



**Trabajo de Fin de Master**

**UN FUTURO INCIERTO PARA LOS  
NIÑOS NACIDOS EN VIRTUD DEL  
CONTRATO DE GESTACIÓN  
SUBROGADA**

*Presentado por:*

**Magali Casanova Pauner**

*Tutor/a:*

**Iciar Cordero Cutillas**

**Master Universitario en Abogacía**

Curso académico 2019/20  
Fecha de defensa: Enero 2020

## **Resumen**

En la actualidad, a la luz de la reciente Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, una gran parte de españoles que han celebrado contratos de gestación subrogada en Ucrania se han quedado atrapados al no poder regresar a España por no reconocerles la filiación de esos bebés. Así, el presente estudio tiene por objeto el análisis de un caso práctico que gira en torno a la celebración de un contrato de gestación subrogada en Ucrania por una pareja de españoles, añadiendo la sobrevenida crisis familiar de la pareja durante la gestación del bebé y la consiguiente renuncia de la filiación por el padre.

El trabajo analizará por un lado los obstáculos existentes a la hora de ver reconocida la filiación en nuestro país, en particular la legislación, la doctrina y la jurisprudencia española dictada al efecto. A continuación se expondrán las posibles soluciones jurídicas al supuesto de hecho planteado teniendo en cuenta en todo caso la protección del interés superior del menor.

## **Palabras clave**

Gestación subrogada, crisis familiar, filiación, interés superior del menor, inseguridad jurídica, turismo reproductivo.

# ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS UTILIZADAS.....</b>	<b>3</b>
<b>1.- INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>5</b>
1.1.- Planteamiento y justificación del problema.....	5
<b>2.- PRESUPUESTOS PROBLEMÁTICOS DEL CASO.....</b>	<b>6</b>
2.1.- Tratamiento normativo en el derecho comparado: en particular en Ucrania y en España .....	7
2.1.1.- Regulación de la gestación por sustitución en Ucrania .....	7
2.1.2.- Tratamiento normativo de la gestación subrogada en España .....	9
2.1.2.1.- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida .....	9
2.1.2.2.- Determinación de la filiación en España .....	11
2.1.2.3.- Reconocimiento en España de la filiación de niños nacidos mediante gestación subrogada .....	14
2.1.2.3.1.- Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.....	15
2.1.2.3.2.- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010 .....	16
2.1.2.3.3.- Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 .....	17
2.1.2.3.4.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 .....	18
2.1.2.3.5.- Sentencia de 6 de febrero de 2014 del Tribunal Supremo .....	18
2.1.2.3.6.- Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 ...	20
2.1.2.3.7.- Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019 revocada por la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 .....	22

<b>3.- POSIBLES SOLUCIONES JURÍDICAS.....</b>	<b>24</b>
3.1.- Determinación de la filiación en la gestación por sustitución, ¿Un tercer tipo de filiación? .....	24
3.2.- Reconocimiento de complacencia .....	27
3.3.- Contrato de gestación por subrogación .....	29
3.4.- ¿La adopción como última alternativa? .....	32
<b>4.- CONCLUSIONES .....</b>	<b>33</b>
<b>5.- BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>36</b>
<b>6.- JURISPRUDENCIA DESTACADA .....</b>	<b>40</b>
<b>7.- LEGISLACIÓN.....</b>	<b>41</b>
<b>8.- DOCTRINA DE LA DGRN .....</b>	<b>42</b>

## ABREVIATURAS UTILIZADAS

ADN .....	Ácido Desoxirribonucleico
Art (Arts.) .....	Artículo (s)
As .....	Asunto
ATS .....	Auto del Tribunal Supremo
B.O.E .....	Boletín Oficial del Estado
CC .....	Código Civil
CDN .....	Convención de los Derechos del Niño
CE .....	Constitución Española
CEDH .....	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Coord .....	Coordinador
CP .....	Código Penal
DIPr .....	Derecho Internacional Privado
Dir .....	Director
DGRN .....	Dirección General de los Registros y del Notariado
Ed .....	Editorial
FD .....	Fundamento de Derecho
LEC .....	Ley de Enjuiciamiento Civil
ss .....	Siguientes
LRC .....	Ley sobre el Registro Civil
LTRHA .....	Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida
MF .....	Ministerio Fiscal
cit .....	Citada
p. (pp.) .....	Página (s)
núm .....	Número
RDGRN .....	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
rec .....	Recurso
RRC .....	Reglamento para la aplicación del Registro Civil
SAP .....	Sentencia de la Audiencia Provincial

STEDH .....	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS .....	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ .....	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TEDH .....	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRHA .....	Técnicas de reproducción humana asistida
TS .....	Tribunal Supremo
TSJ .....	Tribunal Superior de Justicia
Vol .....	Volumen
Vs .....	Versus

## **1.- INTRODUCCIÓN.**

### **1.1.- Planteamiento y justificación del problema.**

El presente Trabajo de Final de Máster tiene por objeto el análisis de un caso práctico planteado a la luz de la problemática que gira en torno al contrato de gestación subrogada, y los problemas que se pueden suscitar en un futuro ante la falta de una regulación unánime a nivel internacional. El supuesto de hecho planteado es el siguiente:

Un matrimonio de españoles, formado por un hombre y una mujer, ante su deseo de ser padres así como la imposibilidad de la mujer de lograr la gestación debido a su infertilidad, deciden contratar un vientre de alquiler en Ucrania. A efectos de llevarlo a cabo se pusieron en contacto con una agencia ucraniana para proceder a la formalización del contrato de gestación subrogada. Los comitentes viajaron hasta Ucrania en agosto de 2018 para firmar el contrato y aportar los gametos del marido.

Desde que empezaron los problemas de infertilidad de la mujer así como el anhelo de la misma de ser madre a toda costa, la pareja entró en crisis, lo que desembocó en su divorcio en octubre de 2019, esto es, antes de que la madre gestante diese a luz.

En mayo de 2019 la mujer gestante dio a luz, siendo la madre intencional la única que viajó a Ucrania. La mujer una vez llegó a Kiev, se encontró con una dramática situación. La madre gestante había renunciado a la filiación del menor en el contrato suscrito, y su exmarido, siendo el que aportó el material genético, no quería reconocer la filiación del bebé ni hacerse cargo del mismo. Ante este escenario, la madre intencional únicamente tenía en sus manos el contrato de gestación, así como el certificado ucraniano en el que se determinaba la filiación del menor a su favor y al de su exmarido. La madre comitente se dirigió al Consulado español de Kiev aportando la documentación y explicando la situación a efectos de inscribirlo como su hijo y traerlo con ella a Es-

paña. Ahora bien, en el momento en que ésta se dirigió al Consulado español no se le permitió regresar a España con el bebé argumentando la prohibición del contrato de gestación subrogada en España, así como la falta del cumplimiento de los requisitos previstos en la Instrucción vigente a la fecha de la DGRN de 18 de febrero de 2019.

Una vez expuesto el caso, este trabajo se estructurará en dos bloques:

En el primer bloque pondré de manifiesto los problemas que el supuesto de hecho plantea. Uno de ellos es la diferente respuesta jurídica que otorgan los Estados a la gestación subrogada, puesto que como sucede en el caso y en la realidad, es un hecho que la prohibición de la maternidad subrogada en algunos países como España, no impide que las familias recurran a esta técnica a efectos de satisfacer su deseo de ser padres, dando lugar al fenómeno conocido como “turismo reproductivo”<sup>1</sup>. El problema por lo tanto reside en cómo inscribir la filiación del menor en el país de destino; en particular en cómo la madre comitente puede acreditar que ese bebé es suyo ante la falta de vínculo biológico, teniendo en cuenta tanto la jurisprudencia como los pronunciamientos de la DGRN sobre la materia.

A efectos de otorgar una respuesta a la madre comitente, el segundo bloque irá dirigido a la proposición de las salidas jurídicas que la misma podría tener ante la situación de desamparo que se encuentran tanto ella como el bebé, ponderando los diversos intereses y derechos que entran en juego a efectos de buscar un equilibrio entre los mismos y siempre sobre la base de la protección del interés superior del menor.

## **2.- PRESUPUESTOS PROBLEMÁTICOS DEL CASO.**

El caso planteado suscita diferentes problemas que es necesario dilucidar. El diferente tratamiento normativo otorgado por los Estados al contrato de gesta-

---

<sup>1</sup> HERMIDA BELLOT, B., <<Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, La Conferencia de derecho internacional privado del Haya, y el Comité de los Derechos del Niño>>, Revista Crítica del Derecho Inmobiliario, núm. 767, mayo-junio, 2018, pp. 1194-1230., en p. 1195.



ción subrogada conduce a una situación de incertidumbre jurídica que afecta a los intereses y derechos de las partes intervinientes. A efectos de poder analizar el caso hay que tomar en consideración la regulación de la maternidad subrogada a nivel internacional para poder comprender la respuesta jurídica que cada Estado otorga a su ordenamiento jurídico interno<sup>2</sup>. En particular expondré la regulación jurídica del país de origen de los padres comitentes, España, así como la del lugar de celebración del contrato de gestación subrogada, Ucrania.

## **2.1.- Tratamiento normativo en el derecho comparado: en particular en Ucrania y en España.**

### **2.1.1.- Regulación de la gestación por sustitución en Ucrania.**

Ucrania<sup>3</sup> es uno de los países que ha optado por una regulación favorable al contrato de gestación subrogada, tanto en su modalidad altruista como comercial, además es uno de los destinos más demandados por los españoles debido a su económico precio<sup>4</sup>.

