

Nº 33
Primer trimestre 2023

Gablex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 33. Marzo 2023

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

**Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y
REDALYC**

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA. Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.



D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local.

D. Jordi Gimeno Beviá

Vicedecano de Investigación e
Internacionalización. Facultad de Derecho de la UNED.
Prof. Derecho Procesal

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico
Superior de Administración General de la Comunidad de
Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción.....12

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EN EL NIVEL EUROPEO DE GOBERNANZA: EL PARLAMENTO EUROPEO

D^a María Barahona Migueláñez..... 17

LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LOS ASUNTOS EUROPEOS

D^a Diana Asín Olano.....61

LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA DURANTE LA PANDEMIA COVID-19. RELACIONES DE DIPLOMACIA Y COOPERACIÓN INTERPARLAMENTARIA

D^a Ana Leonor Ruiz Castillo.....125

LA COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD FORAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO DE LA NORMA FORAL DE CONTRATACIÓN DE DETERMINADOS NEGOCIOS SOBRE SERVICIOS JURÍDICOS Y DE LOS ACUERDOS DE ADQUISICIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS.



D. Francisco José Negro Roldán205

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ÁMBITO DEL
I+D+I. MENCIÓN ESPECIAL A LA DISPOSICIÓN
ADICIONAL 54 DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR
PÚBLICO

D^a Bárbara Lucía Romojaro Alonso.....281

EL DESBORDAMIENTO DEL LEGISLADOR ESPAÑOL EN
TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA

D. Ángel Corredor Agulló.....313

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

LA UNIÓN EUROPEA REGULA INTERNET: CONTENIDOS,
TRANSPARENCIA Y ALGORITMOS EN LA NUEVA DSA

D. Salvatore Gabriele.....389

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

EL JUICIO DE VIABILIDAD DE LA OFERTA
INICIALMENTE INCURSA EN PRESUNCIÓN DE
ANORMALIDAD, PESE A LA DISCRECIONALIDAD
TÉCNICA, NO PUEDE CONVERTIRSE EN UN ACTO DE FE
CIEGA

D. Jaime Pintos Santiago

D^a. María Dolores Fernández Uceda.....479

RECENSIÓN DE LIBROS



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 33

Marzo 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DESARROLLO
HUMANO Y SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL EN LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA

Autor: D. Jaime Pintos Santiago

Autor recensión: D. José Antonio Moreno Molina.....491

BASES DE PUBLICACIÓN.....498



EDITORIAL

En el número 33 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional siete artículos doctrinales que se suman a uno de internacional, una reseña de jurisprudencia, y una recensión de un libro, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D^a María Barahona Migueláñez con el artículo que lleva por título “La democracia representativa en el nivel europeo de gobernanza: el parlamento europeo”.

El futuro de la democracia europea trabajo en palabras de su autor pasa por seguir manteniendo el mismo nivel de democracia representativa, pero mejorando otros aspectos como es la potenciación de la democracia de proximidad y la conexión con los ciudadanos europeos.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D^a. Diana Asín Olano que aborda exhaustivamente “La participación de las Comunidades Autónomas en los Asuntos Europeos”



A continuación, D^a Ana Leonor Ruiz Castillo realiza con brillantez un análisis jurídico de “La actividad parlamentaria durante la pandemia covid-19”.

D. Francisco José Negro Roldán analiza minuciosamente “La competencia de la comunidad foral en materia de contratación pública y la exclusión del ámbito de la norma foral de contratación de determinados negocios sobre servicios jurídicos y de los acuerdos de adquisición pública de medicamentos”. El autor enfatiza en la naturaleza de la competencia foral, cualitativamente diferente de las de mero desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas de régimen común y en sus consecuencias. Se compara la competencia en materia de contratos con la que Navarra tiene en materia de función pública, y se aplica la doctrina que sobre esta última estableció el Tribunal Constitucional.

A continuación, D^a Bárbara Lucía Romojaro Alonso aborda un tema de máximo interés como es “La contratación pública en el ámbito del I+D+I. mención especial a la disposición adicional 54 de la ley de contratos del sector público” con el objetivo de aportar claridad en la aplicación práctica de la misma.

El último artículo de la sección nacional corresponde a D. Ángel Corredor Agulló que trata otro tema de máxima actualidad como es el “El desbordamiento del legislador español en torno a la maternidad subrogada” desde una perspectiva jurisprudencial, legal y doctrinal.



La sección internacional cuenta con un trabajo de D. Salvatore Gabriele sobre "La unión europea regula la internet: contenidos, transparencia y algoritmos en la nueva DSA".

Dentro de reseña de jurisprudencia, D. Jaime Pintos Santiago y D^a M^a Dolores Fernández Uceda, tratan con claridad y brillantez "El juicio de viabilidad de la oferta inicialmente incurso en presunción de anormalidad, pese a la discrecionalidad técnica, no puede convertirse en un acto de fe ciega"

Por último, la Revista se cierra con una recensión de un exquisito libro sobre "Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública" de D. Jaime Pintos Santiago. El autor de la recensión es D. José Antonio Moreno Molina.

El Consejo de Redacción



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 33

Marzo 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



EL DESBORDAMIENTO DEL LEGISLADOR ESPAÑOL EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA

D. Ángel Corredor Agulló

Contratado predoctoral del Departamento de Filosofía
del Derecho y Política de la Universidad de Valencia
(España)*

Resumen: En este trabajo se aborda la situación vigente en España de la maternidad subrogada desde una perspectiva jurisprudencial, legal y doctrinal. Esta situación evidencia el desbordamiento del legislador español y la ineficacia de normativa española, ya que esta no impide que se reconozcan efectos legales en España a los contratos de maternidad subrogada llevados a cabo en el extranjero. Para evitar el fenómeno internacional del turismo reproductivo, sería recomendable que los Estados que permiten la maternidad subrogada introdujeran en sus ordenamientos que uno de los dos comitentes fuera nacional de ese Estado.

* Recibe financiación (ACIF) de la Generalitat Valenciana y de la Unión Europea (FSE).



Abstract: This paper addresses the current situation in Spain of surrogate motherhood from a jurisprudential, legal and doctrinal perspective. This situation demonstrates the overflow of the Spanish legislator and the ineffectiveness of Spanish regulations, since this does not prevent the recognition of legal effects in Spain for surrogate motherhood contracts carried out abroad. In order to avoiding the international phenomenon of reproductive tourism, it would be recommendable that the States that allow surrogate motherhood introduce in their legal systems that one of the two principals be a national of that State.

Palabras clave: Maternidad subrogada; gestación subrogada; gestación por sustitución.

