

Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?

Aurelia Álvarez Rodríguez

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León

David Carrizo Aguado

Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado de la Universidad de León

SUMARIO

- I. ASPECTOS GENERALES: BREVE ANÁLISIS NORMATIVO Y REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO
- II. PRONUNCIAMIENTOS DISPARES EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA ANTE UN MISMO SUPUESTO DE HECHO
- III. REFLEXIÓN FINAL
- IV. BIBLIOGRAFÍA

I. ASPECTOS GENERALES: BREVE ANÁLISIS NORMATIVO Y REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

La gestación por sustitución (o maternidad subrogada) es un supuesto de reproducción humana asistida mediante el cual una mujer se compromete a gestar un bebé concebido a través de técnicas de reproducción asistida para que otra u otras personas puedan ser padres⁽¹⁾.



El convenio de gestación por sustitución puede deberse a muchas circunstancias, como puede ser la incapacidad de gestar de una mujer⁽²⁾ (infertilidad, edad...), o bien porque no se desee ser madre ges-

tante (como en el supuesto de la existencia de enfermedades de carácter genético de la madre), o incluso el deseo de ser padres por parte de las parejas homosexuales de hombres.

FICHA TÉCNICA



Resumen: En el ordenamiento jurídico español, es nulo de pleno derecho el convenio derivado de gestación por sustitución, en virtud de lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Dada esta prohibición, los ciudadanos españoles han acudido a otros ordenamientos jurídicos extranjeros que admiten la posibilidad de convertirse en padres de un niño nacido de una mujer con la que se suscribe un contrato de «vientre de alquiler». El problema más evidente surge en torno al reconocimiento de una situación consolidada en el extranjero y darle estabilidad en el ordenamiento interno español, con la correspondiente inscripción del menor en el Registro Civil, a favor de los comitentes, quienes son reconocidos como padres por un ordenamiento jurídico extranjero.

Palabras clave: Gestación por sustitución, Derecho Comparado, filiación, técnicas de reproducción asistida.

Abstract: In the Spanish legal system, the agreement deriving from surrogate motherhood is legally void, by virtue of Article 10 of the Law 14/2006, of May 26, concerning techniques of assisted human reproduction. Due to this prohibition, Spanish citizens have resorted to other foreign legal systems that allow the option of becoming parents of a child born of a woman with whom a surrogate motherhood contract has been signed. The most evident problem arises in the recognition of a situation brought to completion abroad, and in granting it stability in the internal Spanish legal system, with the appropriate entry of the minor child in the Civil Registry, in favor of the parties to the contract, who are recognized as parents by a foreign legal system.

Key words: Surrogate motherhood, Comparative Law, parenthood, assisted reproduction techniques.

La gestación por sustitución puede suponer que la mujer gestante solo aporte su útero y la pareja comitente aporte su material reproductor previamente fecundado, que se implantaría en el útero de la primera para su gestación. También puede suceder que la madre gestante aporte sus propios óvulos, que serán fecundados por los gametos del varón comitente o de otro varón. Pero puede ocurrir que el material reproductor implantado en el útero de la mujer gestante no provenga de los comitentes, sino de terceras personas ajenas al contrato⁽³⁾.

La gestación por sustitución (o maternidad subrogada) es un supuesto de reproducción humana asistida mediante el cual una mujer se compromete a gestar un bebé concebido a través de técnicas de reproducción asistida para que otra u otras personas puedan ser padres

En los últimos años, dado el creciente número de personas que acuden a la contratación de «vientres de alquiler» y los efectos derivados de esta técnica de reproducción, se puede afirmar que está llamada a ser un nuevo tópico en el marco internacional privado moderno⁽⁴⁾. Ello es debido a

que esta técnica es aceptada en unos países y rechazada en otros, tanto desde la perspectiva legal⁽⁵⁾ como desde una mera fundamentación ético-moral⁽⁶⁾, teniendo por consecuencia que muchas parejas crucen la frontera hacia la búsqueda de ordenamientos jurídicos en los cuales esta práctica esté permitida. Dada esta situación, se habla con frecuencia de *turismo reproductivo*⁽⁷⁾, a pesar de que la utilización de esta terminología puede desvirtuar las razones por las que los contratantes acuden a dicha técnica de reproducción asistida⁽⁸⁾. En este escenario, nos encontramos con situaciones jurídicas internacionales de las que se derivan «modelos sociales y jurídicos de vida» inspirados en concepciones diferentes y, con frecuencia, opuestas e incompatibles⁽⁹⁾.

La legislación española⁽¹⁰⁾ coincide en la prohibición de la maternidad subrogada con la de países vecinos⁽¹¹⁾ tales como Francia, Italia, Alemania, Holanda y Suecia. El Derecho francés es contrario a la gestación por sustitución: en el art. 16.7 del Código Civil francés se dispone que toda convención referida a la procreación o a la gestación por cuenta de otro es nula, debiendo entenderse, por aplicación del art. 16.9 del mismo Código, que tal nulidad es de orden público. En la legislación italiana, el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en cualquiera de sus modalidades, según resulta del art. 12.6 de

la Ley de 19 de febrero de 2004, n.º 40, que dispone que será castigado con pena de prisión de tres meses a dos años y con multa de 600.000 a 1.000.000 de euros quien de cualquier modo realice, organice o publique la subrogación de maternidad⁽¹²⁾. También en Alemania se sanciona la utilización abusiva de las técnicas de reproducción y constituye pena de privación de libertad de hasta tres años. En Holanda, el contrato de gestación por sustitución se considera nulo por devenir en causa ilícita y ser contrario a la moral y al orden público. Y en Suecia, de la misma manera, se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada, pero únicamente cuando existe remuneración.

Por otra parte, son numerosos los estados que la admiten; ahora bien, no todos la aceptan de la misma manera. Así, el Reino Unido⁽¹³⁾, Australia, Canadá, Grecia, Brasil, México Distrito Federal, México Tabasco⁽¹⁴⁾, Israel y Sudáfrica rechazan el convenio gestacional si presenta fines comerciales. En cambio, esta técnica se permite en algunos estados incluso con fines lucrativos⁽¹⁵⁾, entre los que podemos mencionar a Rusia, Ucrania y la India⁽¹⁶⁾.

Con respecto a los primeros ordenamientos reseñados, que rechazan su admisibilidad al no permitir la validez del contrato gestacional⁽¹⁷⁾, estos se enfrentan a decidir si aceptan las consecuencias jurídicas derivadas de esta situación consolidada en el extranjero. Por ende, una cuestión fundamental que trataremos de abordar más profundamente es la relativa al eventual otorgamiento de efectos en relación con la filiación de sus nacionales que *a priori* son extraños en los países de recepción e incluso parecen contradecir ciertos principios básicos, como puede ser el orden público⁽¹⁸⁾.

Una preocupación inminente que plantea el tema de la maternidad subrogada es determinar qué estatus jurídico es aplicable a los menores concebidos a través de una gestación por sustitución, que están al cuidado de personas que son padres de sus hijos con arreglo a las leyes extranjeras. La clave está en razonar sobre el caso concreto e intentar determinar si cualquier tipo de filiación derivada de maternidad subrogada puede afectar a nuestro orden público, puesto que no en todos los casos se cosifica al nacido ni se denigra a la mujer gestante⁽¹⁹⁾.

Interesante es anotar la aportación que encontramos en el seno de la Conferencia



de Derecho Internacional Privado de La Haya, que comenzó sus trabajos en el año 2011⁽²⁰⁾. Tras un acercamiento a la problemática general de la filiación, se inició la profundización en el tema específico de la filiación derivada de la gestación por sustitución⁽²¹⁾. Posteriormente, se enviaron diversos cuestionarios a los Estados Miembros⁽²²⁾, y en marzo de 2014 se publicó un documento de trabajo⁽²³⁾ y un estudio acerca de los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional⁽²⁴⁾. Todo ello con la finalidad de constituir en los próximos meses un grupo de expertos para analizar la viabilidad de la elaboración de un instrumento internacional. Dicho texto podría poner en marcha no tanto la armonización de las normas de Derecho Internacional Privado relativas al establecimiento de la filiación por subrogación como el establecimiento de un marco de cooperación entre autoridades⁽²⁵⁾.

En esta sede, se trataría de favorecer que las filiaciones constituidas válidamente en un estado que admita esta forma de gestación sean reconocidas en otro estado cuyo ordenamiento prohíba esta práctica, tal y como sucede en España de acuerdo con lo previsto en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA).

En todo caso, la labor realizada en esta organización internacional de carácter universal se propone asumir la doctrina del orden público atenuado con el objetivo de favorecer un posible reconocimiento de situaciones creadas legalmente en el extranjero⁽²⁶⁾ pero prohibidas en el estado receptor. De esta forma, se trata de desplegar plenos efectos jurídicos derivados de tal técnica reproductiva constituida válidamente al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero, aun cuando esta práctica esté prohibida en el estado en el que se pretende dicho reconocimiento.

II. PRONUNCIAMIENTOS DISPARES EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA ANTE UN MISMO SUPUESTO DE HECHO

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

Los casos de filiación que derivan de maternidad subrogada llevados a cabo en

el extranjero topan con la problemática de la inscripción de los nacidos en los correspondientes Registros Civiles españoles.

Hasta la fecha, el Centro Directivo tan solo ha estado obligado a pronunciarse acerca de situaciones en las que la relación de filiación ya había sido establecida en el extranjero por autoridades locales y que, con posterioridad, se solicitaba su inscripción en el Registro Civil español mediante la presentación de título acreditativo de dicha filiación⁽²⁷⁾.

La RDGRN de 18 de febrero de 2009 constituye una decisión pionera en relación con este tema delicado y complejo, ofreciendo una solución legal vanguardista no dada hasta el momento

El caso más conocido en nuestro país es el derivado de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en lo sucesivo, RDGRN) de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735), en el que se dirimía la pretensión de inscripción de dos menores nacidos de una madre subrogada en California⁽²⁸⁾; los menores eran hijos de dos varones españoles casados⁽²⁹⁾ que contrataron un vientre para gestar a sus hijos a partir del material genético de uno de los comitentes; el matrimonio aportaba el certificado de nacimiento expedido por las autoridades californianas, en el que constaba la paternidad de los varones integrantes del matrimonio respecto de dichos menores.

El encargado del Registro Consular español en Los Ángeles denegó la inscripción solicitada argumentando que dichos hijos habían sido concebidos a través de la técnica de reproducción de gestación por sustitución, la cual está prohibida por la legislación española. Esta considera a la gestante como la madre legal del niño, como así se contiene en el art. 10.2 LTRHA; por ello, con arreglo a dicho precepto, la mujer que da a luz⁽³⁰⁾ debe ser considerada como madre legal de los nacidos y los cónyuges españoles no deben ser considerados como padres de los mismos.