La pareja de nuestro caso, como muchos otros españoles, eligió Ucrania para celebrar el contrato de gestación por subrogación a efectos de poder tener un bebé ya que las leyes ucranianas, tanto el Código de Familia como las Órdenes 24, 771 y 787 del Ministerio de Salud permiten la realización de esta técnica.

El art. 123.2 del Código de Familia ucraniano entiende que los padres legales del embrión generado por los cónyuges cuando es transferido a otra mujer son los padres de intención y no la madre gestante. El apartado 3 del citado precepto ofrece la posibilidad a los cónyuges de llevar a cabo la fecundación in

---

<sup>2</sup> SERRA ALCEGA, M., <<Reconocimiento de la maternidad subrogada en el Derecho internacional privado español>>, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 32, junio, 2015, pp. 285-296., en p. 286.

<sup>3</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O., *La gestación para otros: Una reflexión jurídico-constitucional sobre conflicto entre deseos y derechos*, ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2018, p. 109.

<sup>4</sup> Recuperado de *Gestlife surrogacy*: <https://gestlifesurrogacy.com/legislacion-en-ucrania-de-la-gestacion-subrogada/>; última consulta: 27 de agosto de 2019.

vitro con ovocitos donados, entendiendo de igual modo que el embrión procede de los padres comitentes. De modo que a la luz de lo dispuesto en el Código de Familia, en Ucrania desde el momento que los padres comitentes prestan su consentimiento, formalizando el contrato, con la consiguiente renuncia de la madre gestante, se considera que son los padres legales del embrión ejerciendo la patria potestad sobre el mismo<sup>5</sup>.

Las leyes ucranianas son propicias a la gestación subrogada hasta el punto que los padres comitentes pueden llegar a elegir el sexo del bebé. Otro aspecto a destacar del Código de Familia ucraniano es que la madre gestante no posee ningún derecho sobre el nasciturus, ya que ni siquiera figura el nombre de la misma en el certificado de nacimiento<sup>6</sup>. En cualquier caso hay que tener en cuenta los requisitos establecidos en Ucrania para poder llevar a cabo la gestación por subrogación, ya que solo se permite para parejas heterosexuales casadas, debiendo aportar una de las partes al menos el material genético y la otra un certificado médico que acredite la imposibilidad de tener un hijo de forma natural<sup>7</sup>. Esos requisitos se encuentran previstos en las Órdenes del Ministerio de Salud, así la Orden 24 establece los requisitos para poder ser madre subrogada, la Orden 787 reúne una serie de requisitos médicos respecto de los padres intencionales, en particular, respecto de la mujer que acredite la imposibilidad de llevar a cabo el embarazo, y la Orden 771 es la que se encarga de disponer que para que se lleve a cabo la gestación subrogada se debe efectuar un contrato entre los padres intencionales y la madre gestante; ese contrato junto con el certificado médico de la clínica servirán de base para la inscripción en el Registro Civil de la filiación de los padres comitentes como padres biológicos<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Recuperado de *Maternidad subrogada en Ucrania*: <http://surrogacy-ukraine.com/index-esp.php>; última consulta: 27 de agosto de 2019.

<sup>6</sup> VILAR GONZÁLEZ, S., <<Situación actual de la gestación por sustitución.>>, Revista de Derecho de la UNED, núm. 14, 2014, pp. 897-934., en pp. 906-907.

<sup>7</sup> Recuperado de *Gestlife surrogacy*: <https://gestlifesurrogacy.com/legislacion-en-ucrania-de-la-gestacion-subrogada/>; última consulta: 27 de agosto de 2019.

<sup>8</sup> Recuperado de *Universal surrogacy*: <http://www.universalsurrogacy.com/panorama-legal/en-ucrania/>; última consulta: 21 de septiembre de 2019.

En relación con lo anterior, en el momento de formalizar el contrato, tanto los padres comitentes como la madre gestante cumplían con los requisitos exigidos al efecto.

Por otro lado, y al margen de la crisis de pareja antes del parto, con la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 relativa a la inscripción de la filiación de los menores nacidos por gestación subrogada en el Registro Civil español, se exige una sentencia judicial que determine la filiación en los contratos de gestación por sustitución, presupuesto que no contempla Ucrania, y problema que ha de afrontar la madre comitente para poder traer consigo a su anhelado bebé<sup>9</sup>.

## **2.1.2.- Tratamiento normativo de la gestación subrogada en España.**

### **2.1.2.1.- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.**

Los padres intencionales son españoles, y dado que la madre intencional pretende inscribir la filiación en España, analizaré su regulación en nuestro ordenamiento jurídico. En España la maternidad subrogada se regula en art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida<sup>10</sup>.

Del art. 10.1 LTRHA podemos extraer que nuestro ordenamiento jurídico declara la nulidad de pleno derecho del contrato en cualquiera de sus modalidades, ya sea comercial o altruista, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Este apartado se limita a declarar la nulidad del contrato de gestación por sustitución sin establecer tal y

---

<sup>9</sup> JIMÉNEZ BLANCO, P., <<La "crisis" de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (Comentario de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)>>, Revista electrónica de estudios internacionales, núm. 37, junio, 2019, pp. 24-31., en p. 24.

<sup>10</sup> Art. 10 de la LTRHA "1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales."

como dispone Pertusa Rodríguez si se trata de una nulidad de tipo formal o material<sup>11</sup>. Así nuestro legislador no argumenta el fundamento de tal prohibición ni tiene en cuenta las diversas modalidades de esta práctica; dejando así en manos de la jurisprudencia y la doctrina su interpretación.

En cualquier caso algunos autores han manifestado que la base sobre la que se asienta tal prohibición se debe por un lado al objeto del contrato puesto que se entiende que la capacidad generativa o el vientre de una mujer es indisponible y por ende se encuentra fuera de comercio (Art.1271 CC<sup>12</sup>); y a la causa del contrato, en tanto que es ilícita y contraria a la moral y a las leyes (Art.1275 CC<sup>13</sup>)<sup>14</sup>. De modo que para el ordenamiento jurídico español el contrato de maternidad subrogada es contrario a la moral y a las buenas costumbres, de ahí su prohibición.

A renglón seguido, el apartado 2 del citado precepto legal regula la determinación de la filiación en los supuestos de maternidad subrogada, atribuyendo la filiación del menor a la madre gestante.

Finalmente, el legislador zanja el tema de la maternidad subrogada otorgando -en el apartado 3 del art. 10 de la LTRHA- una posibilidad al padre comitente, en caso de haber aportado su material genético, de ejercitar la acción de reclamación de la paternidad, de conformidad con el art. 131 y ss. del CC y el art. 764 y ss. de la LEC.

---

<sup>11</sup> PERTUSA RODRÍGUEZ, L., <<Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho Internacional Privado>>, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 10, núm. 2, octubre, 2018, pp. 597-614., en p. 600.

<sup>12</sup> Art. 1271 CC "Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres".

<sup>13</sup> Art. 1275 CC "Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral".

<sup>14</sup> LEONSEGUI GUILLOT, R.A., <<La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo>>, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. 7, 1994, pp. 317-338., en p. 334.

A diferencia de otros países, en España, como hemos dicho se prohíbe la gestación subrogada con la consiguiente nulidad del contrato, pero sin que lleve aparejada una sanción penal automática. En el ámbito penal las penas que podrían imponerse serían las previstas en los arts. 220 y 221 CP<sup>15</sup> relativas a los supuestos de suposición de parto y alteración de la paternidad. De modo que solo incurriría en delito quién llevase a cabo la conducta delictiva tipificada en los artículos precedentes.

Atendiendo a lo dicho -con anterioridad- la prohibición de la maternidad subrogada en España no impide su realización en otros países, prueba de ello es la multitud de contratos de gestación subrogada celebrados por nacionales en el extranjero, así el problema se centra en el reconocimiento de aquellas filiaciones reconocidas en el país de destino y que se pretenden inscribir en el Registro Civil español<sup>16</sup>.

#### **2.1.2.2.- Determinación de la filiación en España.**

En este primer bloque del trabajo relativo a los obstáculos con los que se encuentra la madre comitente considero pertinente tratar la regulación jurídica de

---

<sup>15</sup> Art. 220 CP "1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años. 2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación. 3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años. 4. Los ascendientes por naturaleza o por adopción que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además de con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente por tiempo de cuatro a diez años. 5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año".

Art. 221 CP "1. Los que, mediando compensación económica entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero. 3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos, En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años."

<sup>16</sup> PERTUSA RODRÍGUEZ, L., <<Dimensión consular de la gestación por sustitución...>>, cit., p. 601.

la filiación. La filiación según Martínez de Aguirre “es el vínculo jurídico que existe entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo”<sup>17</sup>. Por lo tanto, al hablar de filiación nos referimos a la constatación legal de un vínculo, en principio biológico, de los padres/madres con los hijos. La determinación de la filiación es esencial puesto que por un lado determina quienes están obligados a asumir las obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad y de la prestación de alimentos; y, por otra parte, es un derecho del menor ya que determina su nacionalidad, identidad, los apellidos así como los derechos sucesorios. En ese sentido y atendiendo a nuestro caso debemos establecer la ley que determinará la filiación de ese recién nacido a efectos de garantizar la protección del mismo en base al art. 7 de la CDN<sup>18</sup>.