Keywords: Surrogate motherhood; surrogacy; surrogate pregnancy.

Sumario:

1. LA INEXPLICABLE SITUACIÓN ACTUAL DEL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL. 1.1 LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE 2006. 1.2. RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (DGRN). 1.2.1. LA RESOLUCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2009 DE LA DGRN. 1.2.2. LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE



2010 DE LA DGRN. 1.2.3. ÚLTIMAS INSTRUCCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (DGRN): DE LA INSTRUCCIÓN DEL 14 A LA DEL 18 DE FEBRERO DE 2019. 1.3. LA JURISPRUDENCIA DESARROLLADA A DIFERENTES NIVELES. 1.3.1. LA JURISPRUDENCIA EMANADA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. 1.3.2. LA JURISPRUDENCIA EMANADA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES CON POSIBLE REPERCUSIÓN EN LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA. 1.4. DICTAMEN CONSULTIVO DEL TEDH. 2. SITUACIÓN DE DESBORDAMIENTO DEL LEGISLADOR ESPAÑOL: EL TURISMO REPRODUCTIVO. 3. CONCLUSIONES. 4. FUENTES DE INFORMACIÓN. 4.1 BIBLIOGRAFÍA 4.2 NORMATIVA. 4.3 INFORMES, OPINIONES E INSTRUCCIONES. 4.4 DECISIONES JUDICIALES 4.5 PRENSA. 5. ABREVIATURAS EMPLEADAS

1. LA INEXPLICABLE SITUACIÓN ACTUAL DEL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL¹

En el presente trabajo, pretendemos dar una aproximación, de forma somera, al vigente estado de la cuestión de la gestación por sustitución en el OJ español. Para ello, en primer lugar, abordaremos el

¹ Corredor Agulló, Á., "Matizaciones y controversias respecto a la maternidad subrogada: una mirada crítica de las cuestiones terminológicas, técnicas y jurídicas", en Estellés Peralta, M.P. (dir.), Salar Sotillos, M.J. (coord.), *Maternidad Subrogada: La Nueva Esclavitud del Siglo XXI*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 213-234.

Para una mejor comprensión del presente artículo, se recomienda una lectura del citado capítulo.



anclaje legal en España. Posteriormente, pasaremos a tratar las resoluciones de la DGRN para terminar viendo la principal sentencia del TS en España y la jurisprudencia emanada del TEDH, así como su primer dictamen consultivo. Por último, ya en el segundo apartado, analizaremos la consecuencia lógica de todo este entramado regulatorio: la proliferación del turismo reproductivo hacía otros países en los que es legal esta práctica.

1.1 LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE 2006

La primera referencia normativa se encuentra en el año 1988 con la Ley de Reproducción Asistida. El parlamento se ha llegado a pronunciar en hasta tres ocasiones, al elaborar el cuerpo legislativo y dos reformas, de los años 2003 y 2006, pero en ningún caso ha reformado lo que respecta a la maternidad subrogada. Lo que muestra el consenso parlamentario respecto a esta cuestión, roto con la propuesta parlamentaria sobre la regulación de la maternidad subrogada altruista del grupo parlamentario de CS.

Ahora bien, lo anterior habría que matizarlo, dado que la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, de acuerdo con el acta que se va a firmar por todos sus componentes, no modificó el artículo 10, en el año 2003, debiendo mantenerse, pero no por el hecho de que fuera ilícita (contraria a los principios de la bioética), sino porque planteaba problemas de orden práctico que se deseaban evitar.

La maternidad subrogada, en España, se encuentra regulada en el art. 10 de la LO de Técnicas de



Reproducción Humana Asistida (a partir de ahora se empleará la abreviatura LTRHA), de 26 de mayo del año 2006, en el que se establece lo siguiente:

- “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.¹”

En el primer apartado, se puede ver un primer concepto o una aproximación normativa de qué se entiende por contrato de maternidad subrogada: aquel en 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”. Aunque también existen otras definiciones jurisprudenciales: Sentencia n.º 826, de la Sección 10.ª, de la AP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, estableciendo que la gestación por sustitución “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”².

Pasamos ahora a analizar, brevemente, ante qué clase

¹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE n. 126, de 27/05/2006)

² SAP Sección 10ª de Valencia 826/2011, el 23 de noviembre.



<http://gabilex.castillalamancha.es>

de contrato estamos. De este modo, el tipo de contrato ante el que nos enfrentamos podría ser de servicios o de arrendamiento,³ o de venta de un bebé porque la contraprestación de la relación contractual no se encuentra basada en los servicios que se prestan⁴. El 15 de enero del año 2019, la AP de Barcelona llega a afirmar que no nos encontramos ante un contrato de servicios, sino uno de obra. La argumentación que sustenta tal aseveración es la siguiente: “pues al garantizarse el resultado, el objeto del contrato es el resultado del trabajo, comprometiéndose (la agencia de mediación correspondiente) a devolver los honorarios si no se lograba la gestación deseada y el nacimiento de un niño o niña, salvo que los demandantes se negaran a continuar el proceso o éste quedara interrumpido por falta de pago de las cantidades pactadas o de gastos adicionales que pudieran producirse durante el

³ Díaz Romero, M.R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, n. 7527, 2010 (disponible en:

[https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAEWQWvDMAyFf018MQynzVp28GFZNhiUMbow2FGx1URbame23DX_fm4zm0AhIX08veEYW7xzHoHssfIYKhISh3WTk4yJgiE6f_JTrpUuaClz5YdHAKdOzIZwoXBK0I40WcnXfzUbc hoWDool5XxdaorDJrJcBwgrHxRpeXmU7YQpchtEN9ayVYM8w7jHq7VbEwf8wIl6YPKuhrA4k7W6aVWusrb3G7ECUPMgH6nPqdCMVA_7LJ44fvg0_REI2NogEF_PN7vi1Ulr7VSpRIRIZjhFXrUz44MRuI01mM7itnfbseF6sFrBNzftexW27CjLlnb3yAEZ39C_oLEtuzwWYBAAA=WKE;_ultima_consulta:05/06/2021\).](https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAEWQWvDMAyFf018MQynzVp28GFZNhiUMbow2FGx1URbame23DX_fm4zm0AhIX08veEYW7xzHoHssfIYKhISh3WTk4yJgiE6f_JTrpUuaClz5YdHAKdOzIZwoXBK0I40WcnXfzUbc hoWDool5XxdaorDJrJcBwgrHxRpeXmU7YQpchtEN9ayVYM8w7jHq7VbEwf8wIl6YPKuhrA4k7W6aVWusrb3G7ECUPMgH6nPqdCMVA_7LJ44fvg0_REI2NogEF_PN7vi1Ulr7VSpRIRIZjhFXrUz44MRuI01mM7itnfbseF6sFrBNzftexW27CjLlnb3yAEZ39C_oLEtuzwWYBAAA=WKE;_ultima_consulta:05/06/2021).)