Pues bien, la cuestión controvertida no era de «Derecho aplicable a la filiación», sino una cuestión de «efectos jurídicos en España de una decisión pública extranjera»,

es decir, de «validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España»⁽³¹⁾. Por tanto, para decidir en torno al eventual acceso de la decisión registral californiana al Registro Civil español, las autoridades registrales españolas no debieron aplicar las normas de conflicto, ni tampoco la ley sustantiva designada por tales normas de conflicto, esto es, la LTRHA⁽³²⁾.

Ante este escenario, los cónyuges deciden recurrir la denegación de inscripción ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN). El Centro Directivo ordenó la inscripción registral de los menores con idéntica filiación a la que constaba en los Registros Civiles californianos; por ende, los nacidos en California son hijos naturales de los cónyuges varones españoles. Esta Resolución constituye una decisión pionera en relación con este tema delicado y complejo, ofreciendo una solución legal vanguardista no dada hasta el momento.

Dicha Resolución aplica el art. 81 del Reglamento del Registro Civil (en lo sucesivo, RRC), el cual considera como título para la inscripción el «documento auténtico extranjero con fuerza en España con arreglo a las leyes o Tratados Internacionales». Básicamente, se limita a un control de legalidad basado en requisitos de forma consistente en comprobar que se trataba de un documento público autorizado por una autoridad registral extranjera que desempeñara funciones equivalentes a las españolas⁽³³⁾. Ante este atribulado, el Ministerio Fiscal in-



terpuso recurso contra dicha Resolución, y todo ello es afrontado en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia n.º 15, de 15 de septiembre de 2010 (AC 2010/1707).

2. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011

La Sentencia de Instancia sitúa la cuestión evidenciando que los arts. 81 y 85 RRC no podían ser aplicados, porque se desvirtúa lo dispuesto en el art. 23 de la Ley del Registro Civil⁽³⁴⁾, cuyo tenor literal advierte que «también podrán practicarse sin necesidad de previo expediente por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española»; esto implica, en opinión del Juez, un control no solo formal, sino también material, es decir, un control de la realidad del hecho inscrito en el Registro extranjero.

En el fallo se concluye que la certificación no se ajustaba a la ley material española, pues contravenía el art. 10 LTHRA, manteniendo esta que existen importantes obstáculos a la inscripción en el Registro Civil, radicados esencialmente en la infracción que supone la certificación registral californiana al orden público internacional español⁽³⁵⁾. La nulidad del contrato de gestación por sustitución hace que, a efectos legales, haya que considerar siempre como madre

a la gestante y no a la biológica, en caso de que esta sea distinta de aquella.

En este contexto, los cónyuges deciden recurrir tal decisión, y ello es ventilado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 (AC 2011/1561), que nuevamente rechaza la inscripción en el Registro Civil argumentando que el principio fundamental de protección del «interés superior del menor» no puede servir de coartada para dar cabida en nuestro ordenamiento jurídico a la inscripción de una filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución que es nulo⁽³⁶⁾.

3. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014

Pues bien, en este itinerario procesal de resoluciones, el matrimonio de varones españoles formula recurso de casación⁽³⁷⁾ (n.º 245/2012) ante el Tribunal Supremo (TS) contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. Con fecha 6 de febrero de 2014, el Alto Tribunal se pronuncia al respecto (JUR 2014/41333), rechazando el acceso al Registro Civil de las certificaciones practicadas por la autoridad registral californiana. El TS basa sus postulados, esencialmente, en cuestiones de mantenimiento del orden público español⁽³⁸⁾, de protección de las mujeres gestantes y de los menores que se han convertido en mercancía de compraventa⁽³⁹⁾. Además, también señala que esta práctica solo es alcanzable para aquellos que tienen elevados recursos económicos y asienta criterios discriminatorios para aquel

sector de la población que tiene vedado el acceso a este tipo de técnicas de reproducción⁽⁴⁰⁾.

Por el contrario, los cuatro magistrados discrepantes formulan un voto particular⁽⁴¹⁾ basándose en la prevalencia del interés de los menores⁽⁴²⁾ y en la necesidad de reconocimiento jurídico de esta realidad social⁽⁴³⁾. Razonan que no se puede afirmar que la gestación por sustitución suponga una «cosificación de la mujer gestante y el niño», y que ha de concebirse como una manifestación del derecho a procrear, especialmente para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio⁽⁴⁴⁾. Por ende, alegan un orden público internacional atenuado, pues cualquier visión absolutista de orden público se «compadece» mal con la función encomendada a los jueces y Tribunales, que es la de resolver cuestiones concretas⁽⁴⁵⁾.

En este punto, es significativo mostrar los pronunciamientos de *dos sentencias* emanadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 26 de junio de 2014⁽⁴⁶⁾. En sendos fallos, el Alto Tribunal europeo estima que no reconocer la filiación de hijos nacidos de madres de alquiler en el extranjero podría afectar a la identidad de los menores⁽⁴⁷⁾, porque prohibir totalmente el establecimiento de un vínculo de filiación entre un padre y sus hijos biológicos vulnera el art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. La Corte de Casación francesa rechazó la demanda de las parejas, por considerar que reconocer esta filiación atenta contra los principios esenciales del Derecho francés y transgrede el orden público. Los magistrados europeos entienden que los menores no pueden encontrarse en una situación de incertidumbre jurídica, ya que en uno y otro asunto las autoridades francesas rechazaron incluso admitir la filiación entre los menores y su padre biológico, a pesar de que los embriones fueron concebidos con el material genético del padre y los ovocitos de una donante.

Los criterios que se reflejan en los pronunciamientos del TEDH se aproximan al orden público internacional atenuado. Si se compara la situación entre España y Francia, se aprecia una gran similitud tanto en su normativa vigente como en las posturas jurisprudenciales, ya que se mantiene la prohibición absoluta de los convenios de gestación por sustitución y el despliegue de





sus efectos a nivel sustantivo y registral⁽⁴⁸⁾. Ello nos permite aventurar que, ante un eventual recurso de la STS de 6 de febrero de 2014 ante la Corte de Estrasburgo, el Estado español corre el riesgo de ser multado, al igual que lo ha sido la República Francesa en los *asuntos Mennesson y Abassee* (STEDH de 26 de junio de 2014)⁽⁴⁹⁾.

Siguiendo con el análisis de la STS, como punto de partida hemos de señalar que uno de los desatinos de la Sentencia es la consideración de irrelevante si el título extranjero objeto de inscripción es la certificación registral o la resolución judicial previa mediante la que se homologó el contrato gestacional. El Alto Tribunal obvia que la propia resolución judicial es la que atribuye efectos al contrato de gestación por sustitución, fijándose la relación de filiación a favor de los cónyuges españoles y en la que se establece que la madre gestante emitió de manera libre su consentimiento y, por ello, acepta las consecuencias de sus actos, excluyéndose a ella de cualquier tipo de relación con los menores que gestó.

El TS pivota sus razonamientos bajo la pretensión de inscripción de un título extranjero, y por ello las normas a las que debiera acudir para dar efecto a dicha situación son aquellas que regulan la inscripción en España de los títulos extranjeros

En cuanto a la situación de los efectos registrales de la gestación por sustitución en España a la luz de la STS objeto de nuestro análisis, es necesario distinguir dos supuestos. Por un lado, aquellos casos en los que la filiación derive de una certificación registral extranjera en la que se refleja lo contenido en una decisión judicial anterior (en este caso, no sería aplicable la prohibición contenida en el art. 10.1 LTRHA, puesto que el asunto que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una resolución extranjera válida y legal conforme a su normativa). Por otro lado, los supuestos en los que no se refleje lo contenido en una sentencia previa y, por tanto, en que el control a realizar por la autoridad española competente se ha de hacer mediante revisión del Derecho interno del estado al que pertenece el Registro del que proviene

la certificación objeto de inscripción en el Registro Civil español⁽⁵⁰⁾.

El TS, indudablemente, pivota sus razonamientos bajo la pretensión de inscripción de un título extranjero, y por ello las normas a las que debiera acudir para dar efecto a dicha situación son aquellas que regulan la inscripción en España de los títulos extranjeros. Para ello, el camino más idóneo es la tramitación de un procedimiento de exequátur de la sentencia extranjera⁽⁵¹⁾ y así permitir que la filiación determinada en esta despliegue todos los efectos, siempre y en todo caso que dicha resolución no sea manifiestamente incompatible con el orden público español⁽⁵²⁾.

Consideramos que, desde la óptica del Derecho Internacional Privado, el acceso de las calificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español ni a través de las normas de conflicto españolas⁽⁵³⁾, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Por tanto, se excluye la aplicación del art. 9.4 CC y tampoco será aplicable la ley sustantiva a la que tales normas de conflicto conduce, que es la LTRHA⁽⁵⁴⁾.

En definitiva, la inscripción de nacimiento del menor solo se podrá realizar presentando, junto con la solicitud de inscripción, la resolución judicial extranjera, que deberá ser objeto de exequátur, por lo que no se admitirá como título apto una certificación extranjera o la simple declaración acompañada de la certificación médica concerniente al nacimiento del menor⁽⁵⁵⁾.

4. Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010: la concreción del interés del menor

Con anterioridad al fallo del TS y como consecuencia de la anulación de la RDGRN de 18 de febrero de 2009 por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, la DGRN tuvo que pronunciarse acerca de la calificación registral del certificado de nacimiento extranjero otorgado por autoridad pública extranjera y de la posible compatibilidad de una resolución extranjera con los principios básicos del ordenamiento jurídico español. Por este motivo, se dictó la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre

de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁽⁵⁶⁾.

El Centro Directivo, mediante la mencionada Instrucción, asienta sus razonamientos a través de dieciséis directrices con la finalidad de dotar de protección jurídica el interés superior del menor⁽⁵⁷⁾; para ello, se establecen esencialmente tres criterios: en primer lugar, cuáles son los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español, cuando al menos uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento extraterritorial de decisiones extranjeras; en segundo lugar, la inscripción registral nunca puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores, y, en último término, que en ningún caso se vulnere el derecho del menor a conocer su origen biológico, conforme a lo expresado en el art. 7.1 de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989⁽⁵⁸⁾, y lo contenido en el art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional⁽⁵⁹⁾. Junto a estos, deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de maternidad subrogada, tales como la protección de las mujeres gestantes, la capacidad y el consentimiento de las partes intervinientes y la irrevocabilidad del consentimiento prestado⁽⁶⁰⁾.