En el escenario de nuestro caso, dado que la gestación ha tenido lugar en Ucrania y los padres comitentes son de origen español debemos atender al art. 9.4 del CC a efectos de determinar la ley aplicable a la filiación en un asunto de DIPr. español<sup>19</sup>. Dicho precepto establece tres puntos de conexión en cascada para la determinación de la ley aplicable, a saber: la residencia habitual del hijo (entendiendo por tal la del momento de ejercitar la acción judicial ante los tribunales españoles); a falta de la residencia habitual o en caso de que ésta no permitiese la determinación de la filiación, será la de la ley nacional del menor; y en defecto de ambos la ley material española. Sin embargo este precepto no da respuesta a la variabilidad de supuestos que puedan tener lugar en los casos de gestación subrogada sobre todo en los que la residencia habitual del menor no coincida con el territorio donde se llevo a cabo la gestación<sup>20</sup>. Si bien,

---

<sup>17</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., <<La filiación>> en C. Martínez de Aguirre y Aldaz (Coord.), *et alii.*, Curso de Derecho Civil: Derecho de Familia, Vol. IV, 5ª Edición, ed. Edisofer, S.L., Madrid, 2016, pp. 321-352, en p. 321.

<sup>18</sup> Art. 7.1 CDN “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

<sup>19</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., <<La filiación natural>>, en A.L., Calvo Caravaca (dir.), J., Carrascosa González (dir.), Derecho Internacional Privado, Decimosexta Edición, ed. Comares, Granada, 2016, pp. 349-407, en p. 352.

<sup>20</sup> VAQUERO LÓPEZ, C., <<La denegación del acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015>>, Revista Aranzadi Doctrinal, ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, núm. 4, 2015, en Base de Datos Aranzadi [BIB: 2015\982].

en cualquier caso el art. 17.1 a) del CC establece la nacionalidad española de los nacidos de padres o madres españoles sin necesidad de reconocimiento formal que lo acredite<sup>21</sup>. En nuestro caso el padre comitente es español, de modo que aunque no quiera reconocer a ese niño genéticamente es suyo, siendo de aplicación la ley española.

En relación con lo anterior debemos atender a la determinación de la filiación en España puesto que es la que regirá en nuestro supuesto; nuestro ordenamiento jurídico regula en el art. 108 CC dos tipos de filiación: por naturaleza (pudiendo ser matrimonial o no matrimonial) y por adopción, reconociendo los mismos efectos a ambas.

La filiación por naturaleza, a diferencia de la adoptiva, pone el acento en el vínculo biológico, real o presunto. Así, la maternidad en España vendrá determinada por el parto, por ende se sigue el axioma romano "*mater semper certa est*". Este principio se estableció cuando únicamente existía un modelo de familia tradicional, partiendo de la base de que el elemento biológico, el genético y el intencional concurrían en la misma mujer. Ahora bien, más dudas se han creado en cuanto a la determinación de la filiación respecto al sexo masculino, de ahí que el CC regule los medios de determinación de la filiación (Arts. 115 a 120 del CC), diferenciando entre la filiación matrimonial y la no matrimonial, que aunque los efectos sean los mismos los cauces a través de los que se determina la filiación son distintos<sup>22</sup>.

Una vez puestas de manifiesto las disposiciones generales en cuanto a la determinación de la filiación, habría que tomar en consideración la determinación de la misma en los casos de maternidad subrogada.

En cuanto a la maternidad, tal y como se ha establecido en el apartado anterior, el art. 10.2 LTRHA determina que la madre legal en los supuestos de ges-

---

<sup>21</sup> CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., <<Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009>>, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 1, núm. 2, octubre, 2009, pp. 294-319., en p. 296.

<sup>22</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., <<La filiación>>, cit., pp. 332-336.

tación por subrogación es la madre gestante. El citado precepto sigue las reglas generales establecidas para la maternidad en el CC. Así, el legislador en sendos casos sigue el criterio de la verdad biológica, pero no entendiendo biología con genética, sino que lo biológico es el hecho del parto. De modo que no tiene en consideración ni el material genético aportado ni la renuncia previa de la madre gestante a cualquier vínculo con el menor<sup>23</sup>.

En la determinación de la paternidad la situación es diferente ya que no es predecible respecto del sexo masculino el hecho del parto. En el supuesto de que la mujer gestante estuviese casada entraría en juego el art. 116 CC en cuanto a la filiación matrimonial, considerándose hijo del marido, pudiendo impugnarla a través del art. 136 CC. En cualquier caso, y dado que el padre comitente aportó el material genético podría ejercitar la acción de paternidad del art. 10.3 LTR-HA prevista para supuestos de gestación subrogada como el de nuestro caso<sup>24</sup>.

La madre comitente tiene un problema a la hora de ver determinada su filiación, ya que, no puede acreditar la filiación mediante el parto puesto que no dio a luz, ni tampoco el vínculo genético ya que es estéril. Además de todo esto, su ex-marido ni siquiera se plantea el reconocimiento de ese hijo. En este contexto, ¿Habría que tomar en cuenta la voluntad de esa mujer a efectos de ver determinada la filiación en España?

### **2.1.2.3.- Reconocimiento en España de la filiación de niños nacidos mediante gestación subrogada.**

Una vez expuesta la legislación del país de origen y de destino, hay que tomar en consideración tanto las resoluciones de la DGRN como de la jurisprudencia, que de forma paralela, aunque en sentido distinto, se han ido pronunciando sobre la inscripción de las relaciones de filiación derivadas de contratos de ges-

---

<sup>23</sup> HUALDE MANSO, T., <<De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada>>, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, núm. 10, 2012, en Base de Datos Aranzadi [BIB: 2012\132].

<sup>24</sup> HUALDE MANSO, T., <<De nuevo sobre la filiación...>>, cit.,.



tación subrogada en el Registro Civil español<sup>25</sup>; de modo que se llega a reconocer lo que la ley prohíbe<sup>26</sup>.

#### **2.1.2.3.1.- Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009<sup>27</sup>.**

La RDGRN de 18 de febrero de 2009 tuvo su origen en el recurso planteado por una pareja homosexual española casada ante el Registro Consular de los Ángeles. El problema surgió cuando el Encargado del Registro Civil Consular español de los Ángeles mediante auto de 10 de noviembre de 2008 les denegó la inscripción solicitada a pesar de haber aportado el certificado de nacimiento expedido por las autoridades de California en el que constaba la filiación biológica de los mismos respecto de los menores. Los argumentos que llevaron a denegar la inscripción fueron: 1) Que el contrato de gestación por sustitución estaba prohibido en España; 2) Que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución venía determinada por el parto; todo ello en base al art. 10 apartado 1 y 2 de la LTHRA. De modo que no se cumplían los requisitos exigidos por el art. 23 de la LRC<sup>28</sup>, esto es la conformidad con la ley española y el de la realidad del hecho inscrito.

La DGRN estimó el recurso presentado por la pareja, procediendo así a la inscripción de la filiación y a la consiguiente revocación del auto denegatorio de la misma. Los argumentos que llevaron al Centro Directivo a proceder a la inscripción es que en los casos en los que se presentase una certificación registral extranjera, el objeto de debate no era el "Derecho aplicable a la filiación" sino la validez extraterritorial de decisiones extranjeras. De modo que al tratarse de un asunto con un elemento extranjero era de aplicación el DIPr., en particular el

---

<sup>25</sup> HEREDIA CERVANTES, I., <<La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución>>, Anuario de Derecho Civil, núm. L.XVI-II, abril, 2013, pp. 687-715., en p. 693.

<sup>26</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O., <<La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos>>, Revista de Derecho Político, núm.99, mayo-agosto, 2017, pp. 79-120., en p. 90.

<sup>27</sup> RDGRN de 18 de febrero de 2009 [RJ 2009\1735].

<sup>28</sup> Art. 23 de la LRC "También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española".

art. 81 del RRC, dejando a un margen tanto las normas de conflicto, el art. 9.4º del CC así como la ley de fondo española, la LTRHA<sup>29</sup>.

La DGRN aplicando el art. 81 RRC<sup>30</sup> consideró que la certificación registral extranjera era título bastante para permitir la inscripción, ya que se trataba de un documento público emitido por una autoridad competente al efecto, y por ello no se alteraba el orden público internacional español.

El Centro Directivo tuvo en cuenta la protección del interés superior del menor, cumpliendo con en el art. 3 de la CDN<sup>31</sup>. La DGRN entendió que se debía proceder a la inscripción de los menores garantizándoles de este modo su derecho a una identidad única válida en todos los países, ya que el interés de los menores debía prevalecer sobre cualquier otro cómo podía ser el orden público internacional español que entendió que no se infringía en ningún caso con la inscripción de la decisión extranjera que reunía los requisitos del citado art. 81 del RRC.

#### **2.1.2.3.2.- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010<sup>32</sup>.**

Posteriormente, el Ministerio Fiscal impugnó la citada resolución alegando el principio de legalidad y el orden público. La demanda interpuesta fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia en la sentencia de 15 de septiembre de 2010.

---

<sup>29</sup> ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, N., CARRIZO AGUADO, D., <<Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?>>, La Notaría-Boletín (desde 1995), núm. 2, julio, 2014, pp. 59-75 en p.61.

<sup>30</sup> Art. 81 RRC "El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o Tratados Internacionales".

<sup>31</sup> <<BOE>> núm. 313 de 31 de diciembre de 1990 [BOE-A-1990-31312].

<sup>32</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia (núm. 15) de 15 de septiembre de 2010, núm. 193/2010 [AC\2010\1707].