⁴ Paternan C., *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995, p. 292.



proceso.”⁵ En definitiva, legalmente, el precepto 10 de la LTRHA no nos aclara ante qué tipo de contratos estamos,⁶ pero tampoco se encuentra la solución en ningún otro artículo, de forma expresa.

En lo que respecta a la mercantilización de los menores de edad concebidos en el marco de un contrato de gestación por sustitución, Fabre asevera que los niños no serían tratados como objetos, sino como personas, respetando la dignidad de los mismos, pero reconoce que los padres que están vendiendo al niño estarían siendo éticamente incorrectos, puesto que se están desprendiendo del niño, como un bien de consumo. Consideramos que no es admisible la justificación de un mercado de niños, más aún cuando el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía,⁷ califica la compra y la venta de niños menores de edad como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”.

Así, Vela afirma que, realmente, no se está comercializando con un niño, sino que lo que se está

⁵ SAP Sección 4ª de Barcelona 10/2019, de 15 de enero.

⁶ Fabre, C., *Whose Body is it Anyway? Justice and the Integrity of the Person*, University Press, Oxford - Nueva York, 2006, pp. 189 y ss.

⁷ Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000. (BOE n. 27, de 31 de enero de 2002)



<http://gabilex.castillalamancha.es>

contratando es la capacidad generativa de una mujer, pues puede disponer libremente de su cuerpo, como sucede con el aborto⁸. En definitiva, tampoco debería ser admisible, en ninguna sociedad, un contrato de servicios o, como sostiene otro sector, un contrato de obra.

Por otra parte, ateniéndonos al artículo 10 de las TRHA -a efectos legales- hay que considerar siempre como madre a la gestante, y no a la genética. Posteriormente, el padre biológico podría ejercitar la acción de reclamación de paternidad y que, tras ello, previo consentimiento de la madre gestante, el hijo fuera adoptado. Lo mismo sucedería si nos encontramos frente a una pareja homosexual masculina, el hombre que aporta el material genético reclamaría la paternidad, mientras que el hombre que no aporta sus gametos masculinos podría, previo consentimiento de la madre gestante, reclamar la

⁸ Vela Sánchez, A., "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*, n. 9453, 2019 (disponible en:

[24](https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE2OwWrDMBBEvyZ7CRQ5bQg56BDHLhhMGmq197W82KKq1EorN_77qnUPXRh2YB7DfCYKi6Iby9Nlk4TQRdt0Tbet6nZbd-rIwj-ezuoJ4uK8W96IComAsY_y_mFz0CKryNoBak5oK69I8ePNTAr7DIEPA4VyKQLYM9pninIPcfJff5zNiGy8KzGsxWYYZKVEvt1xfzwImCnEDMhXM5JjgsmMU5vFKx8Jg56uOJJsnNHG32H8uIF1b3II9xv-B8vEnMt6dmsG2uZfIdMZLbnhb8Y3BE1HihQBAAA=WKE#tDT0000295970_NOTA12; última consulta: 20/05/2021)</p></div><div data-bbox=)



adopción del niño. El supuesto de pareja homosexual femenina es infrecuente, dado que es poco probable que las dos tengan problemas para llevar a cabo la gestación y tengan que recurrir a una madre gestante. Algunos autores⁹ critican, basándose en la alta probabilidad de que el padre sea el portador del espermatozoide, el premio del reconocimiento de la paternidad al comitente, estando prohibido, tanto penal como civil y administrativamente, en nuestro OJ. Asimismo, creen que existe una situación de desigualdad entre la madre comitente y el padre comitente, en ambos casos homosexuales.

Ante todo, hemos de mencionar que la regla mater "semper certa est" (la madre es siempre conocida) se consagra en la legislación vigente (en el apartado 2 del art. 10 de la LTRHA), pudiendo el cónyuge adoptar al niño posteriormente, en conformidad con el apartado 3 del mencionado artículo. Dentro de las tres teorías sobre la maternidad-de la contribución genética, de preferencia de la gestante y la teoría intencional- se tipifica la teoría de la preferencia de la gestante. Según afirma Trabucchi, durante el embarazo surge un elemento de responsabilidad entre la gestante y el niño, asumiendo la gestante la formación y el desarrollo del propio hijo, desvirtuando los efectos creados por el acuerdo de gestación por sustitución. De modo que, tras la verificación del parto, al margen de cualquier factor psicológico, se concede la maternidad a la mujer

⁹ Heredia Cervantes, I., "La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVI, fascículo II, 2013, p. 713.



que ha dado a luz.¹⁰ Mientras que, de acuerdo con el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana,¹¹ del año 1986, concluye que “ni por razones biológicas ni por razones humanas tienen el mismo valor, y que de ambos es más importante el componente de gestación que el genético, pues la gestante lleva en su vientre al fruto durante nueve meses y lo protege fisiológica y psicológicamente, lo cual irá siempre a favor de la mujer gestante y en contra de la gestación de sustitución a favor de otros. Por este motivo recomiendan que se admita la preponderancia biológica de la maternidad de gestación sobre la genética y que la madre legal lo sea siempre la madre gestante, aunque en el origen del hijo hayan intervenido donantes”.

Nos parece interesante, llegados a este punto, exponer de forma sucinta, al no ser el objeto del presente apartado, las diferentes teorías existentes a nivel global para abordar la pregunta de quién se considera madre, dejando claro que la solución adoptada por el legislador (la madre es la que da a luz al bebé). Más aún, cuando Álvarez Álvarez, entre otros, consideran que el principio y arcaico aforismo romano de *mater*

¹⁰ Trabucchi, A., “Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista”, *Rivista di Diritto Civile*, vol. XXXII, n. 5, 1986, pp. 495 y ss

¹¹ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana (disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/BOCG/E/E_166.PDF; última consulta: 12/12/2020)



semper certa est "dejó de ser una realidad desde el momento en el que los avances médicos incorporaron la posibilidad de la reproducción humana asistida"¹². En base a esta postura, la madre es incierta, al igual que el padre, por los avances técnicos (o para otros, retroceso humano y moral). Aunque el planteamiento de la presente obra niega rotundamente que este principio haya perdido vigencia, pese al trascurso del tiempo, por los lazos afectivos que se originan entre la madre y el niño, es decir, la llamada teoría del apego, entre otros motivos¹³.