Uno de los parámetros en los que más se centra la Instrucción es la compatibilidad entre orden público e interés del menor. En primer lugar, es necesario conceptualizar la noción de *orden público* en materia de filiación; por su propia naturaleza, se presenta cambiante y flexible en relación con las circunstancias y realidades de un momento concreto, que reflejan los valores y principios de una sociedad. Por ello, es consecuencia lógica analizar la resolución extranjera de manera individualizada y comprobar si atenta o no contra los principios fundamentales del foro⁽⁶¹⁾.

A juicio de la DGRN, la certificación extranjera que cumpla con los requisitos y condicionamientos establecidos en la Instrucción debe desplegar todos sus efectos en España, con independencia que desde el punto de vista sustantivo el contrato gestacional esté completamente prohibido; por ello, se debe concretar una doble situación: por un lado, cuando el contrato gestacional se celebre en un país extran-

jero que su ley admita, la Instrucción de la DGRN permite que produzca efectos en España, porque autoriza no el contrato, sino el efecto del contrato; por otro lado, cuando el contrato de gestación por sustitución se celebre en España, el efecto es distinto, puesto que bajo los auspicios del art. 10 LTRHA se declara la nulidad del convenio gestacional y se cierra el acceso al Registro Civil⁽⁶²⁾.

La inscripción de nacimiento de un menor nacido en el extranjero con gestación por sustitución podrá realizarse presentando, junto con la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por el tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido y siempre con exequátur

Por ello, se presume que los interesados, siempre y cuando al menos uno de los comitentes sea español y aporte el material genético, no incurrirán en fraude de ley ni en *forum shopping*. En cambio, un sector de la doctrina⁽⁶³⁾ estima que la solución propuesta por la Instrucción no es correcta, porque está prestando cobertura al turismo reproductivo, el cual trata de eludir la aplicación de lo contenido en el art. 10 LTRHA, en el que claramente se declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución⁽⁶⁴⁾. En la misma línea



de pensamiento⁽⁶⁵⁾ se opina que el interés del «niño» puede alojar situaciones que no protegen dicho interés superior del menor, pues los efectos perversos de la mercantilización de esta práctica médica pueden provocar situaciones de explotación, principalmente en la mujer gestante. Incluso hay autores que van más allá y califican la Instrucción como una representación de ofrecimiento de soluciones de compromiso, es decir, que en la práctica se legalizan los contratos de gestación por sustitución realizados en un país extranjero y se condicionan a una resolución judicial del país de origen, a pesar de que muchos de los contratos materializados en diversos estados poseen menos garantías jurídicas respecto de los derechos subjetivos de las partes intervinientes⁽⁶⁶⁾.

La inscripción de nacimiento de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución solamente podrá realizarse presentando, junto con la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por el tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido, siempre que la misma obtenga exequátur, de modo que para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español la solicitud de inscripción y el auto judicial que conceda el exequátur⁽⁶⁷⁾. Si bien es cierto que la mencionada Instrucción no exige el exequátur en caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un proceso análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, en cuyo supuesto el encargado del Registro Civil se limitará a controlar incidentalmente si tal resolución pudiere ser reconocida en España, y así se garantizará el interés superior del menor y los derechos de la madre gestante⁽⁶⁸⁾.

Los mecanismos de acceso de las sentencias extranjeras al Registro Civil se regulan según lo dispuesto en los arts. 83 y 84 RRC; se trata de un «mecanismo de remisión», pues para el acceso de estas sentencias a los registros oficiales españoles se exige la previa obtención del reconocimiento de sentencia extranjera. Y si el acceso es a través de otro documento público que no es sentencia, según lo estipulado en el art. 81 RRC⁽⁶⁹⁾. Podemos observar que la falta de coherencia sobre cómo resolver un determinado tema que afecta a la inscripción de un nacimiento derivado de un contrato de subrogación puede

conllevar que las partes topen con la denegación de la indicada inscripción. Tal es así que la rígida legislación nacional española en cuanto a la no admisión de estos contratos, y siendo numerosos los casos que han accedido a los Tribunales para solucionar el problema, nos hace reflexionar si no sería conveniente adoptar una solución de ámbito internacional para evitar situaciones tan dispares⁽⁷⁰⁾.

Teniendo en cuenta lo anterior, para salvar el obstáculo del comercio realizado sobre el cuerpo humano, algunos proponen dotar de similitud la adopción⁽⁷¹⁾ a la gestación por sustitución⁽⁷²⁾, para evitar la nulidad del contrato de maternidad subrogada⁽⁷³⁾. Si bien es cierto, hay voces muy contrarias a esta equiparación entre ambas figuras legales⁽⁷⁴⁾, puesto que ello provocaría dificultad para encontrar mujeres que estén dispuestas a quedarse embarazadas y a entregar al hijo de modo totalmente desinteresado. Incluso el acuerdo por subrogación puede constituir fuente de conflictos de intereses entre los comitentes, la madre sustituta y el hijo⁽⁷⁵⁾, y, en todo caso, algunos autores consideran que no está justificado «crear» una nueva criatura para satisfacer el deseo de paternidad o maternidad, frente al hecho de que ya existen niños que están desamparados y necesitan un entorno familiar donde crecer y educarse⁽⁷⁶⁾.

III. REFLEXIÓN FINAL

El reconocimiento y la ejecución de una determinada resolución extranjera en la que se proclama que son padres de un niño personas que encargaron dicha gestación presenta complicaciones que a nadie se le ocultan.

En la correspondiente resolución, se debe hacer mención de los datos personales de la madre gestante que ha alumbrado al menor, indicándose que la verdadera filiación pertenece a los comitentes que solicitaron la subrogación gestacional y no a la madre biológica. Así pues, será determinante la existencia de una sentencia extranjera para que despliegue plenos efectos mediante un posible reconocimiento. Ello nos permitiría afirmar que aquellas situaciones que surgen en países como Ucrania, la India, etc., en los que no hay una clara existencia de resolución judicial, no encontrarán acomodo positivo en España. Una vez que los comitentes regresan a



territorio español, es necesario inscribir la filiación en el Registro Civil para así fijar legalmente todos los efectos que se derivan de la situación familiar reconocida por la autoridad extranjera.

En estas circunstancias, y teniendo en cuenta los valores superiores presentes en la maternidad subrogada, se precisaría una modificación del Derecho sustantivo con una coherente regulación del reconocimiento de las situaciones de gestación por sustitución provenientes del extranjero, ya que, a pesar de la existencia de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, esta se ha hecho insuficiente⁽⁷⁷⁾.

Con el reciente pronunciamiento del TS, en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, observamos que para el Alto Tribunal no es admisible el argumento del «*interés superior del menor*» como «*válvula de escape*» para conseguir resultados contrarios a la ley. En cambio, el voto particular redactado por el Magistrado Seijas Quintana analiza la cuestión desde un punto de vista más flexible, fundamentando su razonamiento en los principios de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya. Los cuatro magistrados que lo formulan concluyen que la aplicación del principio del orden público perjudica a los menores privándoles de su identidad y de su núcleo familiar.

Con este esperado pronunciamiento del TS, la brecha del dilema jurídico de la gestación por sustitución se ha abierto nuevamente y consideramos que debe ser afrontado a través de una revisión legislativa

Con este esperado pronunciamiento del TS, la brecha del dilema jurídico de la gestación por sustitución se ha abierto nuevamente y consideramos que debe ser afrontado a través de una revisión legislativa. La radical prohibición de la maternidad subrogada puede presentarse como un problema, ya que no puede quedar supe- ditada una situación de tantísima importancia a la legislación registral española y que sea esta la que marque los límites del Derecho. Por el momento, el ordenamiento jurídico español parece imponer aún más trabas, como se deduce del Proyecto de Ley de medidas de reforma administra-

tiva en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. En su art. 44.7, al regular la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido fuera de España, establece que «*será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur*». Si bien es cierto que el precepto no menciona de manera expresa la gestación por sustitución, claramente podría incluirse en la expresión «*en cualquier otro caso*». Esta propuesta de *lege ferenda* no verá la luz en los términos transcritos, puesto que, según nota de prensa del Ministerio de Justicia de 9 de julio de 2014, tras la reunión con la asociación Son Nuestros Hijos, se llegó al compromiso de facilitar la inscripción de los nacidos en el extranjero de «*vientres de alquiler*». Si se trata de simplificar los trámites, debería incluirse un reconocimiento incidental, lo que permitiría el acceso al Registro Civil con una mera legalización o apostilla y traducción.

Se deben evitar condicionantes tales como el «orden público internacional», el «principio del *favor filii*» y el «interés del menor» para otorgar validez o no a situaciones nacidas en otros países en donde son perfectamente legales; encajar en la *praxis* estos postulados de interpretación tan subjetiva puede conllevar a un futuro incierto, desde que se da por finalizada la relación contractual entre los comitentes y la gestante, generando así verdaderas situaciones de vulneración de derechos, esencialmente en los menores objeto de la subrogación maternal. La infancia, por sus especiales características derivadas de su falta de madurez y de su escasa experiencia vital, es más vulnerable ante situaciones injustas. Siendo conscientes de ello, todos los operadores jurídicos, tanto a nivel estatal como internacional, deben valorar sus disposiciones y/o actuaciones bajo la premisa de la defensa del menor y evitar que se produzca un limbo jurídico y social en la vida diaria del menor.

Por otra parte, no se debe olvidar que, en un mundo sin fronteras y en un contexto de sociedad pluralista y abierta, al Derecho Internacional Privado le incumbe también determinar qué límites y medidas se han de adoptar ante esta institución del Derecho de Familia: la gestación por sustitución. Pero nuestra disciplina no ha de suponer un médium para eludir la voluntad del legislador español y que determinado sector de la

población con altos recursos económicos y bajo un buen asesoramiento legal sean solo los beneficiarios de poder tener hijos bajo esta forma de reproducción asistida.

La normativa de carácter internacional deberá contar con la cooperación de todos los sujetos intervinientes desde el inicio del contrato gestacional en el estado de origen con los países en los que finalmente se establezca el centro social de vida familiar de los padres-comitentes y los menores

Lo ideal sería lograr, en un espacio breve de tiempo, una normativa de carácter internacional en la que la base debería ser una verdadera cooperación de todos los sujetos intervinientes desde el inicio del contrato gestacional en el estado de origen con los países en los que finalmente se establecerá el centro social de vida familiar de los padres-comitentes y los menores. De esta forma, se eliminaría tanto el surgimiento de situaciones fraudulentas en origen como la incertidumbre o el limbo jurídico de los niños nacidos fruto de maternidad subrogada y de sus progenitores en el estado de destino.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN, F.; SÁNCHEZ-CARO, J., *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*, Ed. Comares, Granada, 2009.

ALBERT MÁRQUEZ, M., «Los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», en *Diario La Ley*, n.º 7863, 2012.