A diferencia del criterio seguido por la DGRN, el Juzgado de Primera Instancia entendió que no procedía la inscripción ya que contravenía el ordenamiento jurídico español, en particular el art. 10 LTRHA. Así argumentó que no se debía aplicar el art. 81 RRC sino una norma de rango superior, esto es el art. 23 LRC. Por lo tanto, siguiendo el tenor literal del citado artículo el Juzgado consideró que a efectos de poder inscribir la filiación el Encargado del Registro tenía la tarea de comprobar si el hecho acaecido en el extranjero y cuya inscripción se pretendía en nuestro ordenamiento jurídico era válida y eficaz, y dado que se trataba de un contrato de gestación subrogada debía procederse a la aplicación de la prohibición contenida en el art. 10 LTRHA. Sus argumentos tenían como base que tal reconocimiento supondría una alternación del orden público internacional español, y que no podía utilizarse el “interés superior del menor” para permitir la inscripción de una filiación derivada de un contrato declarado nulo en nuestro ordenamiento jurídico. Todo ello poniendo de manifiesto que los padres eran conscientes de que dicha técnica de reproducción asistida no estaba permitida en España, y por ende de la posibilidad de que su deseo de inscribir tal filiación no llegase a fructificar.

#### **2.1.2.3.3.- Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010<sup>33</sup>.**

La derogación de la RDGRN de 18 de febrero de 2009, supuso que la DGRN ante el debate y los pronunciamientos dispares sobre el caso, el 5 de octubre de 2010 dictase una nueva Instrucción. La citada Instrucción tenía como punto de partida la protección del “interés superior del menor” permitiendo la inscripción de la filiación derivada de gestación por subrogación. En cualquier caso, para llevarse a cabo tal inscripción se debían superar los requisitos previstos taxativamente en la citada resolución, a saber: el consentimiento libre y voluntario de la madre gestante, con plena capacidad y conocimiento de causa, y respetando sus derechos procesales, así como la firmeza de la decisión y la irrevocabilidad de los consentimientos. Además un requisito imprescindible para que se procediese a la inscripción era la exigencia de una resolución judi-

---

<sup>33</sup> <<BOE>> núm. 243 de 7 de octubre de 2010 [BOE-A-2010-15317].

cial de las autoridades judiciales del país de origen, firme y dotada de *exequatur* o bien que fuese objeto del debido control incidan cuando fuese oportuno<sup>34</sup>.

#### **2.1.2.3.4.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011<sup>35</sup>.**

De forma paralela, en sede judicial la pareja de varones presentó recurso de apelación frente a la sentencia de 15 de septiembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia. La AP de Valencia dictó la sentencia de 23 de noviembre de 2011 que no hizo más que confirmar la sentencia de primera instancia; entendiendo del mismo modo que no era posible permitir tal inscripción puesto que se vulneraba el orden público internacional español al no superar los requisitos exigidos por el citado art. 23 de la LRC. Así manifestó que los cauces para proceder a la inscripción de la filiación de los menores eran los previstos en el ordenamiento jurídico español, a saber la acción de reclamación de paternidad del art. 10.3 LTRHA, así como la adopción regulada en los art. 175 y ss. CC<sup>36</sup>.

Como novedad, y dado que se había dictado la Instrucción de 5 de octubre de 2010, entendía que en el caso concreto que era objeto de resolución no se había presentado ninguna resolución judicial donde constase la filiación de los menores, ni tampoco constaba la identidad de la madre gestante, de modo que no era posible de ningún modo proceder a la inscripción de la filiación de los menores respecto de la pareja.

#### **2.1.2.3.5.- Sentencia de 6 de febrero de 2014 del Tribunal Supremo<sup>37</sup>.**

---

<sup>34</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O., <<La gestación por sustitución desde...>>, cit., pp. 90-91.

<sup>35</sup> SAP Valencia (Sección 10ª) de 23 de noviembre de 2011, núm. 826/2011, rec. 949/2011 [ROJ:5738/2011].

<sup>36</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O., <<La gestación por sustitución desde...>>, cit., p. 91

<sup>37</sup> STS (Sala de lo Civil) (Sección 991) de 6 de febrero de 2014, núm. 835/2013, rec. 245/2012 [ROJ: 247/2014].

En 2014 el caso llegó a manos del TS ya que el matrimonio formuló recurso de casación ante él mismo, lo que dio lugar a la Sentencia de 6 de febrero de 2014.

El Alto Tribunal acertadamente entendió al igual que había manifestado la DGRN que no se trataba de una cuestión de conflicto de leyes sino que la técnica jurídica aplicable a efectos de resolver la cuestión era la del reconocimiento de decisiones extranjeras (método de reconocimiento). De este modo a efectos de poder inscribir la certificación registral californiana debía superar los requisitos de control de los arts. 81 y 85 RRC, pero también se debía tener en cuenta el art. 23 de la LRC. Si bien, el TS entendió que la aplicación del art. 23 LRC no implicaba que la certificación debía ajustarse a la ley de fondo del ordenamiento jurídico español, sino que no debía contrariar el orden público internacional español a efectos de que sea posible su inscripción<sup>38</sup>.

La cuestión por lo tanto que llevó al TS a desestimar el recurso planteado fue la vulneración del orden público internacional español ya que en palabras del Tribunal *“la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de la dignidad de la persona, respeto a su integridad moral*

---

<sup>38</sup> STS 6 de febrero de 2014, cit., FD 3.3 y 3.4: “La forma en que se ha procedido al reconocimiento del título extranjero, la certificación registral de California, es la prevista en el art. 85 en relación al último inciso del art. 81, ambos del Reglamento del Registro Civil. El control en que consiste este reconocimiento se extiende a que la certificación del Registro extranjero sea regular y auténtica, de modo que el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Pero también ha de extenderse a que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Así lo exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, al que sirven de desarrollo los preceptos reglamentarios citados. Por consiguiente, la simplicidad en el procedimiento de reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa extranjera encargada al Registro Civil de California no significa que el control deba limitarse a aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo, en los términos en que se precisará”. “De lo expuesto se deriva que la “legalidad conforme a la Ley española” de los asientos extendidos en Registros que exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, si bien no puede entenderse como absoluta conformidad de estos con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación (lo que haría prácticamente imposible el reconocimiento), si ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español, y a este aspecto ha de extenderse el control en que consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera (en realidad, del asiento objeto de certificación)”.

y protección de la infancia”. En esta línea rechazaba el argumento seguido por la DGRN en cuanto al “interés superior al menor”, al entender que se trataba de un concepto jurídico indeterminado que debía ponderarse no de forma aislada sino en relación con otros bienes jurídicos. Finalmente, el Tribunal consiente de la situación de des-protección en la que se encontraban los menores solicitó que el MF tomase las acciones pertinentes para determinar su filiación así como integrarlos en una familia.

Me parece conveniente destacar el voto particular formulado por cuatro magistrados. A diferencia del pronunciamiento mayoritario del Tribunal, estos 4 magistrados entendían que en este supuesto debía prevalecer el interés superior del menor debiendo procederse a la inscripción de la filiación y por ende a una aplicación atenuada del orden público internacional español.

No obstante lo anterior la citada sentencia no revocó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, así lo puso de manifiesto la DGRN en la Circular-informe de 11 de julio de 2014<sup>39</sup>.

#### **2.1.2.3.6.- Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015<sup>40</sup>.**

Siguiendo el hilo cronológico se interpuso incidente de nulidad de actuaciones solicitando los demandantes la anulación de la Sentencia de 6 de febrero de 2014 por vulneración de sus derechos fundamentales.

---

<sup>39</sup> “La DGRN dicta Resolución remitiendo a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, La Ley Derecho de familia, ed. La Ley: *“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 de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello, con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en la materia a fin de dotarla de mayor seguridad jurídica.”*, disponible en: [https://revistas.la-ley.es/content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt\\_SvVK1-B0o-QiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasggcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTi-f33\\_8\\_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrlHz9-fB8\\_lorZ7LMXpzv07H967-Dg4S-8zOumqJaf WRxkS\\_b-HH8X59dPq-mb61X-2XIWNvkvXGRtm9efPX\\_-LFvoH79Xfv3Zq9OfPHv95vgX5pOqehtA\\_f0V2-v8DtLS57m4AAAA=WKE](https://revistas.la-ley.es/content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt_SvVK1-B0o-QiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasggcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTi-f33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrlHz9-fB8_lorZ7LMXpzv07H967-Dg4S-8zOumqJaf WRxkS_b-HH8X59dPq-mb61X-2XIWNvkvXGRtm9efPX_-LFvoH79Xfv3Zq9OfPHv95vgX5pOqehtA_f0V2-v8DtLS57m4AAAA=WKE).

<sup>40</sup> ATS (Sala de lo Civil) (Sección 991) de 2 de febrero de 2015, núm. 335/2015, rec. 245/2012 [RJ: 2015\141].

Ahora bien, con anterioridad al citado auto el TEDH se pronunció sobre la determinación de la filiación en supuestos de gestación por sustitución, así destacar la STEDH 26 de junio de 2014 en el as. *Menesson vs. Francia*<sup>41</sup>; STEDH 26 de junio de 2014 en el as. *Labasse vs. Francia*<sup>42</sup>; STEDH 24 de enero 2017<sup>43</sup> en el as. *Paradisso et Campanelli vs. Italia* que revocó la STEDH en el mismo asunto de 27 de enero de 2015. Todo ello teniendo en cuenta que en virtud del art. 10.2 de la CE tienen incidencia aunque no sea de forma directa en nuestro ordenamiento jurídico<sup>44</sup>.

En estos casos el TEDH al margen de la autonomía que considera que tienen los Estados para regular el contrato de gestación por sustitución ha sentado doctrina sobre el reconocimiento de la filiación en Estados donde está prohibido este tipo de contratos.