En primer lugar, en conformidad con la teoría de la contribución genética, sería la madre la que ha aportado el material genético, por lo que quedaría excluida la madre que da a luz. Pantaleón pone de manifiesto que el elemento genético define la identidad de la persona, aún a sabiendas del vínculo que puede crearse entre la mujer gestante y el feto durante el embarazo¹⁴. Otros autores han destacado que todo niño puede tener únicamente un padre y una madre

¹² Álvarez Álvarez, H., "Aspectos civiles más relevantes de la gestación por subrogación: La inscripción en el Registro Civil", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 49, 2019, p. 106.

¹³ La teoría del apego surge por primera vez en este libro: Bowlby, J., *El Apego y la Pérdida*, Editorial Paidós, Barcelona, 1998.

Contando con un desarrollo posterior en el siguiente artículo. Answorth, M. D., "Attachment beyond infancy", *American Psychologist*, n. 44, 1989, pp. 709-716.

¹⁴ Pantaleón Prieto, P., "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la democracia*, n. 5, 1988, pp. 25 y ss.



genética, siendo éstos científicamente verificables y esta conexión genética es la que impulsa a los padres biológicos a inclinarse por las TRAs asistida en vez de la adopción¹⁵.

Del análisis de los anteriores autores, se puede destacar que esta teoría resta importancia a la madre gestante y a los vínculos existentes, que se crean en todo proceso gestacional, afectivos o emocionales. Ahora bien, por otra parte, nos encontramos el problema de saber los orígenes genéticos de la persona. Dependiendo de cómo se ponderen estos dos elementos señalados, es decir, vínculos afectivos gestante-bebé u origen biológico, se terminará inclinando hacia una postura u otra.

En segundo lugar, según la teoría intencional, madre es quien desea y quiere ser madre, quien tiene la voluntad procreacional, con independencia de su aporte genético.

Por último, en lo que respecta a la nulidad, la mujer gestante no tiene la obligación de entregar al niño tras el parto, ni el deber de indemnizar a los comitentes por haber incumplido las condiciones de dicho contrato, aun cuando se hayan realizado diversos pagos durante la gestación. Dentro de la nulidad, hay dos posturas divididas. La primera sostiene que la ilicitud se produce por la causa, mientras la otra corriente propugna que se produce por la ilicitud del objeto, como aboga Pantaleón Prieto¹⁶. Mantener la ilicitud de la cosa y del

¹⁵ Andrews, L.B. y Douglass, L., "Alternative Reproduction", *South California Law Review*, n. 65, 1991, pp. 623-626.

¹⁶ Pantaleón Prieto, P., "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la democracia*, n. 5,



objeto presenta importantes implicaciones, dado que en el caso de la ilicitud del objeto se aplicaría el art. 1306 del CC (ninguna de las partes del contrato de gestación por sustitución tendrá acción para reclamar la restitución de las prestaciones ejecutadas). En consecuencia, la parte comitente no tendría derecho a la devolución del pago realizado en el contrato de gestación por sustitución.

1.2. RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (DGRN)

1.2.1. LA RESOLUCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2009 DE LA DGRN

La DGRN dictó la RDGRN, de 18 de febrero de 2009¹⁷, ante la impugnación, por parte de una pareja de comitentes homosexuales, de la denegación de inscripción en RC español del certificado hospitalario del nacimiento de un niño concebido a través de un contrato de gestación por sustitución en EEUU, concretamente California, aunque sí que se llegó a inscribir en el RC californiano. La denegación de la inscripción se hizo en base a que atentaba contra el orden público español.

Esta resolución resuelve que se proceda a inscribir a los menores en el RC español. Sintéticamente, se puede

1988, pp. 27 -28.

¹⁷ RDGRN, de 18 de febrero de 2009
(disponible en:

<https://www.legaltoday.com/historico/jurisprudencia/jurisprudencia-civil/resolucion-de-la-direccion-general-de-los-registros-y-del-notariado-de-18-febrero-2009-2009-04-08/>;
última consulta 10/02/2021)



resumir la citada resolución, esencialmente, en tres argumentos: el primer argumento, en el caso analizado se produce una discriminación por razón de sexo, pues la legislación española permite que la filiación conste a favor de dos mujeres, en conformidad con el art. 7.3 de la LTRHA; el segundo argumento, la no conculcación del orden público internacional español, como sostenían los encargados del RC; el último y tercer argumento, de no inscribir al menor se estaría vulnerando el ISM. Es por ello, por lo que, termina admitiendo la inscripción del certificado registral de California, pues consideraba que este era título suficiente para su inscripción en el RC de España. Así, dispone que se inscriba a los menores, con fundamento en el art. 81 del RRC¹⁸, llevando a cabo un simple control formal del hecho inscrito y que sea conforme al orden público español, no requiriendo un control de la legalidad.

1.2.2. LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010 DE LA DGRN

Un año más tarde, concretamente en el año 2010, la DGRN¹⁹ dictó una Instrucción, debido a que la SJPI n. 15 (se comentará en el apartado sobre la jurisprudencia

¹⁸ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. (BOE n. 296, de 11/12/1958).

¹⁹ E.B., "El altruismo en la gestación subrogada: los casos de Canadá y Reino Unido", *elBoletín*, 8 de julio de 2017 (disponible en: <https://www.elboletin.com/noticia/151264/nacional/el-altruismo-en-la-gestacion-subrogada:-los-casos-de-canada-y-reino-unido.html>; última consulta 10/02/2021).



española), de 15 de septiembre de 2010, anula la anterior Instrucción²⁰. De este modo, la DGRN anuló la RDGRN, de 18 de febrero de 2009. En esta nueva resolución, para que los bebés nacidos fuera de España, como resultado de contratos de gestación por sustitución, pudieran ser registrados como hijos de los comitentes o padres de intención, se deberá presentar en el RC una sentencia o resolución judicial del país de nacimiento del bebé, en la que se establezca la filiación del menor de edad a favor de los comitentes. También habría que aportar el exequátur o que la resolución extranjera sea objeto de un control incidental, para lo que será necesario que figure la identidad de la mujer gestante, salvo que la sentencia se hubiera dictado en jurisdicción voluntaria, en dicho caso se deberá cumplir un control incidental, es decir, una serie de requisitos de carácter meramente formal²¹.

²⁰ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. (BOE n. 243 07/10/2010).