ALES URÍA ACEVEDO, M. M., *El derecho a la identidad en la filiación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 10, 2010, págs. 339-377.

— «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», en FORNER DELAYGUA, J. J.; GONZÁLEZ BEILFUSS,

C.; VIÑAS I FARRÉ, R. (coord.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado*. Liber Amicorum Alegría Borrás, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 77-90.

— «Surrogacy: Balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa», en PELLISÉ, C. (ed.), *La unificación convencional y regional del Derecho Internacional Privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 61-74.

AMADOR, M., «Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India», en *Revista CS*, n.º 6, 2010, págs. 193-217. [Ejemplar dedicado a «Ciencia, Tecnología y Sociedad»]

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «De nuevo sobre las madres de alquiler», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 27, Septiembre-Octubre 2009, págs. 52-56.

BAFFONE, C., «La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 137, 2013.

BAKER, H., «A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There "Lessons" to be Learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention?», en TRIMMINGS, K.; BEAUMONT, P. (ed.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2013, págs. 411-426.

BARBER CÁRCAMO, R., «La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 739, 2013, págs. 2905-2950.

BARRÓN ARNICHES, P. de, «La posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los nacidos en el extranjero de una madre de alquiler», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 31, 2009, págs. 29-42.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Hijos "made in" California», en *Aranzadi Civil*, n.º 3/2009, págs. 2117-2119.

BONILLO GARCÍA, L., «El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución», en *Diario La Ley*, n.º 8070, 2013.

BRUNET, L.; CARRUTHERS, J.; DAVAKI, K.; KING, D.; MARZO, C.; MCCANDLESS, J.,

A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States, Ed. European Parliament, Bruselas, 2013.

CALVO CARAVACA, A.-L., «El "Derecho Internacional Privado multicultural" y el revival de la ley personal», en *Diario La Ley*, n.º 7847, 2012.

CALVO CARAVACA, A.-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 2, 2009, págs. 294-319.

— «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1, 2011, págs. 247-262.

— «Eficacia extraterritorial de decisiones: conceptos generales», en *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 14.ª ed., Ed. Comares, Granada, 2013.

CAMARERO GONZÁLEZ, G. J., «Notas sobre la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución», en *Diario La Ley*, n.º 7910, 2012.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Orden público internacional y externalidades negativas», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2065, 2008, págs. 2351-2378.

CASADO BLANCO, M.; IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, M., «Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada», en *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 40, 2013.

CERDÁ SUBIRACHS, J., «La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN», en *Abogados de Familia*, n.º 60, segundo trimestre de 2011.

CONFERENCIA DE LA HAYA, *Note préliminaire sur les questions de Droit International Privé concernant le statut des enfants*, documento preliminar n.º 11, de marzo de 2011.

— *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de*

substitution à caractère international, documento preliminar n.º 10, de marzo de 2012.

— *Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet «Filiation/Maternité de substitution»*, documento preliminar n.º 3B, de marzo de 2014.

— *Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, documento preliminar n.º 3C, de marzo de 2014.

CORERA IZU, M., «Abandonados, apátridas y sin padres», en *Diario La Ley*, n.º 8345, 2014.

CORRAL GARCÍA, E., «El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 38, 2013, págs. 45-69.

CHELIZ, C., «La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español: situación de la mujer gestante, problemática y efectos», en *Aequalitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, n.º 32, 2013, págs. 29-36.

DÍAZ ROMERO, M. R., «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», en *Diario La Ley*, n.º 7527, 2010.

DREYZIN DE KLOR, A.; HARRINGTON, C., «La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?», en *Revista de Derecho de Familia*, Octubre de 2011, págs. 301-329.

DURÁN AYAGO, A., «El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 12, 2012, págs. 265-308.

ESPINAR VICENTE, J. M., «Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado: la gestación de sustitución y el amparo a los actos de fraude ante la Ley», en ESPLUGUES MOTA, C.; PALAO MORENO, G. (ed.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 589-604.

FARNÓS AMORÓS, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso



a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2010.

— «European Society of Human Reproduction and Embryology. 26th Annual Meeting», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2010.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A. S., «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2011, págs. 127-146.

FERRER VANRELL, M. P., «La transgresión del principio de igualdad en la Instrucción de DGRN 5-10-2010, sobre el régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución», en VERDERA IZQUIERDO, B. (dir.), *El principio de igualdad ante el Derecho Privado: una visión multidisciplinar*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 15-38.

FLORES RODRÍGUEZ, J., «Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida», en *Actualidad Civil*, n.º 5, 2014.

— «Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa», en *La Ley Derecho de Familia*, 7 de julio de 2014; *Diario La Ley*, n.º 8363, 2014.

— «Gestación por sustitución: la metamorfosis del parentesco», en *La Ley Derecho de Familia*, 14 de julio de 2014.

FULCHIRON, H., «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», en *Journal du Droit International*, n.º 2, 2014, págs. 563-588.

FULCHIRON, H.; BIDAUD-GARON, C., «L'enfant de la fraude...». Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse», en *Recueil Dalloz*, n.º 15, 2014, págs. 905-911.

GAMBLE, N.; GHEVAERT, L., «International surrogacy: payments, public policy and media hype», en *Family law*, vol. 41, n.º 5, 2011, págs. 504-507.

GHEVAERT, L.; CABEZA, R., «Surrogacy, egg donation and assisted reproduction: payments and the conflict of law and policy», en *Family law*, vol. 44, n.º 2, 2014, págs. 215-218.

GODOY VÁZQUEZ, M. O., «La prohibición legal de la gestación por sustitución como límite al ejercicio del derecho a la procreación en el ordenamiento jurídico español», en PÉREZ MIRAS, A.; TERUEL LOZANO, G. M.; RAFFIOTTA, E. C. (dir.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y ciencia*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 177-188.

GONZÁLEZ MARTÍN, B., «No inscripción en el Registro Civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 54, Marzo-Abril 2014, págs. 36-40.

GRANET, F., *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des États Membres de la CIEC*, Ed. CIEC, Estrasburgo, 2014.

GUZMÁN ZAPATER, M., «Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: Hacia un modelo de regulación (Sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 10, 2010, págs. 731-743.

HERNÁNDEZ RAMÍREZ, A.; SANTIAGO FIGUEROA, J. L., «Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 132, 2011, págs. 1335-1348.

HEREDIA CERVANTES, I., «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVI, fasc. II, 2013, págs. 687-715.

— «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 54, Marzo-Abril 2014, págs. 42-46.

HUALDE MANSO, T., «De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada», en *Aranzadi Civil-Mercantil: Revista Doctrinal*, vol. 1, n.º 10, 2012, págs. 35-47.

HUTCHINSON, A.-M.; KHAN, H.; O'LEARY, B.; VORZEIMER, A., «International surrogacy arrangements: between California and England and Wales», en *Family law*, vol. 41, n.º 10, 2011, págs. 1104-1109.

IGLESIA MONJE, M. I. de la, «Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica», en *Revista Crítica de Derecho*

Inmobiliario, año 87, n.º 725, 2011, págs. 1668-1677.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V., «La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución: problemas actuales», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 5, 2012, págs. 365-381.

LAGARDE, P., «Cour de cassation (1er Ch. civ.) 17 de décembre 2008», en *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 98, n.º 2, 2009, págs. 320-331.

LAMN, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Ed. Universitat de Barcelona. Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2013.

LASARTE ÁLVAREZ, C., «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», en *Diario La Ley*, n.º 7777, 2012.

LÓPEZ GUZMÁN, J.; APARISI MIRALLES, A., «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», en *Cuadernos de Bioética*, vol. 23, n.º 78, 2012, págs. 253-268.

LUNA SERRANO, A., «Comparación en materia de filiación por reproducción asistida entre los derechos español e italiano», en JIMÉNEZ LIÉBANA, D. (coord.), *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor José González García*, Ed. Universidad de Jaén y Thomson Reuters, Jaén y Cizur Menor, 2012, págs. 1267-1278.

MAESTRI, E., «Fabbriche della vita: la critica ecofemminista alle tecniche riproduttive artificiali», en *Ragion Pratica*, n.º 37, 2011, págs. 417-442.

MONÉGER, F., «La gestation pour autrui», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 2, 2010, págs. 233-244.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., «Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 731, 2012, págs. 1363-1394.

— «La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho Internacional Privado español», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, 2014, págs. 189-215.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 19.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. F., «El Registro Civil admite el alquiler de vientres», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 27, Septiembre-October 2009, págs. 57-61.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución», en NAVAS NAVARRRO, S. (dir.), *Iguals y diferentes ante el Derecho Privado*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

PANIZA FULLANA, A., «Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 1, Abril 2014, págs. 59-67.

PARRÓN CAMBERO, M. J., «Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*», en *Diario La Ley*, n.º 8269, 2014.

PEREÑA VICENTE, M., «Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI», en *Ius: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 29, 2012, págs. 130-149.

PÉREZ MONGE, M., «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad», en *Revista de Derecho Privado*, año 94, mes 4, 2010, págs. 41-64.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2009.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos», en *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, n.º 6, Marzo 2014, págs. 38-50.

RUBIO TORRANO, E., «Inscripción como hijos de un matrimonio de varones nacidos mediante la gestación por sustitución», en *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, n.º 9, 2011, págs. 11-14.

SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M., «La maternidad subrogada: estado actual de la

cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014», en *Diario La Ley*, n.º 8293, 2014.

SALAS CARCELLER, A., «El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 10, 2011, págs. 9-14.

— «Gestación por sustitución», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2014, págs. 11-15.

SÁNCHEZ ARISTI, R., «La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos», en *Humanitas*, n.º 49, Abril 2010.

SEIJAS QUINTANA, J. A., «Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler», en *Diario La Ley*, n.º 8363, 2014.

SOUTO GALVÁN, B., «Dilemas éticos sobre la reproducción humana: la gestación de sustitución», en *Feminismo/s: Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, n.º 8, 2006, págs. 181-196. [Ejemplar dedicado a «Mujeres y Derecho»]

STRUYCKEN, T., «The Netherlands Surrogacy, a New Way to Become a Mother? A New PIL Issue», en BOELE-WOELKI, K.; EINHORN, T.; GIRSBERGER, D.; SYMEONIDES, S. (ed.), *Convergence and Divergence in Private International Law*. Liber Amicorum Kurt Siehr, Ed. Eleven International Publishing, La Haya, 2010.

TAMAYO HAYA, S., «Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas», en *Revista Digital Facultad de Derecho*, n.º 6, 2013, págs. 261-316. [Ejemplar dedicado a «Premios García Goyena. XII Edición»]

TONOLO, S., «La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore», en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 50, n.º 1, 2014, págs. 81-104.

TORRALDA ERRUZ, M., «El contrato de gestación por sustitución», en LLEDÓ YAGÜE, F.; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (dir.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, vol. 1, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, págs. 616-622.