El TEDH para dar respuesta a los casos que se le han ido planteado ha tomado en consideración el art. 8 del CEDH<sup>45</sup>. En los asuntos *Menesson* y *Labasse* el supuesto de hecho era similar, en ambos casos se denegó la inscripción de una resolución judicial extranjera que acreditaba la filiación de los padres comitentes sobre los menores, habiendo aportado el material genético los padres comitentes en ambos casos. De modo que en base al citado precepto el TEDH consideró que se estaba vulnerando el derecho a la identidad y el derecho a la

---

<sup>41</sup> STEDH de 26 de junio de 2014, núm. 65192/11, as. *Menesson vs. Francia* [JUR 2014\176908].

<sup>42</sup> SETDH de 26 de junio de 2014, núm. 65941/11, as. *Labasse vs. Francia* [Jur 2014\176905].

<sup>43</sup> SETDH de 24 de enero de 2017, rec. 25358/12, as. *Paradisso Campanelli vs. Italia* [JUR 2015\24184].

<sup>44</sup> CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., <<Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de derechos humanos”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 7, núm. 2, octubre, 2015, pp. 45-113., en p. 53.

<sup>45</sup> Art. 8 CEDH: Derecho al respeto a la vida privada y familiar: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.”

vida privada de los menores, situándolos en una situación de incertidumbre jurídica al no permitir el Estado francés el reconocimiento de tal filiación reconocida por resoluciones judiciales extranjeras, más aún cuando los padres comitentes habían aportado su material genético. Supuesto distinto fue el caso *Paradisso* puesto que no existía vínculo biológico de los padres comitentes con el menor. El TEDH en primera instancia entendió que en base al citado art. 8.1 del CEDH debía primar la protección de los intereses de los menores, siendo indiferente que la relación paterno-filial sea genética o de otro tipo<sup>46</sup>; sin embargo, la Gran Sala cambió su criterio en 2017 entendiendo que no existía vida de facto con el menor, otorgando su custodia al Estado. En cualquier caso hay que destacar que al igual que se entendió en 2015 los jueces disidentes formularon sus votos argumentando el comportamiento de los comitentes como padres, y por ende la existencia de una vida familiar de facto.

No obstante lo anterior el TS no modificó su criterio. El Alto Tribunal no entendió que en el caso español se vulnerase el art. 8 del CEDH puesto que bajo su punto de vista no consideraba que se pudiesen extrapolar los argumentos dados por el TEDH a los casos franceses; ya que en nuestro ordenamiento jurídico existe la acción de reclamación de la paternidad biológica del art. 10.3 LTRHA, de modo que desestimó el incidente de nulidad. Si bien, en este escenario hubo un voto particular de cuatro magistrados que siguiendo la doctrina del TEDH entendieron que tal denegación implicaba un grave perjuicio para los menores, insistiendo en la situación de des-protección e inseguridad jurídica de los niños respecto de los que se deniega la inscripción de la filiación.

#### **2.1.2.3.7.- Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019<sup>47</sup> revocada por la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019<sup>48</sup>.**

---

<sup>46</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O., <<La gestación por sustitución desde...>>, cit., p. 87.

<sup>47</sup> Recuperado de: [https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion\\_gestacion.pdf](https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf), última consulta: 23 de agosto de 2018.

<sup>48</sup> <<BOE>> núm. 45, de 21 de febrero de 2019 [BOE-A-2019-2367].



Recientemente España parecía adaptarse a los criterios sentados por el TEDH, facilitando mediante la Instrucción de 14 de febrero de 2019 la inscripción de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución.

Dicha Instrucción daba solución a los supuestos en los que no existía una resolución judicial extranjera, permitiendo de este modo la inscripción de la filiación en el Registro Civil español mediante el reconocimiento del padre español y acreditando el vínculo mediante medios de prueba suficiente como podía ser una prueba de ADN<sup>49</sup>.

El sentimiento de felicidad de muchas familias duró más bien poco, ya que la DGRN el 18 de febrero de 2019 dictó una nueva Instrucción, derogando así la Instrucción de 14 de febrero, la cual no llegó ni siquiera a publicarse en el BOE.

La Instrucción que rige en la actualidad viene a restablecer los rígidos requisitos de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, es decir, para que sea procedente la inscripción de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución es necesaria una resolución judicial firme, dejando sin efecto la posibilidad de proceder a la misma mediante la prueba de ADN.

Al parecer la DGRN ha hecho caso omiso de los pronunciamientos del TEDH en cuanto a la necesidad de reconocer la filiación del menor en aras a la protección de los derechos e intereses de los mismos y el respeto a la identidad y la vida privada contemplado en el art. 8.1 CEDH.

La familia de nuestro caso, en particular la madre comitente se encontraría atrapada en Ucrania, ya que es uno de los países que no prevé el trámite exigido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, esto es una resolución judicial extranjera que determine la filiación de los niños con los padres comitentes, además de que no puede acreditar ningún vínculo biológico con el bebé ya que el padre se desentiende totalmente. Pero aún en el caso de que el padre estu-

---

<sup>49</sup> VELA SÁNCHEZ., A.J., <<Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución>>, Diario La Ley, La Ley 7687/2019, núm. 9453, 2019, pp. 1-19, en pp. 6-7.

viese obligado a tal reconocimiento, de nada serviría al no preverse en la última instrucción esta vía alternativa para proceder a la inscripción de la filiación.

### **3.- POSIBLES SOLUCIONES JURÍDICAS.**

Una vez puestos de manifiesto los principales obstáculos que debe salvar la madre comitente a efectos de poder ver cumplido su deseo de traer consigo al recién nacido siendo considerado su hijo en España, plantearé las posibles soluciones o medios para poder llevarse a cabo.

#### **3.1.- Determinación de la filiación en la gestación por sustitución, ¿Un tercer tipo de filiación?**

La determinación de la filiación del menor nacido mediante gestación subrogada es uno de los aspectos que mayor debate acarrea ya que no parece encajar en ninguna de las modalidades previstas en nuestro ordenamiento. La maternidad viene determinada por el parto, puesto que la LTRHA sigue el mismo criterio que el CC, esto es, la madre legal es aquella que da a luz. Pero son varias las cuestiones que se suscitan entre la doctrina, ¿Las disposiciones generales en materia de filiación se pueden aplicar a los casos de gestación subrogada?, o, ¿Deberíamos tomar en cuenta otros aspectos y analizar cada caso en particular?

La irrupción de los avances científicos en el campo de la reproducción ha abierto las puertas a nuevos modelos de familia que hace siglos eran inconcebibles, permitiendo mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida ver cumplido el deseo de ser padres a quienes biológicamente sin el uso de estos medios no podían hacerlo efectivo. Así, en la actualidad, para hacer efectivo el deseo de ser padres ya no es necesario llevar a cabo el acto sexual ya que lo biológico no va siempre ligado a la paternidad/maternidad.

La gestación subrogada tiene diversas variantes en función de la procedencia del material genético, así podemos diferenciar dos grandes clases: la materni-

dad subrogada plena y la maternidad subrogada tradicional. De modo que ante dicha situación podemos ver como entran en juego diversos aspectos: el biológico, el intencional y el genético, lo cual nos lleva a poder plantearnos 4 tipos de maternidad, a saber: la maternidad plena, la maternidad genética, la maternidad gestativa y la maternidad legal<sup>50</sup>.

En nuestro caso la modalidad llevada a cabo fue la gestación parcial; la madre gestante reunía el elemento biológico y el elemento genético, pero no el volitivo, y la madre comitente solo reunía el elemento intencional. De modo que la pregunta que se nos plantea es ¿A quién se debe atribuir la maternidad?

En este contexto se debe buscar el equilibrio entre lo biológico, lo genético y lo social<sup>51</sup>, teniendo en cuenta en todo caso la protección del interés del menor. El caso que nos ocupa es complejo, y una posible solución sería reconocer esa voluntad en nuestro ordenamiento puesto que el embarazo no es lo que hace a la madre, ya que el amor a los hijos no es proporcional a la capacidad gestacional, puesto que si ese amor dependiese del parto negaríamos el amor paternal<sup>52</sup>.

A pesar de que el art. 10.2 LTRHA atribuya la filiación a la madre gestante siguiendo la reglas generales de la filiación basadas en el hecho del parto, un sector doctrinal ha puesto de manifiesto la necesidad de regular un tercer tipo de filiación, la intencional. Esta teoría se asienta sobre la base de que la intención es lo que ha llevado a la generación de ese bebé así como que nadie puede cuidar mejor de ese niño que la persona que quería traerlo al mundo. Además, teniendo en cuenta que la madre gestante ha renunciado a la filiación de ese bebé, puesto que también sería ir en contra de su voluntad el hecho de hacerla responsable de un bebé que ella no quiere. La atribución de esa filia-

---

<sup>50</sup> VALDÉS DÍAZ, C.C., <<La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas>>, Anuario de la Facultad de Derecho, Vol. XXXI, Universidad de Extremadura, núm. 31, 2014, pp.459-482, en p. 463.

<sup>51</sup> SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> O., <<La gestación por sustitución: Una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas>>, Revista Derechos y Libertades, núm. 36, enero, 2017, pp. 91-133, en p. 97.

<sup>52</sup> VALDÉS DÍAZ, C.C., <<La maternidad subrogada....>>, cit., p.473

ción a una madre que no reconoce a ese hijo podría derivar en el abandono del mismo, ocasionando graves perjuicios al menor.

