.: "¿Cómo funciona la gestación subrogada en Ucrania? - Requisitos y precio", en *Babygest*, agosto 2019 (en línea) <https://babygest.com/es/ucrania/>.

ÁLVAREZ MOLERO, P.: "El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EE UU y Ucrania" en *El País*, 18 diciembre 2017, (en línea) https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: "Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida", en *Revista de Bioética y Derecho*, nº 14, 2008.

CARRASCO PERERA, Á. y UREÑA MARTÍNEZ, M.: *Lecciones de derecho civil*, Tecnos, Segunda edición, Madrid, 2016.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y CALVO CARAVACA, A.L.: "Gestación por sustitución en California", en Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 2014, (en línea)

https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013

25_Comentarios_a_las_Sentencias_de_Unificacion_de_Doctrina__Civil_y_Mercantil__Gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n_en_California.

DÍAZ FRAILE, J.M.: "Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado", en *I Congreso de derecho y sociedad*, 2018 (en línea) <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/gestacion-por-sustitucion/>.

EFE.: "La gestación subrogada se dispara en España ante la caída de la adopción internacional", en *EL MUNDO*, marzo 2017, (en línea) <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/03/05/58bbe43cca4741c1428b4579.html>.

SANZ-DIEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, J.: "La filiación: contenido y determinación", en *Documentacion Familia II*, marzo 2006, (en línea) [https://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%20II%20\(Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf\).pdf](https://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%20II%20(Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf).pdf).

FARNÓS AMORÓS, E.: "Bioética en los Tribunales: Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho", en *Revista de Bioética y Derecho*, nº 40, 2017 (en línea) <http://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n40/1886-5887-bioetica-40-00231.pdf>.

HEREDIA CERVANTES, I.: "La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados", en FERNÁN AMORÓS, E., BENAVENTE MOREDA, P. (Coords), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Ministerio de Justicia, 2015.

IDIBE.: "Nueva sentencia del Tribunal Constitucional portugués en materia de maternidad subrogada", en *Instituto de Derecho Iberoamericano*, noviembre 2019, (en línea) <https://idibe.org/noticias-legales/nueva-sentencia-del-tribunal-constitucional-portugues->

[materia-maternidad-subrogada/](#).

JIMÉNEZ BLANCO, P.: "Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Derecho al respeto de la vida privada y familiar y derecho a la intimidad personal: Filiación", en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXVIII, 1, 2015.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: "Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada", en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº 12, 2018.

LORENZO MORALES, J. L.: "La gestación por sustitución en el Derecho Comparado y en España como hecho causante de prestaciones", Trabajo de Fin de Grado, León, Universidad de León, 2019 (en línea)

<https://buleria.unileon.es/bitstream/handle/10612/11252/Lorenzo%20Morales%2C%20Janna%20Lisbet.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

MARRADES PUIG, A.: "La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos", en *Estudios de Deusto*, nº 65, junio 2017.

MESTRE FERRER, C.: "Gestación subrogada a nivel internacional: ¿Dónde es legal?", en *Babygest*, junio 2015, (en línea) <https://babygest.com/es/paises/>.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.: "Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto", en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 65, 2016.

ORTGEA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, M.E. y HEREDIA SÁNCHEZ, L.S.: "Los contratos de gestación subrogada en España. A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el consulado español en Kiev", en *Diario la Ley*, nº 9281, Sección Tribuna, octubre 2018, (en línea)

https://laleydigital.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE2QQU_DMAyFfw25IE1dt27jkANdixNCrHB3EyuNyBKI3a7997iUA5Y2dJ7sp_8PWCeW5xYOyQG41N8pKHLyYEFRXNMcb7pNgoGDrS26J4OJqFrbAT9kIIHISjcBKeFr1QYHiA0CSjy2

[X2I7bQ6YNK2WKuZ10oTgzhDUmXlaI-3V9g9A5.](https://doi.org/10.1016/j.legal.2019.08.001)

PACHECO BLÁZQUEZ, S.: "La gestación subrogada y la dignidad de la mujer", Trabajo de Fin de Grado, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 2019 (en línea) https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2019/207002/TFG_spachecoblazquez.pdf.