TORRES PEREA, J. M. de, «Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014, sobre maternidad por sustitución, desde la perspectiva

del interés del menor», en *Diario La Ley*, n.º 8281, 2014.

TRIMMINGS, K.; BEAUMONT, P., «International surrogacy arrangements: An urgent need for legal regulation at the international level», en *Journal of Private International Law*, n.º 7, 2011, págs. 627-647.

— «General Report on Surrogacy», en *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2013, págs. 439-550.

VELA SÁNCHEZ, A. J., «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler», en *Diario La Ley*, n.º 7608, 2011.

— *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Ed. Comares, Granada, 2012.

— «La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho», en *Diario La Ley*, n.º 8055, 2013.

— «El interés del menor como fundamento de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo», en *Diario La Ley*, n.º 8162, 2013.

— «Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014», en *Diario La Ley*, n.º 8309, 2014.

VERDA Y BEHAMONTE, J. R. de, «Inscripción de hijos nacidos mediante la gestación por sustitución. A propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010», en *Diario La Ley*, n.º 7501, 2010.

VORA, K., «Potential, Risk, and Return in Transnational Indian Gestational Surrogacy», en *Current Anthropology: A World Journal of the Sciences of Man*, n.º extra 7, 2013, págs. 97-106. [Ejemplar dedicado a «Potentiality and humanness: revisiting the anthropological object in contemporary biomedicine»]

(1) De este concepto y de su naturaleza se ocupan A. J. VELA SÁNCHEZ, *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Ed. Comares, Granada, 2012, págs. 13-14, y M. R. DÍAZ ROMERO, «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», en *Diario La Ley*, n.º 7527, 2010.



- (2) Se puede plantear en el eterno debate de la aceptación o no de los contratos de gestación por sustitución, si el deseo de las parejas estériles, contemplado este como derecho subjetivo, debe ser escuchado por la sociedad o, sin embargo, no todos los deseos de los adultos deben ser considerados como derechos, máxime si ello implica posibles lesiones a la dignidad y a los derechos de otros sujetos implicados, especialmente de las mujeres más vulnerables y los hijos. Así pues, hay autores que opinan que, con respecto a los menores, fruto del convenio gestacional, la legalización de la maternidad subrogada supone mercantilizar la filiación, ya que esta dependerá de la celebración de un contrato con un fuerte contenido económico. Además, la experiencia ha demostrado que el niño queda en una posición muy vulnerable, dado que su situación depende de las cláusulas establecidas en dicho contrato, lo cual no asegura, en absoluto, la protección de sus intereses y derechos (vid. J. LÓPEZ GUZMÁN y A. APARISI MIRALLES, «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», en *Cuadernos de Bioética*, vol. 23, n.º 78, 2012, págs. 265-266). Incluso el derecho de procrear de toda persona (sola o en compañía) estableciendo un vínculo de filiación natural no es un derecho fundamental consagrado en nuestro ordenamiento jurídico ni en ningún tratado o convención internacional, aunque nuestra legislación en materia de filiación parezca dar a entender otra cosa (vid. M. PEREÑA VICENTE, «Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI», en *Ius: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 29, 2012, págs. 148-149). Parece más sencilla la defensa de un derecho a no procrear que a procrear, puesto que las parejas tienen más libertad y más medios para decidir no tener hijos que para tenerlos, especialmente porque el derecho a la procreación no presenta un contenido definido, ya que la facultad reproductiva es incontrolable, quedando fuera de la autonomía de la voluntad del sujeto [vid. M. O. GODOY VÁZQUEZ, «La prohibición legal de la gestación por sustitución como límite al ejercicio del derecho a la procreación en el ordenamiento jurídico español», en A. PÉREZ MIRAS, G. M. TERUEL LOZANO y E. C. RAFFIOTTA (dir.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y ciencia*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 186-187].
- (3) M. V. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, «La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución: problemas actuales», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 5, 2012, págs. 367-369.
- (4) S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», en J. J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS y R. VIÑAS I FARRÉ (coord.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado*. Liber Amicorum *Alegría Borrás*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 77-78.
- (5) No solo existen choques de carácter legal, sino también moral, en muchos de los ordenamientos jurídicos al afrontar la admisibilidad o no de las filiaciones derivadas de la maternidad subrogada; por ello, se están generando ciertos problemas reales y que han de ser dotados con soluciones jurídicas, bajo los cambios sociales y generacionales tan profundos que se están dando en el panorama jurídico de este siglo, y al Derecho no le queda más remedio que acompañar los movimientos de una sociedad que genera permanentemente nuevas formas de familia y de parentesco (vid. S. TAMAYO HAYA, «Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas», en *Revista Digital Facultad de Derecho*, n.º 6, 2013, págs. 284-294). El control tecnológico del cuerpo de la mujer y el control biopolítico de la reproducción artificial se han convertido en temas centrales dentro del pensamiento filosófico feminista, convirtiéndose en un punto de referencia obligado a profundizar desde un punto de vista conceptual, político y social. Las técnicas de reproducción asistida arrebatán el control reproductivo de la mujer (vid. E. MAESTRI, «Fabbriche della vita: la critica ecofemminista alle tecniche riproduttive artificiali», en *Ragion Pratica*, n.º 37, 2011, págs. 418-430). Se han invocado diversos derechos que, previsiblemente, entrarían en conflicto en torno a la problemática surgida en la gestación por sustitución: de una parte, la libertad individual, la protección de la familia y de la infancia, la dignidad e identidad genética del hijo nacido mediante gestación de sustitución y la dignidad de la mujer gestante. Se trata de un supuesto derecho no reconocido expresamente en nuestra Constitución, ni tampoco encontramos un reconocimiento explícito del mismo en declaraciones internacionales sobre derechos humanos (vid. B. SOUTO GALVÁN, «Dilemas éticos sobre la reproducción humana: la gestación de sustitución», en *Feminismo/s: Revista del Centro de Es-*
- tudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, n.º 8, 2006, págs. 189-195).
- (6) No se debe olvidar el hecho de que, para percibir la categoría moral de la vida biológica humana, es necesario reconocer la importancia que tiene esa vida para las personas como agentes morales; por ello, el rápido desarrollo de las nuevas técnicas de reproducción crea muchas dudas que competen a la naturaleza moral y plantean a la conciencia interrogantes que giran en torno a si todo lo que técnicamente es posible realizar, es igualmente aceptable desde el punto de vista ético. La perspectiva ética es diferente de la legal o jurídica, aunque no por ello no están relacionadas entre sí (vid. M. CASADO BLANCO y M. IBÁÑEZ BERNÁLDEZ, «Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada», en *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 40, 2013, págs. 3-4).
- (7) P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución», en S. NAVAS NAVARRO (dir.), *Iguals y diferentes ante el Derecho Privado*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 465-467.
- (8) La European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE) ha optado por una expresión, a nuestro modo de entender, más correcta: *cross-border reproductive care* (vid. E. FARNÓS AMORÓS, «European Society of Human Reproduction and Embryology. 26th Annual Meeting», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2010, págs. 9-10).
- (9) En particular, se pueden apreciar colisiones jurídico-sociales en el contexto de ciertos países con marcados conflictos internos, y ello ha contagiado al Derecho Internacional Privado: si antes solo ciertos países con un pluralismo social y jurídico muy acentuado debían procurar una solución al conflicto de civilizaciones que se producía en su interior, ahora lo debe hacer el Derecho Internacional Privado (vid. A.-L. CALVO CARAVACA, «El "Derecho Internacional Privado multicultural" y el revival de la ley personal», en *Diario La Ley*, n.º 7847, 2012). Si bien es cierto que, si se materializaran acuerdos internacionales de gestación por sustitución, al Derecho Internacional Privado le corresponderá resolver numerosos problemas derivados de esta nueva filiación [vid. T. STRUYCKEN, «The Netherlands Surrogacy, a New Way to Become a Mother? A New PIL Issue», en K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER y S. SYMEONIDES (ed.), *Convergence and Divergence in Private International Law*. Liber Amicorum Kurt Siehr, Ed.

Eleven International Publishing, La Haya, 2010, pág. 369].

- (10) En cuanto a una posible sanción jurídico-penal que se puede imponer a quienes participan en la práctica de la gestación por sustitución, se encuentra en los arts. 220 y 221 CP (LO 10/1995, de 23 de noviembre), que regulan los supuestos de suposición de parto y alteración de la paternidad. Y, por otro lado, si de modo fraudulento se consiguiera la inscripción de la maternidad a favor de la comitente, podría considerarse que la alteración de la filiación se produce en el momento de inscribirse en el Registro, en concurso con un delito de falsedad en documento público. Para más información acerca de la tipicidad en el ámbito penal, *vid.* F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, 19.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 295-299.
- (11) La monografía ofrece la legislación actual de la UE y de la Convención Europea de Derechos Humanos para determinar cuáles son las obligaciones y posibilidades que rodean la subrogación nacional y transnacional. El estudio concluye que es imposible indicar una tendencia legal en particular a través de la UE, aunque todos los Estados Miembros parecen estar de acuerdo en la necesidad de que el menor debe disponer de unos padres legales y un estatus civil claramente definidos (*vid.* L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO y J. MCCANDLESS, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Ed. European Parliament, Bruselas, 2013, págs. 137-158). Para un estudio pormenorizado de veinticinco ordenamientos jurídicos con sus peculiaridades, efectos y reconocimiento nacional y/o transfronterizo (Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, China, la República Checa, Francia, Alemania, Grecia, Guatemala, Hungría, la India, Irlanda, Israel, México, los Países Bajos, Nueva Zelanda, Rusia, Suráfrica, España, Ucrania, el Reino Unido, los Estados Unidos y Venezuela), *vid.* K. TRIMMINGS y P. BEAUMONT (ed.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2013, págs. 5-410.
- (12) En el Estado italiano, se prohíben todas las formas de subrogación, ya sea comercial o altruista. En los casos resueltos por los Tribunales penales italianos, los jueces excluyen de responsabilidad penal a los padres contratantes que soliciten la inscripción del nacimiento del menor, y ello es justificado con base en el interés superior del niño (*vid.* S. TONOLO, «La trascrizione degli atti di nascita derivanti

da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore», en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 50, n.º 1, 2014, págs. 81-87).