La teoría basada en la intención no es una novedad, ya en 1993 el Tribunal Supremo de California tuvo en cuenta la voluntad a efectos de atribuir la maternidad legal a la madre que aportó el material genético, que, a su vez, era la madre de intención, y no a la madre gestante. Así, el elemento determinante de tal decisión fue la voluntad de la madre comitente, tomando en consideración tanto el consentimiento prestado a la hora de firmar el contrato como el derecho de procrear de la misma, ya que sin el mismo no se hubiese llevado a cabo la gestación por parte de la madre gestante<sup>53</sup>.

Aunque a diferencia de nuestro caso en el anterior la pareja de comitentes eran a su vez portadores del material genético, el Tribunal de Casación resolvió un caso semejante al planteado en este trabajo basándose en la teoría de la intencionalidad. En 1988 tuvo lugar ante el mismo tribunal el caso Buzzanca vs. Buzzanca. Los esposos Buzzanca contrataron una mujer gestante y le implantaron un embrión adquirido en un banco reproductivo, a los 8 meses del embarazo la pareja puso fin a su relación, como sucede en nuestro caso, si bien aquí tanto el padre como la madre querían ver reconocida la filiación a su favor. Tras diversas demandas a efectos de ver satisfechas sus pretensiones el Tribunal declaró el reconocimiento de la filiación legal a favor de ambos en la medida en que si un hombre podía ser padre sin haber aportado su esperma sólo por el hecho de haberse constreñido contractualmente a ello, una mujer en las mismas condiciones podría ser reconocida como madre biológica sin haber aportado su óvulo y sin haber estado embarazada<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A., <<Maternidad subrogada: ficción jurídica contra verdad biológica>>, Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada, núm. 46, enero, 2017, pp. 197-231., en p. 220.

<sup>54</sup> CABEZUDO BAJO, M.J., <<Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado por el Estado de California>>, Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada, núm. 46, enero, 2017, pp. 59-120, en pp. 80-82.

Expuesto lo anterior, y vinculándolo a nuestro supuesto la madre comitente podría ver determinada la filiación a su favor, a pesar de no tener vínculo biológico con el niño si se tomase en cuenta esta voluntad a efectos de inscribirlo en el Registro Civil como su hijo, puesto que bastaría con esa voluntad y consentimiento prestado para tal inscripción.

En este sentido, y en aras a la igualdad, nuestro ordenamiento jurídico aunque no lo haga de modo expreso si tiene en cuenta la voluntad a efectos de determinar la filiación, prueba de ello es el art. 10.3 LTRHA al otorgar al padre comitente la posibilidad de ejercitar la acción de filiación, o el art. 7.3 LTRHA que prevé en el caso de una pareja de mujeres la posibilidad a la mujer que no ha aportado el material genético manifestar su consentimiento a efectos de ver determinada la filiación, supuesto que no se contempla para el caso de una pareja de hombres o bien para parejas heterosexuales como la de nuestro caso<sup>55</sup>

Podemos concluir que una solución para esta madre comitente sería que se tomase en consideración esa intención y voluntad de procrear a efectos de proceder a su inscripción en el Registro Civil, ya que es la que quiere y puede asumir todas las responsabilidades que lleva consigo el tener un hijo.

### **3.2.- Reconocimiento de complacencia.**

En primer lugar, hay que partir de la situación en la que se encuentra nuestra madre comitente, soltera y sin ningún lazo biológico con el menor; por ende deberíamos acudir a los medios de determinación de la filiación no matrimonial, en particular al reconocimiento.

El reconocimiento es la declaración por la que una persona reconoce su paternidad o maternidad biológica respecto de otra, en cuya virtud la filiación así declarada queda legalmente determinada, con todos sus efectos<sup>56</sup>. Dicho lo cual

---

<sup>55</sup> GARCÍA ALGUACIL, M.J., <<¿Incoherencia legislativa o despropósito judicial?: A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014>>, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, núm. 3, 2014, en Base de Datos Aranzadi [BIB: 2014\1538].

<sup>56</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., "La filiación", cit., p. 344.

hay que tener en cuenta que la ley no exige que dicha declaración se corresponda con la verdad biológica, es decir, el reconocedor no tiene el porqué acreditar que ese hijo es biológicamente suyo, lo que da lugar a la posibilidad de esa madre comitente de efectuar el denominado reconocimiento de complacencia<sup>57</sup>.

El reconocimiento de complacencia da énfasis a la autonomía de la voluntad en detrimento del vínculo biológico o genético, de modo que se produce una disgregación con la teoría basada en la verdad biológica establecida en nuestro ordenamiento<sup>58</sup>.

Aunque parte de la doctrina argumenta que este tipo de reconocimientos suponen un fraude de ley, el TS en la STS de 15 de julio de 2016<sup>59</sup> fija doctrina otorgando efectos y validez a este tipo de reconocimientos<sup>60</sup>, que si bien de forma análoga podría predicarse en los supuestos como el nuestro de gestación por subrogación<sup>61</sup>.

En principio estos reconocimientos los efectúan los hombres, si bien el TS ha aceptado la posibilidad de que sean efectuados por las mujeres a efectos de ver determinada la filiación a su favor sin necesidad de acreditar el vínculo biológico<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., "La filiación", cit., p. 345.

<sup>58</sup> GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, MARCIELA., *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2013, p. 147.

<sup>59</sup> STS (Sala de lo Civil) (Sección 991) de 15 de julio de 2016, núm. 494/2016, rec. 1290/2015 [ROJ: 3192/2016].

<sup>60</sup> STS 15 de julio de 2016, cit., FD tercero: "El reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia. No cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y excluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica".

<sup>61</sup> SALES PALLARÉS, L., <<El (difícil) equilibrio entre los intereses en presencia: orígenes biológicos vs legales en la gestación por sustitución>>, en M. Guzmán Zapater (dir.), C. Espigues Mota (dir.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho Internacional Privado*, 1ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, en Base de Datos Tirant lo Blanch [TOL: 6.468.753].

<sup>62</sup> STS de 15 de julio de 2016, cit., FD segundo: "...Cabén ciertamente reconocimientos de complacencia de la maternidad..."

Por lo tanto, nuestra madre comitente podría ejercitar el reconocimiento de complacencia en la medida en que ni la ley ni el TS exigen que se acredite ningún lazo biológico a efectos de otorgar validez al mismo.

### **3.3.- Contrato de gestación por subrogación.**

La madre comitente dispone del contrato de gestación subrogada en el que se manifestaron los consentimientos de todas las partes, así debemos analizar la naturaleza jurídica del mismo para determinar si es vinculante a efectos de ver cumplido su deseo de traer su bebé a España. De modo que con relación a ese acuerdo, ¿El padre comitente tiene la obligación de hacerse cargo de ese bebé en la medida en que prestó su consentimiento y firmó el contrato?

Al margen de la nulidad del contrato de gestación subrogada, la doctrina ha discutido sobre si se trata de un contrato que encaja en el contrato de arrendamiento de servicios o en el contrato de ejecución de obra, si bien a la conclusión que se ha llegado es que se trata de un contrato atípico por sus peculiares características<sup>63</sup>.

En cualquier caso, tendría cabida en el concepto amplio de contrato siendo de aplicación las disposiciones generales de la teoría de obligaciones y contratos. Así, desde el momento en que las partes manifestaron su consentimiento, tanto la madre gestante como los padres comitentes (Art. 1274 CC) el contrato desplegó todos sus efectos (Art.1278 CC) y ninguna de las partes puede modificarlo, incumpliendo las obligaciones derivadas del mismo (Art. 1256 CC). Por lo tanto, en base a lo anterior con la firma del contrato de gestación subrogada la madre gestante renunció de forma libre, expresa e informada a cualquier vínculo con el menor, y los padres comitentes, entonces matrimonio, se obligaron a hacerse cargo del bebé, siendo desde ese momento los padres legales del bebé en Ucrania.

---

<sup>63</sup> LEONSEGUI GUILLOT, R.A., <<La maternidad portadora...>>, cit., pp. 332-334.

La ruptura del matrimonio, circunstancia no prevista en el convenio, es indiferente respecto de las obligaciones que surgen con los hijos (Art. 92.1 CC), y aunque no ostenten la patria potestad de los menores siguen teniendo la obligación de velar por él mismo así como prestarle alimentos (Arts. 110, 111, 154 CC)<sup>64</sup>. Por lo tanto, el padre comitente de nuestro caso no puede desentenderse de ese menor por el simple hecho de poner fin a la relación conyugal.

En relación con las obligaciones que surgen en la medida que se presta el consentimiento, me parece conveniente destacar los arts. 6.3 y 8.1 de la LTRHA. A la luz de dichos preceptos se exige el consentimiento del marido de la mujer gestante (en caso de estar casada) a efectos de destruir la presunción de paternidad matrimonial con la consiguiente imposibilidad de ejercitar la acción de impugnación de la paternidad. En ese sentido y de forma análoga si nuestro padre comitente consintió en hacerse cargo del bebé no puede posteriormente revocar su consentimiento en la medida que iría en contra de sus propios actos.

Dicho lo anterior, me parece incoherente que se exija a quien no es parte del contrato (marido de la mujer gestante) una serie de obligaciones y no a ese padre comitente que manifestó su voluntad en el contrato y más aún prestó su material genético para la posible gestación de ese bebé; y lo mismo en el caso de parejas de mujeres en el sentido de tomar en consideración el consentimiento a efectos de reconocer la filiación de la madre no gestante, y no se pueda reconocer tal filiación a la madre comitente de nuestro caso.