²¹ Los requisitos de carácter formal: "a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución



<http://gabilex.castillalamancha.es>

De acuerdo con los términos de la propia resolución: "sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por el tribunal competente en el que se determine la filiación del nacido", con la finalidad de proteger el ISM. De esta forma, según la resolución, con la resolución judicial no solo se estaría protegiendo al menor, pues también se preserva el derecho de este a conocer sus orígenes biológicos (no los genéticos, pero sí la identidad de la madre gestante) e impide que accedan al registro supuestos de tráfico internacional de menores, así como se garantizaría que las madres gestantes presten su consentimiento plenamente libre, evitando así la explotación de las mismas.

En cambio, González Moreno pone en duda que los órganos judiciales puedan garantizar la autonomía de las madres gestantes. Por lo tanto, la resolución judicial del país en el que se ejecuta el contrato de maternidad subrogada no puede acreditar que se cumplen los derechos de la madre gestante, pues los jueces/as tienen que limitarse (o deberían limitarse) a la aplicación de la ley vigente en dicho país, normativa que puede que no cumpla el requisito del "consentimiento libre e informado". Asimismo, la resolución deduce el supuesto consentimiento de la madre gestante, cuando este consentimiento puede (o

judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado."



pudo) estar viciado²².

Con todo lo expuesto hasta el momento, se puede llegar a la conclusión siguiente: este órgano de la Administración del Estado está actuando contra la legalidad vigente, tal como la interpreta el TS. Estas diferencias y divergencias entre las posiciones de la DGRN y el TS se traducen en inseguridad jurídica para las partes intervinientes, sobre todo para los menores. Todo ello, hace concluir que se está infringiendo el principio de jerarquía normativa de nuestro OJ, en cuanto que el MJ, a través de la DGRN, ha optado erróneamente por considerar que las normas reglamentarias puedan emplearse arbitrariamente en contra del derecho vigente²³.

Según la propia Instrucción: "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". Por ello, para que se proceda la inscripción en el registro consular sería necesario que uno de los solicitantes sea español y se presente ante el encargado del RC una resolución judicial, dictada en el país de origen (en el que se ejecuta el convenio de gestación por sustitución). Este extremo ha sido criticado por algunos autores, como Álvarez González, por el hecho de excluir las certificaciones registrales

²² González Moreno, J. M., "La maternidad subrogada como laboratorio de Biopolítica", *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, vol. 54, 2020, p. 336.

²³ Lasastere Álvarez, C., "La reproducción asistida", *Diario La Ley*, n. 7777, 2012, pp. 1 y ss.



extranjerías, admitiendo únicamente una resolución judicial extranjera para la inscripción de la filiación²⁴. Sin embargo, ya se han expuesto los motivos por los que se exigía una resolución judicial, en vez de una simple certificación registral extranjera.

Hasta hace relativamente poco tiempo, aproximadamente un año, existía una contradicción del art 10 de la TRHA con la Ley sobre el Registro Civil, de 8 de junio de 1957,²⁵ (esta ley vigente hasta el 30 de junio de 2020, momento en el que fue sustituida por la Ley 20/2011, de 30 de abril, del Registro Civil, tras múltiples moratorias y con una *vacatio legis* de aproximadamente nueve años²⁶), y con el Reglamento del Registro Civil, de 14 de noviembre de 1958, ya que ambas permiten la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras firmes que establezcan la filiación del menor como hijo.

Ahora bien, el art. 12.4 del CC español dispone que “se considerará como fraude de Ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una Ley imperativa española”, y, en su apartado 3, que “en ningún caso tendrá aplicación la Ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”. Tampoco se deberían poder inscribirse resoluciones que no sean

²⁴ Álvarez González, S.: “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *Anuario Español De Derecho Internacional Privado*, n. 10, 2010, p. 377.

²⁵ Ley, de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil (BOE n. 151, 10/06/1957).

²⁶ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, (BOE n. 175, 22/07/2011).



conformes con otras normas, valores y principios del orden público español²⁷. Es por ello, que tal contradicción se debería resolver a través de la no inscripción. Este asunto se ha resuelto con la actual LRC, que ya reconoce, en el art. 97.2, (si seguimos el planteamiento, que se comentará en el siguiente párrafo, será el art. 98 relativo a las certificaciones registrales extranjeras), que no será inscribible una resolución judicial extranjera cuando sea "manifiestamente incompatible con el orden público español". Aunque, con anterioridad, como hemos visto, el problema se solventaba con el art. 12 del CC.

De acuerdo con la interpretación de la nueva regulación relativa al RC, "...no se exigiría a partir de la entrada en vigor de la nueva LRC la resolución judicial para realizar la inscripción, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el art. 98¹⁰⁸ de la nueva LRC"²⁸. En base a esto, según Marta Albert, ya no se

²⁷ Aragón Gómez, C., "La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes Arechедerra Aranzadi, L. I., No se alquila un vientre, se adquiere un hijo (La llamada gestación por sustitución), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 29.

²⁸ Albert Márquez, M.M., "Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil", *Diario La Ley*, n.

7863, 2012 (disponible en:

https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE1PwU7DMAz9m uUSCWUdYnDIpeuxQmhU3N3EpIEogcQJ69_jMiSw9GTZfu_pb NiXie8kDYpUgZKRVqUDguB8buq1 OshbptSC3mqfzuDAecMlgUYJQbJJhniGYkVxIAxooN5Igry4M8o_OFHbyzQdBMBd9uN0djWLSGZ0 AQxXCkIzu1Db4hhPMzBIpW8z9qpWgRBDOWHR3FGVJX4_Qv



<http://gabilex.castillalamancha.es>

debería aplicar la Instrucción de la DGRN de 2011,²⁹ en lo relativo a la exigencia de una resolución judicial para inscribir a menores concebidos a través de la maternidad subrogada en un país extranjero. Llega a esta conclusión, dado que el conflicto entre la aplicación de la Instrucción de la DGRN y la nueva LRC debería resolverse a favor de la LRC, pues la ley siempre es de mayor rango que la resolución. Asimismo, la ley no realiza una distinción para el caso de la maternidad subrogada, por lo que se debería aplicar el artículo de la LRC relativo a las certificaciones registrales extranjeras (art. 98 de la LRC), en vez del correspondiente a la inscripción de las resoluciones judiciales (art. 97 de la LRC). Esta nueva realidad legislativa es muy probable que suponga, de acuerdo con Marta Albert, "...la legalización en nuestro ordenamiento jurídico de la gestación de sustitución realizada en aquellos países donde ésta es legal". Lo mismo piensa Vela Sánchez al reconocer que siguen vigentes: "...los criterios fijados por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 —mientras no entre en vigor la nueva Ley del Registro Civil de 2011- ..."30. Es por ello, que, durante el pasado año (junio de 2020

[APyKfaQ9ZQrCmtHibFtb_vuoc70TAXJugX7zASisW7ZWTQIV8QslmewKEeOSKwew20PXYD5eMiQnznTM8_rPKvhKx60zxehMmcBA8AQBo_3N8w1ynxDLYgEAAA==WKE#nDT0000182296_NOTA_19](https://www.gabilex.castillalamancha.es/ver?id_documento=APyKfaQ9ZQrCmtHibFtb_vuoc70TAXJugX7zASisW7ZWTQIV8QslmewKEeOSKwew20PXYD5eMiQnznTM8_rPKvhKx60zxehMmcBA8AQBo_3N8w1ynxDLYgEAAA==WKE#nDT0000182296_NOTA_19); última consulta; 20/05/2021).