- (13) L. GHEVAERT y R. CABEZA, «Surrogacy, egg donation and assisted reproduction: payments and the conflict of law and policy», en *Family law*, vol. 44, n.º 2, 2014, págs. 216-218. En el citado artículo, se dirime la cuestión relativa a la determinación de qué se entiende por *finés comerciales* por parte de los Tribunales ingleses. Una de las cuestiones que más preocupa a estos es el interés superior del menor, sopesando los principios y valores del ordenamiento jurídico inglés frente al bienestar de los nacidos mediante un contrato de subrogación, decantándose siempre en favor del niño (*vid.* N. GAMBLE y L. GHEVAERT, «International surrogacy: payments, public policy and media hype», en *Family law*, vol. 41, n.º 5, 2011, págs. 506-507).
- (14) El Código Civil mexicano no contiene ninguna prohibición directa en referencia a la subrogación. La práctica de sustitución, en México, está regulada por los códigos civiles y penales de los diferentes estados de la República. En el Distrito Federal, es plenamente admitida dicha técnica, a pesar de que sus efectos jurídicos no han sido regularizados. En cambio, en el Estado de Tabasco, se regula de manera expresa la figura de la maternidad subrogada, incluso aspectos tan importantes como los derechos sucesorios del menor nacido bajo la modalidad de vientre de alquiler (*vid.* C. BAFFONE, «La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 137, 2013, págs. 457-463; A. HERNÁNDEZ RAMÍREZ y J. L. SANTIAGO FIGUEROA, «Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 132, 2011, págs. 1335-1348).
- (15) E. LAMN, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Ed. Universitat de Barcelona. Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2013, págs. 118-181; F. ABELLÁN y J. SÁNCHEZ-CARO, *Bioètica y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*, Ed. Comares, Granada, 2009, págs. 213-215.
- (16) Se considera que en la India hay 200.000 clínicas privadas que ofrecen servicios de reproducción asistida a clientes internacionales. De acuerdo con la legislación india, el conocimiento informado entre las partes es un requerimiento fundamental para la realización de la gestación subrogada. Las partes en el contrato son: la clínica, la pareja (casada o no), la donan-

te de óvulos y la madre subrogante. Las partes firman un acuerdo de subrogación (*a contract between the person/s availing of assisted reproductive technology and the surrogate mother*) y se comprometen a cumplir voluntariamente los términos del contrato de acuerdo con la ley india. Se estima que, en la India, una mujer que alquila su vientre recibe entre 5.000 y 7.000 dólares; para mujeres de bajos recursos e inmensas necesidades, la posibilidad de conseguir medios económicos a través de la gestación subrogada es una oportunidad en la que la voluntariedad se pone en duda por el contexto de pobreza (*vid.* M. AMADOR, «Biológicas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India», en *Revista CS*, n.º 6, 2010, págs. 199-205). Además, también se cuestiona el beneficio que presentan las clínicas a la hora de llevar a cabo la puesta en marcha del vientre de alquiler y las políticas utilizadas por estas en la potenciación de la gestación por sustitución en el marco de una sociedad con altas tasas de pobreza; las madres se enfrentan a la gestación bajo la incertidumbre y el desconocimiento de los riesgos que ello conlleva, solamente con el objetivo de recibir la cuota acordada entre la clínica y la madre gestante (*vid.* K. VORA, «Potential, Risk, and Return in Transnational Indian Gestational Surrogacy», en *Current Anthropology: A World Journal of the Sciences of Man*, n.º extra 7, 2013, págs. 103-105).

(17) Hay autores que piensan que se debe partir de la base que no puede deducirse el carácter contractual de los acuerdos de gestación por sustitución por carecer de objeto y causa lícitos; se trata de una relación de hecho carente de carácter jurídico, cuyas consecuencias solo pueden ser fácticas [*cf.* J. M. ESPINAR VICENTE, «Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado: la gestación de sustitución y el amparo a los actos de fraude ante la Ley», en C. ESPLUGUES MOTA y G. PALAO MORENO (ed.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea: Liber Amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 601]. La problemática de este tipo de acuerdo radica en cuál sea su objeto y el tipo de prestaciones que involucre, puesto que aquellas jurisdicciones que lo admiten entienden que el objeto de este tipo de pactos no es el hijo, sino la prestación de servicios de gestación de la mujer (*vid.* M. M. ALES URÍA ACEVEDO, *El derecho a la identidad en la filiación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 308-311).



- (18) Algunos autores consideran que «no sería cierto que la inscripción en nuestro Registro Civil de hijos naturales por gestación de sustitución no sea contraria a nuestro orden público internacional. Es manifiestamente contrario a la dignidad que nuestra Constitución y nuestra sociedad reconocen a la mujer. Es contraria a los principios básicos de nuestro Derecho». Si bien es cierto que, desde un punto de vista más flexible, es posible acudir al llamado orden público internacional atenuado: opera en situaciones jurídicas que ya han sido creadas en un país extranjero y que ya han producido legalmente sus efectos jurídicos en dicho país, y consiste en que se reconozcan ciertos efectos en España producidos por estas situaciones, sin que se dañe la estructura básica y la cohesión de la sociedad española (cfr. A. S. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2011, pág. 10). Por tanto, no se permite crear en España una situación jurídica con arreglo a una ley extranjera que dañe el orden público internacional español, pero sí que se pueden aceptar efectos periféricos a situaciones creadas en el extranjero con arreglo a ley extranjera, aunque no estén reconocidas en nuestro Derecho (vid. C. CHELIZ, «La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español: situación de la mujer gestante, problemática y efectos», en *Aequalitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, n.º 32, 2013, pág. 35; J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, «Orden público internacional y externalidades negativas», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2065, 2008, págs. 2351-2378).
- (19) S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Surrogacy: Balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa», en S. PELLISÉ (ed.), *La unificación convencional y regional del Derecho Internacional Privado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, págs. 66-68.
- (20) CONFERENCIA DE LA HAYA, *Note préliminaire sur les questions de Droit International Privé concernant le statut des enfants*, documento preliminar n.º 11, de marzo de 2011.
- (21) CONFERENCIA DE LA HAYA, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, documento preliminar n.º 10, de marzo de 2012.
- (22) Un questionnaire à l'intention des Membres de la Conférence de La Haye et autres états intéressés a été diffusé («Questionnaire n.º 1»). Un Questionnaire en ligne à l'intention des praticiens du Droit a été mis à disposition sur ce site («Questionnaire n.º 2»). Un Questionnaire en ligne à l'intention des professionnels de la santé a été mis à disposition sur ce site («Questionnaire n.º 3»). Un Questionnaire en ligne à l'intention des agences de maternité de substitution a été mis à disposition sur ce site («Questionnaire n.º 4»).
- (23) CONFERENCIA DE LA HAYA, *Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet «Filiation/Maternité de substitution»*, documento preliminar n.º 3B, de marzo de 2014.
- (24) CONFERENCIA DE LA HAYA, *Étude sur la filiation juridique et questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, documento preliminar n.º 3C, de marzo de 2014.
- (25) Solo mediante la cooperación internacional se encontraría un equilibrio entre los principios defendidos por los estados y la protección de las personas, particularmente, la del niño. Ahora bien, una respuesta internacional no es fácil de lograr. A nivel general, se podrían tomar como modelo el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, o también el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. Algunos autores se inclinan por la utilización como modelo de este último convenio para poder destacar el respeto al interés superior del niño como valor fundamental; el respeto de los derechos y la dignidad de todas las personas involucradas en el proceso de gestación por sustitución; el rechazo de la comercialización del mismo, así como la normalización de los convenios de maternidad subrogada, incorporando no solo a los organismos facultados, sino también el procedimiento [cfr. H. FULCHIRON y C. BIDAUD-GARON, «L'enfant de la fraude...». Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse», en *Recueil Dalloz*, n.º 15, 2014, págs. 910-911; H. BAKER, «A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There "Lessons" to be Learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention?», en K. TRIMMINGS y P. BEAUMONT (ed.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2013, págs. 411-426]. En relación con el contenido de esa propuesta de nuevo instrumento internacional, tanto de sus principios como de las buenas prácticas a recoger, vid. H. FULCHIRON, «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», en *Journal du Droit International*, n.º 2, 2014, págs. 576-588; K. TRIMMINGS y P. BEAUMONT, «General Report on Surrogacy», en *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulations at the International Level*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2013, págs. 439-550). Aunque la idea es difícil de alcanzar en estos momentos, se está trabajando, en el seno de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, por una solución unificada de carácter universal. En todo caso, la solución sería mucho más fácil a nivel regional, sobre todo en el seno de la UE, donde el propio TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse en favor de otorgar pleno reconocimiento por los Estados Miembros a situaciones válidamente creadas en otro Estado Miembro (asuntos *García Avello*, *Grunking y Paul y Sayn-Wittgenstein*) (vid. H. FULCHIRON, «La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale», en *Journal du Droit International*, n.º 2, 2014, pág. 579). También a nivel regional, pero en el seno de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), se está afrontando la problemática de la madre sustituida extranjera que gesta a bebé contratado por comitentes de otro país y su incidencia en el estado y la capacidad de los menores nacidos de tal técnica reproductiva, así como sus consecuencias en el Derecho de Familia internacional (vid. F. GRANET, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des États Membres de la CIEC*, Ed. CIEC, Estrasburgo, 2014, págs. 4-14).
- (26) S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», en J. J. FORNER DELAY-GUA, C. GONZÁLEZ BELFUSS y R. VIÑAS I FARRÉ (coord.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado*. Liber Amicorum *Alegría Borrás*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 85-86.
- (27) I. HEREDIA CERVANTES, «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVI, fasc. II, 2013, pág. 693.
- (28) El Estado de California constituye el más solicitado para efectuar la contratación de vientres de alquiler, por poseer la legislación más progresista y permisiva del mundo (vid. A.-M. HUTCHINSON, H. KHAN, B. O'LEARY y A. VORZEIMER, «International surrogacy arrangements: between California and England and Wales», en *Family law*, vol. 41, n.º 10,

2011, págs. 1104-1105). El reconocimiento de la filiación que puede resultar de un acuerdo de maternidad subrogada realizado en California no es automático, sino que se requiere que, una vez celebrado, la parte interesada inste el procedimiento judicial conforme a lo dispuesto en la sección 7630 (f) del California Family Code, dirigido a determinar la filiación que pudiera derivarse conforme a la voluntad de las partes expresada en el acuerdo. Este procedimiento, encaminado a confirmar los derechos parentales, pretende establecer la filiación del nacido respecto de los dos miembros de la pareja comitente a partir de una sentencia (*pre-birth judgement*) que declarará la filiación a su favor. El procedimiento también tiene por finalidad extinguir la filiación que se pueda establecer respecto de la madre subrogada y de su marido, si estuviere casada.