La ley no impone ninguna obligación para el ejercicio de esa acción al padre comitente, perjudicando su inactividad a la parte más débil, al menor. Por lo tanto, si la madre comitente pretendiese hacer valer ese contrato ante los tribunales, ¿Cómo se resolvería esta cuestión en los juzgados?

---

<sup>64</sup> VELA SÁNCHEZ, A.L., <<Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico>>, Revista de Derecho de Familia, ed. Lex Nova, núm. 53, Valladolid, pp. 67-86., en pp. 72 a 76.



En el caso que nos atañe dado que la parte que pretende incumplir el contrato es el padre comitente (español) y quien pretende hacerlo valer es la madre comitente (española) deberían ser los tribunales españoles los que resolviesen el asunto. El problema surge en cuanto que dicho contrato es nulo en nuestro ordenamiento; si bien y atendiendo al interés superior del menor (Arts. 91 y ss CC) deberían entrar a valorar el fondo del asunto<sup>65</sup>. En la medida en que ese padre ha firmado un contrato, cabría la aplicación por parte del juzgador ante la falta de convenio entre las partes las normas relativas a la separación previstas en el CC (Arts. 90 y ss.), en relación con los artículos 159 y 160 CC<sup>66</sup>.

En este sentido, y poniendo de relieve la eficacia del consentimiento prestado de forma libre y consiente me parece conveniente citar la STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2007<sup>67</sup>, dónde en un procedimiento de procreación heteróloga el marido prestó consentimiento para que su mujer fuese inseminada con material genético de un donante anónimo. Posteriormente, el matrimonio se divorció, momento en que el ex-marido quiso impugnar la paternidad alegando error en el consentimiento puesto que el mismo constaba en documento privado y no en escritura pública como exigía el art. 92 del Código de Familia Catalán. El TSJ desestimó el recurso interpuesto por el marido, dictando sentencia por el que consideraba al mismo como padre en la medida en que prestó su consentimiento, aunque fuese en documento privado, sobre la base de que no cabe ir en contra de los propios actos y la buena fe, así como en el interés superior del menor<sup>68</sup>.

La mejor solución a efectos de evitar estos problemas sería que los contratos de gestación por sustitución incluyesen cláusulas sobre la irrevocabilidad de los

---

<sup>65</sup> VILAR GONZÁLEZ, S., <<Situación actual...>>, pp. 925-926.

<sup>66</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J., <<Problemas prácticos...>>, en p. 73.

<sup>67</sup> STSJ (Sala de lo Civil y Penal) (Sección 1ª) de Cataluña de 27 de septiembre de 2007, núm. 27 de septiembre de 2007, rec. 135/2006 [ROJ: 10208/2007].

<sup>68</sup> PÉREZ MONGE, M., <<Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida>>, en F. Lledó Yagüe (dir.), A. Sánchez Sánchez (dir.), Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica de derecho de familia, ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2011, pp. 578-615., en pp. 589-590.

consentimientos prestados a efectos de evitar conflictos como el que se plantea en nuestro caso.

### **3.4.- ¿La adopción como última alternativa?**

La adopción (Arts. 175 y ss. del CC) es una ficción jurídica con los mismos efectos que la filiación por naturaleza permitiendo de ese modo el ejercicio de la paternidad y maternidad sin necesidad de un vínculo biológico con el menor<sup>69</sup>. De modo que ante la situación que se encuentra nuestra madre comitente podría ser la última vía a efectos de ver reconocida la filiación en tanto que no tiene vínculo biológico con el menor y no es considerada como la madre legal en territorio español.

La adopción y la gestación por subrogación son instituciones jurídicas diferentes que persiguen una finalidad distinta; es por ello que las familias que recurren a la gestación subrogada y no a la adopción a sabiendas de su prohibición. Estas parejas lo hacen a efectos de que ese bebé tenga un componente genético de los mismos, y por ende son las promotoras de que se gesté una nueva vida, mientras que en la adopción las personas el adoptando no ha venido al mundo por la voluntad de los adoptantes<sup>70</sup>.

Es cierto que en ambos casos la voluntad es un elemento esencial, pero en el caso de la adopción no basta con el elemento subjetivo sino que deben concurrir unos requisitos objetivos tasados por la ley así como por un procedimiento administrativo y judicial. Así nuestra madre comitente, además de reunir los requisitos necesarios tasados por la ley, deberá obtener el consentimiento tanto de la madre gestante como de su exmarido, para ver reconocida la filiación adoptiva tras los trámites administrativos y los procedimientos judiciales establecidos al efecto.

---

<sup>69</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., "La adopción", en C. Martínez de Aguirre y Aldaz, (Coord.), *et alii*, Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de Familia, ed. Edisofer, S.L., Madrid, 2016, pp. 455-471., en p. 455.

<sup>70</sup> LAAM, E., <<La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida>>, Revista de Bioética y Derecho, núm. Extra recopilatorio especial, diciembre, 2015, pp. 68-82., en pp. 79-80.

Es frecuente la adopción por parte de madres comitentes de los hijos genéticos de sus maridos en casos de gestación subrogada, así la reciente SAP de Murcia<sup>71</sup> entendió que la madre sí tenía legitimación suficiente para poder instar la adopción puesto que a pesar de que en el certificado de nacimiento extranjero (Kiev) apareciese como la madre legal del bebé en España no constaba como tal, de modo que la madre comitente de nuestro caso sí estaría legitimada activamente para instar la adopción.

No obstante, parte de la doctrina rechaza tanto la figura de la adopción como el acogimiento familiar en los supuestos de gestación subrogada en la medida que entiende que perjudicaría el interés del menor, que es en todo caso lo que debería prevalecer<sup>72</sup>.

#### **4.- CONCLUSIONES.**

La finalidad del presente trabajo es poner de manifiesto la inseguridad jurídica que crea llevar a cabo un contrato de gestación subrogada a la luz de un caso práctico que nada dista de lo que sucede en la realidad<sup>73</sup>. Así a efectos de concluir el trabajo pasaré a exponer las conclusiones derivadas del mismo.

En primer lugar la maternidad subrogada es un tema internacional en la medida en que cada Estado otorga una respuesta jurídica al contrato de gestación subrogada. Esta diversidad legislativa propicia ciertos conflictos jurídicos ante la falta de un instrumento de cohesión que regule este tipo de contratos.

---

<sup>71</sup> SAP Murcia (Sección 4) de 31 de enero de 2019, núm. 91/2019, rec. 1295/2018 [ROJ: 5738/2011].

<sup>72</sup> Así CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., <<Gestación por sustitución y...>>, cit., en p. 93 establece tres argumentos contra la adopción: "I) El resultado alcanzado con la adopción sería el mismo que si se reconociese la filiación extranjera del país donde se llevó a cabo la gestación; II) La adopción llevada a cabo en el país de destino no sería reconocida en el extranjero puesto que en ese país los padres comitentes son considerados los padres legales del menor; III) Finalmente, que nadie está obligado a llevar a cabo la adopción."

<sup>73</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O., <<La gestación...>>, cit., en p. 29 "En agosto de 2018 saltaba la noticia de que alrededor de 20 familias españolas se encontraban atrapadas en Kiev, ya que el consulado español se negaba a admitir los pasaportes".

En ese sentido, y centrándonos en nuestro ordenamiento jurídico, España es uno de los países que prohíbe la maternidad subrogada, sin embargo, tal prohibición no supone un obstáculo para recurrir a la celebración de este tipo de contratos en el extranjero. Además, aunque la ley determine la nulidad se han dictado resoluciones tanto por la DGRN como por los tribunales a efectos de dar una “solución” a estos casos, así parece que exista una cierta contradicción en la medida que se permite la gestación subrogada bajo otros instrumentos jurídicos como son la adopción. Entonces la cuestión es la siguiente: ¿Esto no supondría un fraude de ley?

El Derecho parece no adaptarse a la realidad social de nuestros días, ya que los poderes públicos no pueden o no quieren ver que las “soluciones” dadas mediante resoluciones o sentencias no son el instrumento adecuado a efectos de buscar una salida en esta materia, además de la infinidad de supuestos que pueden llegar a darse en un futuro como es una crisis familiar. Nuestra legislación no afronta eficazmente un tema que se encuentra presente en nuestros días, y que afecta a derechos e intereses fundamentales.

La DGRN y el TS alegan la protección del interés del menor como fundamento clave, pero ¿Podemos entender que tienen garantizada esa protección cuando en la mayoría de los casos o no se les reconoce la filiación o se concede la tutela al Estado?

La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 pone de manifiesto un claro retroceso a la hora de determinar la filiación de estos bebés, volviendo a establecer requisitos y trámites tasados que muchos países como Ucrania no contemplan creando una situación de limbo jurídico que afecta principalmente a estos niños careciendo de una filiación con todo lo que ello implica.

Desde mi punto de vista, ese no es el modo más adecuado de protección, puesto que se ven más bien inmersos, sin querer, en un sin fin de procesos judiciales, que dependiendo del país y del tribunal podrán tener una familia con todo lo que ello implica. En ese sentido considero oportuno que los poderes

públicos dando respuesta al art. 39.4 de la CE deberían proceder a efectuar una regulación, ya sea prohibiendo radicalmente este tipo de contrato o bien ofreciendo una regulación favorable al mismo, teniendo en cuenta en todo caso el interés superior del menor, otorgando la protección exigida por los diversos convenios internacionales.

## 5.- BIBLIOGRAFÍA.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., y CARRIZO AGUADO, D., <<Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...? >>, La Notaría-Boletín (desde 1995), julio, 2014, pp. 59-75.