RODRIGO LLOBELL, A.: "Gestación subrogada en Canadá: legislación y precio", en *Babygest*, agosto 2019, (en línea) <https://babygest.com/es/canada/>.

RODRIGO LLOBELL, A. y SALVADOR NAVARRO, Z.: "Gestación subrogada en Georgia: condiciones legales y precio", en *Babygest*, agosto 2019, (en línea) <https://babygest.com/es/georgia/>.

RODRIGO LLOBELL, A. y SALVADOR NAVARRO, Z.: "Gestación subrogada en Rusia: legislación, precio y filiación", en *Babygest*, agosto 2019, (en línea) <https://babygest.com/es/rusia/>.

SALGADO ALONSO, S. y SALVADOR NAVARRO, Z.: "Gestación subrogada en Grecia: legislación, registro del bebé y precio", en *Babygest*, agosto 2019, (en línea) <https://babygest.com/es/grecia/>.

SALGADO ALONSO, S. y SALVADOR NAVARRO, Z.: "La gestación subrogada en Brasil: ¿cuáles son las condiciones?", en *Babygest*, agosto 2019, (en línea) <https://babygest.com/es/brasil/>.

SANCHEZ MARTÍNEZ, M.^a O.: "La gestación por sustitución : una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas", en *Derechos y Libertades*, nº 36, enero 2017.

SANCIÑENA ASURMENDI, C.: "Padres a La Carta, Hijos por Encargo y Madres de Alquiler", en *The Family Watch*, Instituto Internacional de estudios sobre la familia, nº 4, 2014.

SANZ-DIEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, J.: "La filiación: contenido y determinación", en *Documentacion Familia II*, marzo 2006, (en línea) [https://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%20II%20\(Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf\).pdf](https://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%20II%20(Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf).pdf).

MOLINA GARCÍA, B.: "La gestación subrogada", Trabajo de Fin de Máster, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2020, (en línea) [https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/142843/TFM_MolinaGarc%c3%ada_Gestaci%c3%b3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y.TS Civil Pleno 06-02-2014.pdf](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/142843/TFM_MolinaGarc%c3%ada_Gestaci%c3%b3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y.TS%20Civil%20Pleno%2006-02-2014.pdf).

MARCO LEGAL APLICABLE

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil. Queda derogada por la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil, que entró en vigor el pasado 30 de junio de 2020.

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

Constitución Española de 1978.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

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

Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil.

Ley 14/2016, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Convenio Europeo de Derechos Humanos

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Resolución de la Dirección General del Registro y Notariado de 18 de febrero de 2009.

Instrucción de la Dirección General del Registro y Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre Régimen Registral de la Filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 826/2011, de 23 de noviembre de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo 247/2014, de 6 de febrero de 2014.

Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.

JURISPRUDENCIA CITADA

STEDH, asunto núm. 25358/12, de 27 de enero de 2015, caso Paradiso y Campanelli c. Italia.

STEDH, asunto núm. 65192/11, de 26 de junio de 2014, caso Mennesson c. Francia.

STEDH, asunto núm. 65941/11, de 26 de junio de 2014, caso Lebasse c. Francia.

STS 247/2014, de 6 de febrero.

SAP de Valencia 826/2011, de 23 de noviembre.