²⁹ Creemos que Marta Albert se refiere a la Instrucción de la DGRN del año 2010, pues, en el año 2011, no existe ninguna resolución sobre la maternidad subrogada. Es más, la del año 2010 determina el extremo del requisito de una resolución judicial al que se remite esta autora.



hasta junio de 2021), ya no había estado en vigor la Instrucción citada³¹.

Se tienen que cumplir una serie de requisitos, a tenor de lo que dispone el art. 98 de la actual LRC, para que se pueda inscribir en el RC español un certificado de asiento proveniente de un registro extranjero:

“a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.

³⁰ Vela Sánchez, J., “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia: A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional”, *Diario La Ley*, n. 8927, 2017 (Disponible en:

[³¹ Nota aclaratoria: la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 ha sido sustituida por la Instrucción de 18 de febrero de 2019. Esta última Instrucción, como se analizará más adelante, recupera el contenido de la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Así, ambas instrucciones deberían haber perdido la vigencia, actualizando los artículos de estos autores a fecha de mayo de 2021.](https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE1PTU_EIBD9Nc uFxDdmj1x6fbYGLM23qd0pCiCwLCXf_UmijJC_Px3subz4Kpjn gjPcQsTQyUgLiaUVrMBMYdilIvp7 BNcsnkqPzNDHqcEswswCDRSzZKEF4xRVmlBxkKriAHrCz38or WZeLdxa3Oi1xDDPVdj6mgIJiyPr WHs1GMI6MRYKiA76PRx_utcSuOMDFLxDRj6qpWgiKBv2LWvR J5iV8PsDoL5GLoIO3Wbp51PypT duocytWTJkJtIzDIRicXYZGLTzM0IyyyNY1APnBXyVnrYr7yB_3I QPb5zp6Yf1X9EVInadKow7YTz _PRBewGOYf_N8A_PyO5hzAQAAWKE#nDT0000242074_NOT A15 ; última consulta: 20/05/2021).</p></div><div data-bbox=)



b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la Ley española.

c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas de Derecho Internacional Privado.

d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.”

Cuando sea el asiento un “...mero reflejo registral de una resolución judicial previa será ésta el título que tenga acceso al Registro...”.

Para ello, se deberá reconocer “la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el art. 96” de la ley del RC español. En este caso, los requisitos exigidos son menores:

“a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.

d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.”

Esto hay que completarlo con el art. 13 de la LRC: “Los encargados del Registro Civil comprobarán de



oficio la realidad y legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende, según resulte de los documentos que los acrediten y certifiquen, examinando en todo caso la legalidad y exactitud de dichos documentos.”

En base al art. 98 de la vigente LRC, se pueden extraer algunas conclusiones. En primer lugar, la inscripción de un certificado registral no tendrá por qué ser conforme con la legislación interna de España, es decir, se tendrá que inscribir, aunque incumpla el art. 10 de la LTRHA, excepto si el hijo fruto de la gestación por sustitución fuera español. Ahora bien, la LRC no exige que el RC extranjero tenga idénticas garantías de los hechos a los que da fe, pero sí ha de ostentar análogas garantías a la legislación española. En segundo lugar, en España, se exigirá que el certificado extranjero de un registro foráneo no sea manifiestamente contradictorio con el OJ español. En definitiva, sostener esta tesis, como realiza Marta Albert, supondría volver a la situación propugnada en la resolución de 18 de febrero de 2009, de la DGRN.

Por otra parte, esta Instrucción ha sido criticada, por un sector significativo de la doctrina, ya que, aunque no se estableciese expresamente la nulidad en el art. 10 de la LTRHA, el contrato de gestación por sustitución sería nulo, de acuerdo con las normas civiles del derecho español. En primer lugar, por inexistencia o ilicitud de la causa, siendo ilícita cuando se opone a las leyes o la moral, según dispone el art. 1275 del CC³². En segundo lugar, también debería considerarse el

³² López Peláez, P.P., “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, n. 7777, 2012, p. 668.



contrato como nulo por carecer de un objeto (art. 1261.1 del CC).

Siguiendo la anterior argumentación, también sería nulo, en tercer lugar, en virtud de su objeto, pues la capacidad generativa es indisponible, intransferible y personalísima, constituyendo una *res extra commercium*, a tenor del art. 1271 del CC³³. Asimismo, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, en su art. 21, dispone: "El cuerpo humano y sus partes como tales no deben ser objeto de lucro"³⁴.

De este modo, el cuerpo humano se encuentra fuera de las cosas que están fuera del comercio de los hombres, al ser un bien inalienable que queda al margen de la facultad dispositiva y al ser indisponible, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto de comercio una función de la mujer, tan elevada como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la

³³ Leonseguí Guillot, R. A., "La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n. 7, 1994, p 334

³⁴ Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. (BOE n. 251, de 20 de octubre de 1999).



atribución de la condición jurídica de madre y de hijo.

En una línea de pensamiento opuesta, otros autores afirman que no acaban de ver claro la legitimación que tendría reprimir tales conductas, en un Estado que tolera la prostitución y permite actividades mucho más peligrosas que un embarazo para la integridad física de quien las realiza³⁵. A nuestro juicio, creemos que este argumento (que se permitan actividades que no se deberían llevar a cabo por ser igualmente reprochables) no es un argumento válido para admitir la maternidad subrogada, sino más bien para impedir la maternidad subrogada y las otras prácticas descritas.

Lo que la Instrucción de la DGRN está proponiendo, según Pantaleón Prieto, es una recepción normativa por parte de la legislación española, como puede observarse en la exposición de motivos, y -en base a las concretas directrices de la misma- podría configurarse la estructura básica del convenio de gestación por sustitución para la futura regulación³⁶. Es más, reglamentariamente, se produce una admisión por la vía de hecho, se estaría permitiendo la maternidad subrogada en el OJ español³⁷.

Otros autores también han criticado que se está

³⁵ Pantaleón Prieto, P., "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 15, 1993, p 133.