- (29) La RDGRN fundamenta el reconocimiento de la doble filiación paterna en las normas que, en sede de filiación adoptiva o derivada de fecundación asistida, ya admiten la doble paternidad o maternidad en el Derecho español. Así, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE n.º 157, de 2 de julio de 2005), al legalizar el matrimonio homosexual, extendió la posibilidad de adopción a las parejas homosexuales casadas y, con ella, la posibilidad de establecer la filiación de un menor a favor de dos hombres o de dos mujeres (*vid.* E. FARNÓS AMORÓS, «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2010, págs. 13-14).
- (30) A. J. VELA SÁNCHEZ, «La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho», en *Diario La Ley*, n.º 8055, 2013. Como indica el autor, la nulidad enunciada del convenio gestacional se justifica en virtud del principio básico de Derecho Civil «*Mater semper certa est*», es decir, la maternidad queda supeditada al parto. Como detalle, cabe apuntar que si se produjera un nacimiento bajo un contrato de maternidad subrogada en territorio español, si la mujer gestante está casada, se atribuirá la paternidad del hijo a su marido, en virtud del apartado 3 del art. 10 LTRHA [*vid.* A. LUNA SERRANO, «Comparación en materia de filiación por reproducción asistida entre los derechos español e italiano», en D. JIMÉNEZ LIÉBANA (coord.), *Estudios de Derecho Civil en*

homenaje al Profesor José González García, Ed. Universidad de Jaén y Thomson Reuters, Jaén y Cizur Menor, 2012, pág. 1277].

- (31) E. RUBIOTORRANO, «Inscripción como hijos de un matrimonio de varones nacidos mediante la gestación por sustitución», en *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, n.º 9, 2011, págs. 11-14.
- (32) S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 10, 2010, págs. 347-354; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 2, 2009, págs. 297-299.
- (33) R. BARBER CÁRCAMO, «La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 739, 2013, págs. 2908-2918; A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, «Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 731, 2012, págs. 1365-1368.
- (34) Para el art. 23 LRC, no es suficiente con que el hecho eventualmente inscribible no sea contrario al orden público, sino que es menester que, además, no infrinja la ley española, y tal y como afirma L. F. Muñoz de Dios Sáez, se transgredió lo dispuesto en el art. 10 LTRHA, siendo esta una norma prohibitiva de lo más explícita (*cf.* L. F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, «El Registro Civil admite el alquiler de vientres», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 27, Septiembre-Octubre 2009, págs. 58-59).
- (35) M. PÉREZ MONGE, «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad», en *Revista de Derecho Privado*, año 94, mes 4, 2010, págs. 55-59; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Hijos "made in" California», en *Aranzadi Civil*, n.º 3/2009, págs. 2117-2119.
- (36) A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, «La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho Internacional Privado español», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, 2014, págs. 189-215. El interés del niño no puede alegarse como paraguas

después de violar la ley, a pesar de que personajes conocidos contraten a madres portadoras en California y se pueda afirmar un «Derecho Civil para ricos» que se materializa en el extranjero y se le da plenos efectos en España (*cf.* T. HUALDE MANSO, «De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada», en *Aranzadi Civil-Mercantil: Revista Doctrinal*, vol. 1, n.º 10, 2012, pág. 46).

- (37) Los recurrentes consideran que la inscripción es una consecuencia periférica del contrato de gestación por sustitución, por lo que no existe incompatibilidad con el ordenamiento jurídico español. Además, estos alegan motivos de discriminación por razón de sexo, puesto que sí es posible la inscripción de la filiación de dos mujeres (*vid.* A. PANIZA FULLANA, «Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 1, Abril 2014, págs. 63-67). *A sensu contrario*, M. J. Parrón Cambero argumenta que la legislación española permite la inscripción de la maternidad a favor de dos mujeres casadas en el art. 7.3 LTRHA, bajo una serie de requisitos, pero la diferencia que impide la discriminación estriba en que se acude a una técnica legal de aportación de material genético masculino, siendo una de las mujeres la madre biológica del menor (*vid.* M. J. PARRÓN CAMBERO, «Ventre de alquiler: *mater semper certa est*, *pater semper incertus est*», en *Diario La Ley*, n.º 8269, 2014). Nos encontramos, por ello, ante una diferencia de trato legal entre hombres y mujeres, pero que, sin embargo, tiene una justificación biológica, pues la madre, por naturaleza, tiene reservado siempre su lugar en la filiación; además, en nuestro Derecho, no cabe renunciar a la maternidad (*cf.* A. SALAS CARCELLER, «Gestación por sustitución», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2014, págs. 14-15).
- (38) La Sentencia es clara y contundente al recoger un concepto de orden público internacional español que considera la gestación por sustitución contraria al mismo. Además, la situación del menor una vez que ha nacido queda totalmente desprotegida, al no reconocerse efectos jurídicos al consentimiento previo irrevocable. Se olvida, como bien se recoge en el inciso final del voto particular de la Sentencia, que «*no hay orden público, si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada*» (*cf.* J. M. de



- TORRES PEREA, «Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014, sobre maternidad por sustitución, desde la perspectiva del interés del menor», en *Diario La Ley*, n.º 8281, 2014).
- (39) La concreción del interés del menor resulta pintoresca, pese a que el TS reconoce que la privación de la filiación a los menores supone un inconveniente, pero que, en todo caso, debe garantizarse el respeto a su dignidad, que se ve menoscabada si se convirtiera en objeto de tráfico mercantil (cfr. I. HEREDIA CERVANTES, «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 54, Marzo-Abril 2014, págs. 45-46).
- (40) En contraposición, A. J. VELA SÁNCHEZ, «El interés del menor como fundamento de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo», en *Diario La Ley*, n.º 8162, 2013, aboga por la admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico del convenio gestacional bajo postulados de índole económico; ello supondría la eliminación de elevados costes para los ciudadanos españoles que en la actualidad no tienen más remedio que acudir a otros estados para llevar a cabo la puesta en marcha de la contratación de un vientre y, además, ante una aceptación, conllevaría una importante inyección económica en España, dado el número tan elevado de potenciales usuarios de este tipo de técnica de reproducción, sin olvidar el efecto llamada respecto de los ciudadanos de otros estados de nuestro entorno.
- (41) Vid. J. A. SEIJAS QUINTANA, «Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler», en *Diario La Ley*, n.º 8363, 2014.
- (42) En favor del interés del menor, se debe aceptar la práctica de la gestación por sustitución, puesto que negar la filiación al menor es situarlo en un «limbo jurídico de difícil solución no solo para el menor, sino también para la sociedad», y se insiste en que nuestro legislador debe tener en cuenta lo dispuesto en el art. 10.1 CE, en el que se declara el derecho al desarrollo de la libre personalidad, incluyéndose ahí el derecho a tener una descendencia directa (cfr. M. SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, «La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014», en *Diario La Ley*, n.º 8293, 2014). *A sensu contrario*, se insiste en que no debería olvidarse que la filiación es materia indisponible, con el objetivo de garantizar y proteger de la mejor manera el interés superior del menor (vid. A. DREYZIN DE KLOR y C. HARRINGTON, «La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?», en *Revista de Derecho de Familia*, Octubre de 2011, págs. 301-331). Si bien es cierto que la conexión entre procreación y libre desarrollo de la personalidad significa reconocer la autonomía de la persona para elegir de manera libre y responsable de entre las variadas opciones vitales, la que sea más acorde a sus preferencias (cfr. J. FLORES RODRÍGUEZ, «Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida», en *Actualidad Civil*, n.º 5, 2014, pág. 544; J. FLORES RODRÍGUEZ, «Gestación por sustitución: la metamorfosis del parentesco», en *La Ley Derecho de Familia*, 14 de julio de 2014).
- (43) La gestación por sustitución no va en contra del orden público de ninguno de los sistemas jurídicos pertenecientes al constitucionalismo contemporáneo: en algunos, está positivamente regulada, como es el caso de California, mientras que en otros, como en España, se trata de desalentarla, con no muy buenos resultados (cfr. M. ATIENZA RODRÍGUEZ, «De nuevo sobre las madres de alquiler», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 27, Septiembre-Octubre 2009, pág. 56).
- (44) El reparo que la sociedad actual opone a la instrumentalización del cuerpo de la mujer, aun cuando sea voluntaria como método para la obtención de una ganancia, constituye un rechazo a las prácticas de técnicas de reproducción asistida; en cambio, la propia sociedad asume la contratación de trabajos que comportan altos niveles de peligrosidad y penosidad y no aprecia un atentado contra la dignidad, a pesar de que la integridad física y la esperanza de vida pueden verse resentidas [cfr. M. TORRALDA ERUZ, «El contrato de gestación por sustitución», en F. LLEDÓ YAGÜE y A. SÁNCHEZ SÁNCHEZ (dir.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, vol. 1, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pág. 618].
- (45) B. GONZÁLEZ MARTÍN, «No inscripción en el Registro Civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 54, Marzo-Abril 2014, págs. 38-40.
- (46) Asunto *Menesson c. France* (n.º 65192/11) y asunto *Abassee c. France* (n.º 65941/11). Para un análisis de los antecedentes jurisprudenciales del asunto *Menesson*, vid. P. LAGARDE, «Cour de cassation (1er Ch. civ.) 17 de décembre 2008», en *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 98, n.º 2, 2009, págs. 320-331.
- (47) Se debe tener en cuenta que la nacionalidad y la filiación son cuestiones unidas una respecto de la otra en lo que se refiere a la identidad de la persona. Es lo que se conoce en Derecho Internacional Privado como *doble espejo*. Así pues, si no está acreditada la filiación del menor nacido en el extranjero de padres españoles, podría producirse la ruptura del «doble espejo» (vid. M. CORERA IZU, «Abandonados, apátridas y sin padres», en *Diario La Ley*, n.º 8345, 2014).
- (48) Con respecto a la legislación francesa y su evolución normativa y reseñas jurisprudenciales, vid. F. MONÉGER, «La gestation pour autrui», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 2, 2010, págs. 233-244.
- (49) Vid. J. FLORES RODRÍGUEZ, «Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa», en *La Ley Derecho de Familia*, 7 de julio de 2014; *Diario La Ley*, n.º 8363, 2014.
- (50) Cfr. A. J. VELA SÁNCHEZ, «Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014», en *Diario La Ley*, n.º 8309, 2014.
- (51) Vid. notas 67 a 69.
- (52) Si se optase por presentar una resolución judicial extranjera que declarase la filiación de un niño nacido de una gestación por sustitución a favor de comitente español, se aplicará lo dispuesto en el art. 96 LRC (vid. J. M. de TORRES PEREA, «Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014, sobre maternidad por sustitución, desde la perspectiva del interés del menor», en *Diario La Ley*, n.º 8281, 2014).
- (53) En contrario, la Sentencia aborda, en primer lugar, la cuestión desde la técnica del reconocimiento, y no desde la del conflicto de leyes, al existir una resolución extranjera que ya determina la filiación conforme a las leyes californianas (vid. M. J. PARRÓN CAMBERO, «Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*», en *Diario La Ley*, n.º 8269, 2014).
- (54) *A sensu contrario*, G. J. CAMARERO GONZÁLEZ, «Notas sobre la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución», en *Diario La Ley*, n.º 7910, 2012.
- (55) En los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en territorio extranjero, obviamente nacido de gestación por sustitución, sin que se presente una resolución que determine la filiación reconocible incidentalmente o por exequatur, el encargado del Registro Civil denegará su inscripción (vid. M. I. de la IGLESIA MONJE, «Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos