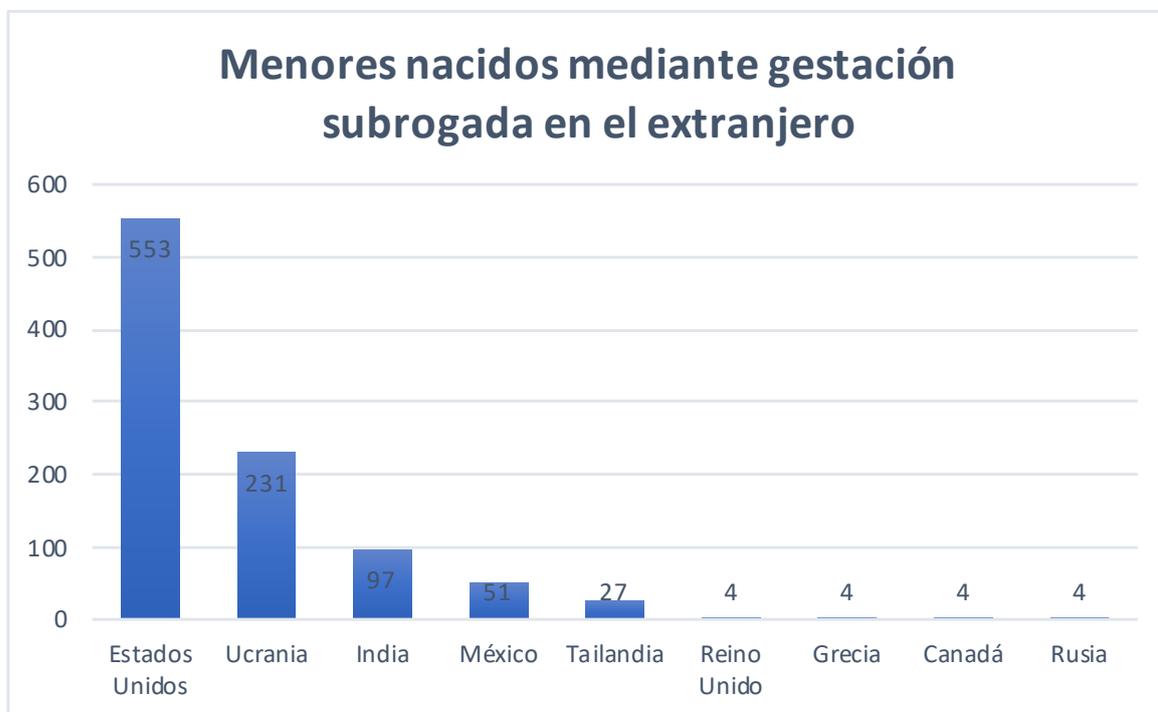
ANEXO

ANEXO 1. Cuadro resumen del modelo de familias que puede optar a la gestación subrogada en función de los países analizados.

● Permitido ● Prohibido	Pareja heterosexual	Mujer soltera	Hombre soltero	Pareja homosexual femenina	Pareja homosexual masculina	Resolución judicial
	Permitido	Permitido	Permitido	Permitido	Permitido	Sí
	Permitido	Prohibido	Prohibido	Prohibido	Prohibido	No
	Permitido	Permitido	Prohibido	Prohibido	Prohibido	Sí
	Permitido	Prohibido	Prohibido	Permitido	Prohibido	No
	Permitido	Prohibido	Prohibido	Prohibido	Prohibido	No
	Permitido	Permitido	Prohibido	Prohibido	Prohibido	No
	Permitido	Prohibido	Prohibido	Prohibido	Prohibido	Sí

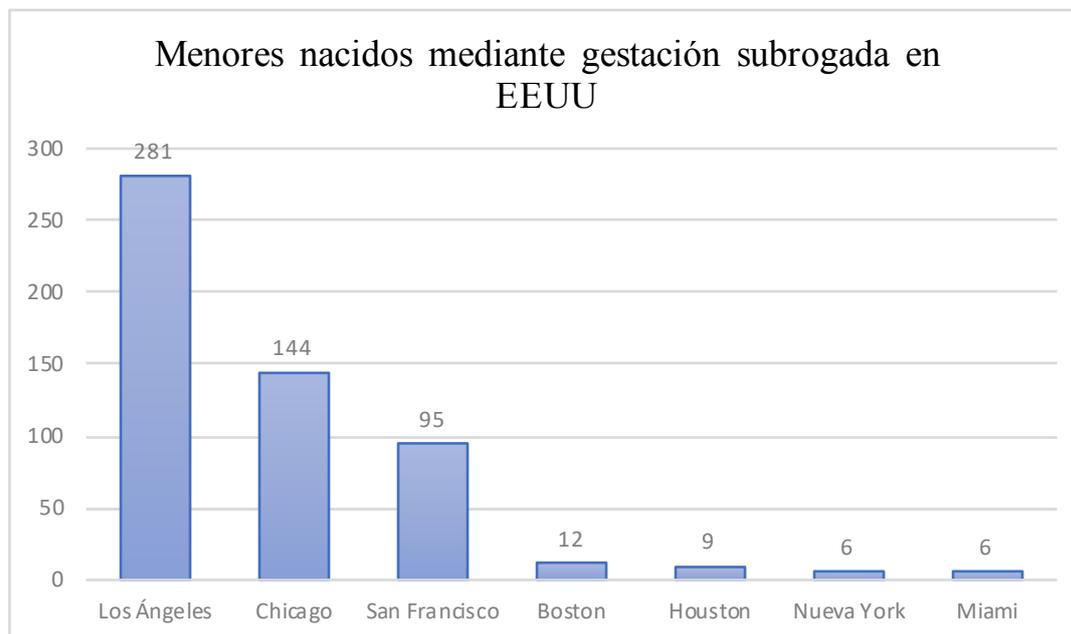
Cuadro 1. Modelo de familias que puede optar a la gestación subrogada en función de los países analizados