³⁶ Lamm, E., *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Tesis Doctoral, Barcelona, 2008, p. 146.

³⁷ Roncesvalles Barber, C., "La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.739, 2013, pp. 2905-2950.



produciendo una legalización en cubierta “bajo el criterio de la necesidad de proteger el interés superior del menor, en España a través de la DGRN, se está produciendo una legalización indirecta de la maternidad subrogada”.

De Verda³⁸ disiente de la propia Instrucción de la DGRN, en que la idea de “orden público atenuado” permite reconocer ciertos efectos jurídicos en España a instituciones desconocidas en nuestro OJ. En estos casos, no se admite, lógicamente, la recepción sustantiva de la institución misma, sino sólo alguno de sus efectos. Por su parte, la Instrucción va más allá, es decir, no solo atribuyendo ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el derecho, sino también proponiendo la recepción sustantiva de la misma. Así, esta resolución se podría comprender como un instrumento o un medio en el que se contienen las premisas o bases para la legalización de la gestación por sustitución en España³⁹.

³⁸De Verda y Beamonte, J. R., “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)”, en Conte G. y Landini S. (coord.), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, Tomo I, Universitas Studiorum, Mantova, 2017, pp. 613-614.

³⁹Vela Sánchez, A. J., “La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler” *Diario la Ley*, n. 7608, 2011, (disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAC1N0>)



Por su parte, Manuel Atienza considera que la motivación no es la adecuada, pero, a su vez, reconoce que la resolución es acertada en cuanto al resultado que se deriva de la misma. Por ello, Atienza propone que se debería haber argumentado del siguiente modo: "que la gestación por sustitución no está prohibida en nuestro Derecho; y que esa práctica no contradice ningún principio moral racionalmente justificado ni tampoco los valores y principios de la Constitución española, de manera que no podía entenderse que fuera en contra del orden público español"⁴⁰.

También sostiene que, no hay que hablar de un orden atenuado, como realiza la criticada resolución de la DGRN y también los votos particulares del Tribunal Supremo, sino que habría que sostener que no estamos ante un caso de orden público interno, sino de un orden público internacional de derecho privado definido por el TS, en su sentencia de 06/02/2014,⁴¹ como los principios y valores fundamentales del OJ

U7DMAz8GvISXWwqfCQl1LeJoSg4t1NrCZSljDbKevfY9gsnXz
Wne_ODWmb8CLuNduAhD5WC1
Z3I0qkNAPbEwRCVt1CPreUkQxvpZbt5CZqaARmdo_7u953ip3
iwYCXBnms3j398bTIBLPrTCWtGTZ IUgXyB-
pnbzjWnzdY0wKSahmArsEpBDdOnc7usH8-
9GZFYjW4r7RgETQxLfGokKufEcjHd1jQHRMLaHrLAqHyPfd35a
YPTUQzZimf_7fxWfcIgi-QsYRb- y-LvaQdHAEAAA==WKE ;
última consulta: 20/05/2021)

⁴⁰ Atienza, M., "Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos", *El notario del siglo XXI*, n. 63, 2015 (disponible en: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-63/5373-gestacionpor-sustitucion-y-prejuicios-ideologicos>; última consulta 29/10/2020).

⁴¹ STS de la Sala de lo Civil 835/2013, de 6 de febrero de 2014.



español. Por ello, no habría que dejar inaplicada una norma de derecho internacional privado.

Ahora bien, a nuestro juicio, se debe criticar los argumentos desarrollados por Atienza -orden público del que parte-, puesto que, como ha señalado mayoritariamente la doctrina, ya toma el concepto de la sentencia citada de orden público de derecho internacional privado y, por ello, también el TS e, incluso, la DGRN sostienen lo mismo que la doctrina. Así, la doctrina científica ha propugnado que, en "nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores",⁴² no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las TRA vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, 'cosificando' a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de 'ciudadanía censitaria' en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

Por otra parte, en la Resolución, de 11 de julio de 2014, de la DGRN,⁴³ se pretende justificar la concordancia de la Instrucción, de 5 de octubre de 2010, con la STS, de

⁴² Jiménez Muñoz, F. J., "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 18, 2014, pp. 400-419.



6 de febrero de 2014. En definitiva, pese a ello, como se ha podido observar, la Instrucción no tuvo buena acogida ni entre los que piensan que se está legalizando un contrato nulo ni entre los que piensan que se debería reconocer de modo automático el convenio en el RC.

En definitiva, la decisión de la DGRN no ha contentado ni a los partidarios ni a los detractores⁴⁴ de la maternidad subrogada. Los partidarios han negado que el recurso al principio del ISM puede llevar a soluciones contrarias al orden público español y propiciar un claro fraude de ley⁴⁵.

1.2.3. ÚLTIMAS INSTRUCCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (DGRN): DE LA INSTRUCCIÓN DEL 14 A LA DEL 18 DE FEBRERO DE 2019

El 14 de febrero de 2019⁴⁶, se emite una nueva

⁴³ Esta circular es nombrada por múltiples artículos científicos, pero no la citan convenientemente. González Carrasco, M.C., "Gestación por sustitución: ¿Regular o Prohibir?", *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, n. 22, 2017, p. 138.

⁴⁴ Jiménez Muñoz, F.J., "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución, cit., pp. 402-417.

⁴⁵ Vela Sánchez A.J., "El interés superior del menor como fundamento de la incorporación de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo", *Diario La Ley*, n. 8162, 2013, pp. 1 y ss.

⁴⁶ Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante



<http://gabilex.castillalamancha.es>

Instrucción por parte de la DGRN. Posteriormente, cuatro días más tarde, el 18 de febrero de 2019, se dicta una nueva Instrucción, recuperando lo que disponía la resolución de 5 de octubre de 2010 (que ya hemos comentado). Precisamente, la primera Instrucción en el tiempo pretendía actualizar la del año 2010 por las novedades jurisprudenciales o doctrinales, como indica en su texto.

La Instrucción, de 18 de febrero de 2019,⁴⁷ introduce la novedad de que, en los supuestos que no exista resolución judicial, se pueda establecer la filiación del bebé fruto del convenio de gestación por sustitución. Así, se hace una remisión a un procedimiento para fijar la filiación llevada a cabo en España, en principio podría ser judicial o extrajudicial, al no establecerse nada al respecto. Nada más aporta esta instrucción. En los restantes aspectos, se sigue con lo que disponía la resolución de 5 de octubre de 2010. Por lo que, la novedad de esta es baja, salvo el aspecto puntualizado.