CABEZUDO BAJO, M.J., <<Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado por el Estado de California>>, Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada, núm. 46, enero, 2017, pp. 59-120.

CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., <<Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos>>, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 7, núm. 2, octubre, 2015, pp. 45-113.

CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., <<Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009>>, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 1, núm. 2, octubre, 2009, pp. 294-319.

CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Decimosexta Edición, ed. Comares, Granada, 2016.

GARCÍA ALGUACIL, M.J., <<¿Incoherencia legislativa o despropósito judicial?: A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014>>, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, núm. 3, 2014, en Base de Datos Aranzadi [BIB: 2014\1538].

*Gestife subrogacy*: disponible en: [-https://gestlifesurrogacy.com/legislacion-en-ucrania-de-la-gestacion-subrogada/](https://gestlifesurrogacy.com/legislacion-en-ucrania-de-la-gestacion-subrogada/); última consulta: 27 de agosto de 2019 y -

<https://gestlifesurrogacy.com/legislacion-en-ucrania-de-la-gestacion-subrogada/>; última consulta: 27 de agosto de 2019.

GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, ed. Dykinson, S.L., 2013, Madrid.

HEREDIA CERVANTES. I., <<La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución>>, Anuario de Derecho Civil, núm. LXVII, abril, 2013, pp. 687-715.

HERMIDA BELLOT, B., <<Gestación subrogada: un problema global. Situación en el marco de la Unión Europea, la Conferencia Internacional de Derecho Internacional Privado del Haya, y el Comité de Derechos del Niño>>, Revista Crítica del Derecho Inmobiliario, núm. 767, mayo-junio, 2018, pp. 1194-1230.

HUALDE MANSO, T., <<De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada>>, Revista Aranzadi Civil-Mercantil, ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, núm. 10, 2012, en Base de Datos Aranzadi [BIB: 2012\132].

JIMÉNEZ BLANCO, P., <<La "crisis" de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (Comentario de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)>>, Revista electrónica de estudios internacionales, núm. 37, junio, 2019, pp. 24-31.

LAAM, E., <<La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida>>, Revista de Bioética y Derecho, núm. Extra recopilatorio especial, diciembre 2015, pp. 68-82.

LEONSEGUI GUILLOT, R.A., <<La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo>>, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm. 7, 1994, pp. 317-338.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., <<La filiación>>, en C. Martínez de Aguirre y Aldaz (coord.), et alii., Curso de Derecho Civil: Derecho de familia, Vol. IV, 5ª edición, ed. Edisofer, S.L., Madrid, 2016.

*Maternidad subrogada en Ucrania*: disponible en: <http://surrogacy-ukraine.com/index-esp.php>; última consulta: 27 de agosto de 2019.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., <<La adopción>>, en C. Martínez de Aguirre y Aldaz (coord.), et alii., Curso de Derecho Civil: Derecho de familia, Vol. IV, 5ª edición, ed. Edisofer, S.L., Madrid, 2016.

PÉREZ MONGE, M., <<Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida>>, en F. Lledó Yagüe (dir.), A. Sánchez Sánchez (dir.), Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia, Tomo I, Parte sustantiva, ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2011.

PERTUSA RODRÍGUEZ, L., <<Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho Internacional Privado>>, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 10, núm. 2, octubre, 2018, pp. 597-614.

SALAZAR BENÍTEZ, O., *La gestación para otros: Una reflexión jurídico-constitucional sobre conflicto entre deseos y derechos*, ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2018.

SALAZAR BENÍTEZ, O., <<La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos>>, Revista de Derecho Político, núm. 99, mayo-agosto, 2017, pp. 79-120.

SALES PALLARÉS, L., "El (difícil) equilibrio entre los intereses en presencia orígenes biológicos vs. legales en la gestación por sustitución", en M. Guzmán Zapater (dir.), C. Esplugues Mota (dir.), Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho Internacional Privado, ed. Tirant lo Blanch, Edición 1ª, Valencia, 2017, en Base de Datos Tirant lo Blanch [TOL: 6.468.753].



SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O., <<La gestación por sustitución: Una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas>>, Revista de derechos y libertades, núm. 36, Enero, 2017, pp. 91-133.

SERRA ALCEGA, M., <<Reconocimiento de la maternidad subrogada en el Derecho internacional privado español>>, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 32, Junio 2015, pp. 285-296.

TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A., <<Maternidad subrogada: ficción jurídica contra verdad biológica>>, Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada, núm. 46, Enero 2017, pp. 197-231.

*Universal surrogacy*, disponible en: <http://www.universalsurrogacy.com/panorama-legal/en-ucrania/>; última consulta: 21 de septiembre de 2019.

VALDÉS DÍAZ, C.C., <<La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas>>, Anuario de la Facultad de Derecho (Vol. XXXI), Universidad de Extremadura, núm. 31, 2014, pp. 459-482.

VAQUERO LÓPEZ, C., <<La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015>>, Revista Aranzadi Doctrinal, ed. Aranzadi S.A.U., Cizur Menor, núm. 4, 2015, en Base de Datos Aranzadi [BIB: 2015\982].

VELA SÁNCHEZ, A. J., <<Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución>>, Diario La Ley, La Ley 7687/2019, núm. 9453, 2019, pp. 1-19.

VELA SÁNCHEZ, A. J., <<Problemas Prácticos del Convenio de Gestación por Sustitución o de Maternidad Subrogada en nuestro ordenamiento jurídico>>, Revista de Derecho de Familia, ed. Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 67-86.

VILAR GONZÁLEZ, S., "Situación actual de la gestación por sustitución", Revista de Derecho UNED, núm. 14, 2014, pp. 897-934.

## **6.- JURISPRUDENCIA DESTACADA.**

### **-Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

STEDH, núm.65192/11, *Menesson vs. Francia*, 26/06/2014, [JUR 2014\176908].

STEDH, núm. 6594/11, *Labsale vs. Francia*, 26/06/2014, [JUR 2014\176905].

STEDH, rec. 25358/12, *Paradisso Campanelli vs. Italia*, 27/01/2015, [JUR 2015\24184].

### **-Tribunal Supremo**

STS (Sala de lo Civil) (Sección 991) de 6 de febrero de 2014, núm. 835/2013, rec. 245/2012 [ROJ: 247/2014].

ATS (Sala de lo Civil) (Sección 991) de 2 de febrero de 2015, núm. 245/2012; rec. 245/2015 [RJ:2015\141].

STS (Sala de lo Civil) (Sección 991) de 15 de julio de 2016, núm. 494/2016, rec. 1290/2015 [ROJ: 3192/2016].

### **-Audiencias Provinciales**

SAP de Valencia (Sección 10ª) de 23 de noviembre de 2011, núm. 826/2011, rec. 949/2011 [ROJ: 5738/2011].

SAP de Murcia (Sección 4ª) de 31 de enero de 2019, núm. 91/2019, rec. 1295/2018 [ROJ: 181/2019].

#### **-Tribunales Superiores de Justicia**

STSJ (Sala de lo Civil y Penal) (Sección 1ª) de Cataluña de 27 de septiembre de 2007, núm. 28/2007, rec. 135/2006 [ROJ: 10208/2008].

#### **-Juzgados de Primera Instancia**

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, núm. 193/2010 [AC\2010\1707].

### **7.- LEGISLACIÓN.**

Constitución Española, en <<BOE>> núm. 311, de 29 de diciembre de 1978 [BOE-A-1978-31229].

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, en <<BOE>> núm. 296, de 11 de diciembre de 1958 [BOE-A-1958-18486].

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en <<BOE>> núm. 313, de 31 de diciembre de 1990 [BOE-A-1990-31312].

Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6

de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, en <<BOE>> núm. 243, de 10 de octubre de 1979 [BOE-A-1979-24010].

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en <<BOE>> núm. 281, de 24 de noviembre de 1995 [BOE-A-1995-25444].

Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, en <<BOE>> núm. 151, de 10 de junio de 1957 [BOE-A-1957-7537]; Disposición derogada con efectos a 30 de junio de 2020, una vez extinguido el régimen transitorio por la Disposición derogatoria 1 de la Ley 20/2011 de 21 de julio.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en <<BOE>> núm. 126, de 27 de mayo, de 2006 [BOE-A-2006-9292].

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en <<BOE>> núm. 175, de 22 de julio de 2011 [BOE-A-2011-12628].

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, en <<Gaceta de Madrid>> núm. 206, de 25 julio de 1889 [BOE-A-1889-4763].

## **8.- DOCTRINA DE LA DGRN.**

Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 [RJ 2009\1735].

Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, <<BOE>> núm. 243, de 7 de octubre de 2010 [BOE-A-2010-15317].

Circular-Informe de 11 de julio de 2014, recuperado de [https://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAO29B2AcSZYIj9tynt\\_Sv-VK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasggcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33\\_8\\_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrlHz9-fB8\\_lorZ7LMXpz-v07H967-Dg4S-8zOumqJaf\\_WRxs\\_bHH8X59dPq-mb61X-2XIWNvkvXGRt-](https://revistas.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAO29B2AcSZYIj9tynt_Sv-VK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasggcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrlHz9-fB8_lorZ7LMXpz-v07H967-Dg4S-8zOumqJaf_WRxs_bHH8X59dPq-mb61X-2XIWNvkvXGRt-)

m 9 e f P X -  
LFvoH79Xfv3Zq9OfPHv95vgX5pOqghtA\_f0V2v8DtLS57m4AAAA=WKE.

Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019, recuperado de [https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion\\_gestacion.pdf](https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf)

Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, <<BOE>> núm. 45, de 21 de febrero de 2019 [BOE-A-2019-2367].