- en el extranjero mediante dicha técnica», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 87, n.º 725, 2011, págs. 1674-1676.
- (56) BOE n.º 243, de 7 de octubre de 2010.
- (57) El interés del menor solo tiene sentido si se inserta dentro del contexto legal correspondiente. Si se superpone este principio a lo marcado legalmente, se corre el riesgo de introducir inseguridad jurídica y arbitrariedad. Al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, debe precisarse siempre en atención al caso concreto, pero sin obviar que este concepto solo tiene sentido dentro de la legalidad (vid. A. DURÁN AYAGO, «El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 12, 2012, págs. 275-276).
- (58) BOE n.º 313, de 31 de diciembre de 1990.
- (59) BOE n.º 312, de 29 de diciembre de 2007.
- (60) A. J. VELA SÁNCHEZ, «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler», en *Diario La Ley*, n.º 7608, 2011.
- (61) A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1, 2011, págs. 253-254.
- (62) Cfr. M. P. FERRER VANRELL, «La transgresión del principio de igualdad en la Instrucción de DGRN 5-10-2010, sobre el régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución», en B. VERDERA IZQUIERDO (dir.), *El principio de igualdad ante el Derecho Privado: una visión multidisciplinar*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 37-38.
- (63) J. R. de VERDA Y BEHAMONTE, «Inscripción de hijos nacidos mediante la gestación por sustitución. A propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010», en *Diario La Ley*, n.º 7501, 2010.
- (64) C. LASARTE ÁLVAREZ, «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», en *Diario La Ley*, n.º 7777, 2012: «La Instrucción es contraria a la legislación vigente, técnica y axiológicamente hablando, pues, en realidad, pretende que cuanto la ley excluye sea admisible por vía reglamentaria, resolviendo, aunque solo sea aparentemente, problemas que no deben ser objeto de "ocurrencias ministeriales de urgencia"».
- (65) A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2009, págs. 39-40.
- (66) M. ALBERT MÁRQUEZ, «Los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», en *Diario La Ley*, n.º 7863, 2012.
- (67) Una propuesta, desde nuestra perspectiva, excesivamente rígida, se contiene en el Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, al incluir el párrafo séptimo el art. 44 de la Ley 20/2011, de Registro Civil, en el que se establece que: «En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido, será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur» (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 101-1, 23 de junio de 2014). Parece que esta propuesta de *lege ferenda* no verá la luz en los términos transcritos, puesto que, según nota de prensa del Ministerio de Justicia de 9 de julio de 2014, tras la reunión con la asociación Son Nuestros Hijos, se llegó al compromiso de adaptar la legislación española conforme a las pautas interpretativas contenidas en los asuntos *Mennesson* y *Abassee* (STEDH de 26 de junio de 2014) (vid. nota 46). Por el momento, el Centro Directivo ha emitido un Informe, de fecha 11 de julio de 2014, que tiene como destinatarios a los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, en relación con el régimen registral de la filiación de los nacidos fuera de España mediante gestación por sustitución, tras la STS de 6 de febrero de 2014, que rechazaba dicha inscripción. Según dicho Informe, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles, sin que la STS de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo

legal para ello, «con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en la materia a fin de dotarla de mayor seguridad jurídica». En el punto V del Informe, el Centro Directivo matiza que «la Instrucción, como recoge su Preámbulo, incorpora la doctrina consolidada del Tribunal Supremo. De acuerdo con esta doctrina, serán de aplicación los arts. 954 y siguientes de la LEC 1881, en virtud de los cuales será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el art. 955 de la LEC 1881 tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. No obstante, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones que su inscripción no queda sometida al requisito del exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción. Por tanto, si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el exequátur de esta de acuerdo con lo establecido en la LEC. Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España como requisito previo a su inscripción». Y en el fundamento VI se añade que: «En estos supuestos en que se admite el reconocimiento, a fin de garantizar la ejecución de la correspondiente sentencia judicial extranjera en España a través de su inscripción en el Registro Civil español, tenga lugar de forma incidental en el propio trámite de calificación por parte del encargado del Registro, dicho control incidental deberá constar, conforme a la directriz primera núm. 3 de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, los siguientes extremos: "a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubiesen presentado. b) Que el tribunal de origen hubiese basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se hubiese producido una vulneración



del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia, y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que este hubiera transcurrido sin que quien tenga reconocida facultad de revocación la hubiera ejercitado». Y, por último, en el fundamento VII se matiza que: «Por el contrario, en los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por exequátur, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados por el art. 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción, y arts. 764 y siguientes de la LEC, ya que, conforme a la directriz segunda de la misma Instrucción: “Segunda.—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”».

- (68) Cfr. A. SALAS CARCELLER, «El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 10, 2011, págs. 12-13.
- (69) A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCO-SA GONZÁLEZ, «Eficacia extraterritorial de decisiones: conceptos generales», en *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 14.^a

ed., Ed. Comares, Granada, 2013, págs. 536-541; L. BONILLO GARCÍA, «El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución», en *Diario La Ley*, n.º 8070, 2013.

- (70) Cfr. F. RAMÓN FERNÁNDEZ, «La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos», en *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, n.º 6, Marzo 2014, págs. 47-48.
- (71) Se presenta como una alternativa a la adopción, si bien, frente a esta, supone la posibilidad de ser padre de un bebé sanitariamente controlado, al que se tiene acceso desde el primer momento y que, en la mayoría de los casos, porta material genético propio (vid. J. CERDÁ SUBIRACHS, «La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN», en *Abogados de Familia*, n.º 60, segundo trimestre de 2011).
- (72) R. SÁNCHEZ ARISTI, «La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos», en *Humanitas*, n.º 49, Abril 2010, págs. 28-30.
- (73) Como de todos es bien sabido, la admisibilidad de la adopción en nuestro ordenamiento jurídico no constituye vulneración del orden público español, puesto que, si no se ven afectados los arts. 10.1, 15 y 39.2 (entre otros) CE, dicha figura no dañará los principios y valores fundamentales de la legislación española; por eso siempre se han de distinguir los supuestos aceptables de los que no lo son, y así evitar la generalidad y acercarnos a lo más justo para cada situación (vid. K. TRIMMINGS y P. BEAUMONT, «International surrogacy arrangements: An urgent need for legal regulation at the international level», en *Journal of Private International Law*, n.º 7, 2011, págs. 627-647).

- (74) M. GUZMÁN ZAPATER, «Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: Hacia un modelo de regulación (Sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 10, 2010, pág. 742.
- (75) P. de BARRÓN ARNICHES, «La posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los nacidos en el extranjero de una madre de alquiler», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 31, 2009, págs. 40-41.
- (76) Cfr. E. CORRAL GARCÍA, «El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 38, 2013, págs. 62-63.
- (77) Por ahora, esta mantiene su aplicabilidad (puesta en entredicho por la jurisprudencia del TS). En este sentido, la DGRN en el Informe emitido el 11 de julio de 2014 (vid. nota 67). El Centro Directivo se pronuncia en los siguientes términos: «Visto el conjunto de consideraciones jurídicas, precedentes y razonamientos jurídicos, este Centro Directivo acuerda resolver la presente consulta en el sentido de afirmar que, en el estado legislativo y jurisprudencial actual, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación, en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello. Y todo ello con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2001, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en materia a fin de dotarla de mayor seguridad jurídica».



Editorial

- Nueva relevancia de la forma, control *ex ante*, pólizas y escrituras públicas
Ángel Serrano de Nicolás 4



Tribuna

- La actualidad del Libro Sexto del Código Civil de Cataluña
Antoni Mirambell i Abancó 7
- Lamentaciones de un Notario ante la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre «cláusulas suelo»
José Javier Cuevas Castaño 11
- El Notario como centro de gravedad del sistema de seguridad jurídica preventiva
José Alberto Marín Sánchez 13
- El Estado frente a la función notarial. Análisis crítico de la legislación, jurisprudencia y doctrina de la DGRN en el período 2012-2014
Joan Carles Ollé Favaró 15



Entrevista

- «Nuestro sistema de notariado latino es el mejor»
Daniel-Sédar Senghor 21
- «La asignación de la gestión del Registro Civil a los registradores mercantiles es un error»
Rafael Lara Hernández 27



Doctrina

- Existir, estar y ser de las uniones estables de pareja
Josep M.ª Fugardo Estivill 32
- Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?
Aurelia Álvarez Rodríguez y David Carrizo Aguado 59



Práctica

- Reflexiones sobre la condición: a propósito de una compraventa de suelo urbano sujeta a la condición disolutiva de llegar a ser solar
José Luis del Moral Barilari 76
- El Reglamento de Blanqueo de Capitales y la actuación notarial
Antonio Ángel Longo Martínez 84
- Control notarial del certificado de eficiencia energética y de la licencia de primera ocupación
José Javier Cuevas Castaño 98



Internacional

- Una aproximación al Reglamento 650/2012(l): la *professio iuris*
Elisabeth García Cueto 104



Sentencias

- Reseña de las principales sentencias del Tribunal Supremo
Redacción Wolters Kluwer 116
- Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
Redacción Wolters Kluwer 127

LaNotaria

Número 2 | 2014

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

Las sentencias del Tribunal Supremo frente a la función notarial

In Memoriam: José Félix Belloch,
Líder Notarial

«Nuestro sistema de notariado latino
es el mejor»

Entrevista a Daniel-Sédar SENGHOR
Presidente de la Unión Internacional del Notariado

«La asignación de la gestión del Registro Civil
a los registradores mercantiles es un error»

Entrevista a Rafael LARA HERNÁNDEZ
Presidente del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales

TRIBUNA

Antoni Mirambell Abancó
José Javier Cuevas Castaño
José Alberto Marín Sánchez
Joan Carles Ollé Favaró

DOCTRINA

Existir, estar y ser de las uniones
estables de pareja
Tratamiento legal del contrato de gestación por
sustitución en el Derecho Internacional Privado
español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014

PRÁCTICA

Reflexiones sobre la condición: a propósito de una
compraventa de suelo urbano sujeta a la condición
disolutoria de llegar a ser solar
El Reglamento de Blanqueo de Capitales
y la actuación notarial
Control notarial del certificado de eficiencia
energética y de la licencia de primera ocupación