ANEXO 2. Origen de las inscripciones en el RC español de los niños nacidos mediante gestación subrogada.



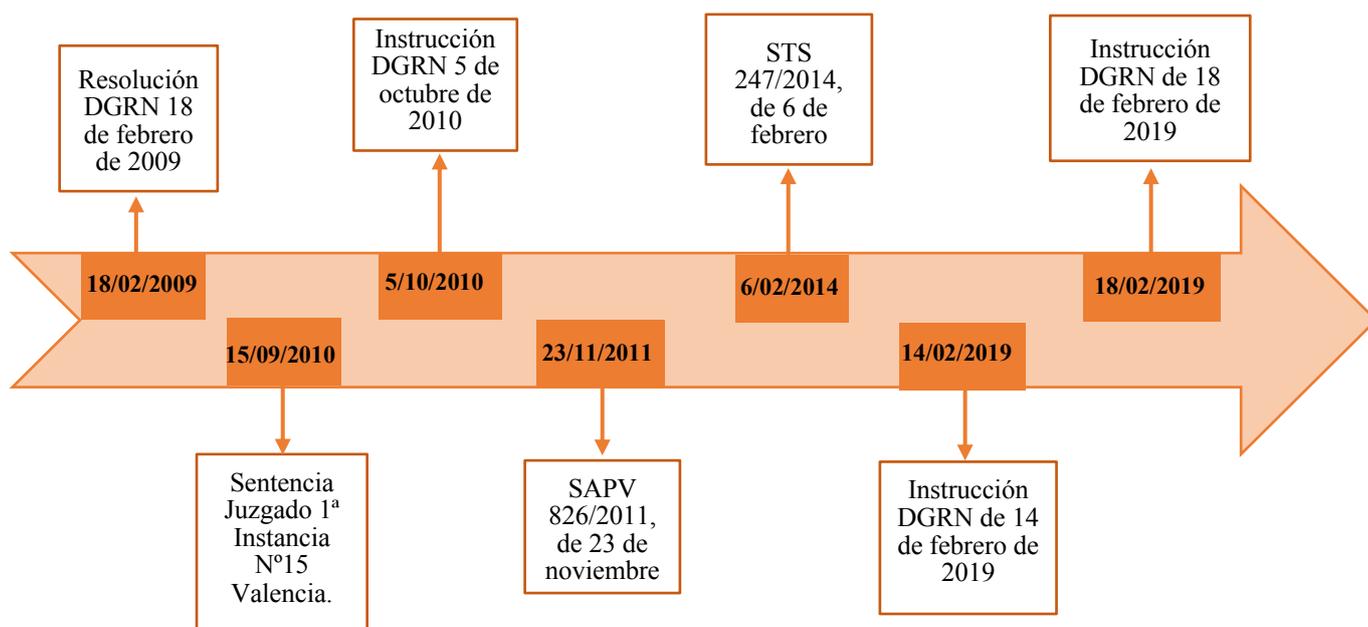
Cuadro 2. Menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero. Datos: Respuesta del Gobierno en el Congreso 2016.

ANEXO 3. Menores nacidos en EEUU mediante gestación subrogada inscritos en el RC español.



Cuadro 3. Menores nacidos en EEUU mediante gestación subrogada y registrados en España. Datos: Respuesta del Gobierno en 2016

ANEXO 4. Cronología del régimen jurídico y jurisprudencia en España de la gestación por sustitución.



Cuadro 4. Cronología del régimen jurídico y jurisprudencia en España de la gestación por sustitución