La resolución de 14 de febrero de 2019, que no está en vigor, dado que, cuatro días más tarde, fue sustituida por otra resolución, de 18 de febrero de 2019, sí que era verdaderamente innovadora, por los novedosos e incoherentes aspectos que introducía. De este modo, gestación por sustitución.

La DGRN aprobó la instrucción, aunque no llegó a publicarla en el BOE. (disponible en: https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf; última consulta 01/06/2021)

⁴⁷ Instrucción, de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. (BOE núm. 45, de 21/02/2019)



esta Instrucción disponía que, en los casos que no se pudiera obtener una resolución judicial en el país que había tenido lugar el contrato de gestación por sustitución, se permitía la inscripción cuando se consiguiera probar que la madre o el padre comitente había aportado su óvulo o espermatozoide.

Como medio de prueba podría ser el ADN que certificara la paternidad o maternidad de uno de los progenitores, aunque no se descartaban otros posibles medios probatorios. Asimismo, se debía aportar la certificación registral extranjera o declaración y certificación médica del nacimiento del menor, donde conste la identidad de la madre gestante que acredite el nacimiento y la filiación.

En cambio, con la finalidad de evitar la discriminación al conculcarse el art. 14 de la CE, Vela propone que se debería reconocer al padre biológico, cuando consiga probar que ha aportado los gametos masculinos suyos y, además, inscribir a la madre gestante en el RC. Este planteamiento, aunque no exprese y admita la conveniencia e idoneidad de la primera de las instrucciones, se aparta de lo que disponía la primera resolución de la DGRN, ya que esta permite la prueba del ADN de la madre, no únicamente del padre.

Esto contraviene el principio de nuestro ordenamiento: la madre es la que da a luz al bebé, y no la genética. Es más, con la anterior situación se exigía "la obtención para el nacido del pasaporte del país en el que tuvo lugar el convenio de gestación por sustitución supone el transcurso de varios meses en los que los comitentes o padres de intención se encuentran atrapados en el país donde se ha producido la gestación", con los consecuentes gastos que esto provoca e, incluso, la



pérdida del puesto de trabajo⁴⁸. Ahora bien, si en España la maternidad subrogada está prohibida, lo lógico es que se obstaculice.

Todo ello, incluso, a pesar de reconocer, la primera Instrucción de 2019, los motivos de la exigencia de una resolución judicial previa -que venía requerida por la Instrucción de 5 de octubre de 2010- con la finalidad de dotar de garantías al procedimiento y para la mejor protección y garantías de los intereses concurrentes (ISM y la protección de las madres gestantes). Así, aun admitiendo la motivación y necesidad de la resolución judicial previa, introduce esta facilidad en la inscripción de la filiación en España.

No obstante, según la Instrucción, se pretendía dar cabida a lo que se producía en la práctica: en los RCs consulares, se venía inscribiendo la filiación paterna mediante la acreditación de la paternidad por prueba de ADN o admitiendo otros mecanismos extrajudiciales de determinación de la filiación cuando esta no se hubiera fijado mediante sentencia judicial extranjera⁴⁹. Aunque esta práctica carecía de cobertura legal alguna e incumplía la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Por otra parte, esta flexibilización del reconocimiento de la filiación en España suponía incrementar las facilidades a

⁴⁸ Álvarez Álvarez, H., "Aspectos civiles más relevantes de la gestación por subrogación: La inscripción en el Registro Civil", cit., p. 104.

⁴⁹ Andreu Martínez, M. B., "Una Nueva Vuelta de Tuerca en la inscripción de Menores Nacidos Mediante Gestación Subrogada en el Extranjero: La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 10, 2019, pp. 66-68.



los contratos de maternidad subrogada e introducir incentivos a una práctica prohibida.

El antecedente más relevante de la polémica Instrucción se correspondería con el decimosexto: "si la comitente presenta un vínculo genético con el nacido/a por haber aportado su óvulo para la fecundación, resultará obligado aplicar analógicamente lo previsto en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna, a efectos de determinar la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético hubiere sido empleado en la formación del preembrión transferido a la madre gestante".

La Instrucción analiza la colisión de dos principios que afectan al orden público español: el ISM y la nulidad e interdicción de los contratos de maternidad subrogada. Termina por prevalecer el ISM, amparándose en el art. 2 de la LOPJM⁵⁰. Esta decisión la tomaría (la DGRN) por la situación de desamparo en la que se encontraban muchos menores en el país en el que habían desarrollado el contrato de gestación por sustitución sin resolución judicial previa -especialmente Ucrania por su incidencia en los medios de comunicación, pero también otros países como Georgia con menos repercusión mediática-.

La resolución que se está comentado -la del 14 de febrero- hace un repaso del estado jurídico actual de la

⁵⁰ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE n. 15, de 17/01/1996).



cuestión, como cuando recuerda la sentencia del TEDH del caso Paradiso y Campanelli, de 24 de enero de 2017, en referencia a la relevancia del vínculo biológico con alguno de los progenitores, entre muchos otros pormenores. También aborda otros aspectos, como el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos (de acuerdo con el art. 12 de la Ley 54/2007 de adopción internacional⁵¹, el art. 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño, de 28 de diciembre de 1989, y en la STS, de 21 septiembre 1999).

En el antecedente décimo, incorpora, como criterio básico, la necesidad del consentimiento de la madre gestante libre y que sea después de dar a luz al bebé. Para ello, se apoya en la jurisprudencia de las APs, como el Auto, de 18 de noviembre de 2014 de la AP, de Barcelona (secc 18^a⁵²). Con ello, queda descartado un único consentimiento en el momento de celebrar el contrato de gestación por sustitución. La Instrucción no entra a detallar si debe existir un plazo una vez se ha dado a luz para determinar el consentimiento o sería suficiente con el consentimiento en el posterior e inmediato momento al alumbramiento.

Este extremo no es considerado ni contemplado en la propuesta de la Sociedad Española de Fertilidad (en adelante, SEF), pero otros autores consideran acertada esta previsión, como Lamm⁵³. En el Reino Unido, sí que

⁵¹ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE n. 312, de 29/12/2007).

⁵² Auto de la AP de Barcelona de la Sección 18^a, de 18 de noviembre de 2014.

⁵³ Lamm, E., *Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions D.L,



se contempla este aspecto, al exigirse un plazo de seis semanas para otorgar de nuevo el consentimiento una vez ha nacido el niño. Da la impresión de que la Instrucción está normalizando -una vez más- la maternidad subrogada, basándose en una jurisprudencia menor de las APs. Este extremo -si este consentimiento debe conferirse en el momento de la firma del contrato, con anterioridad al nacimiento del niño o si, posteriormente al nacimiento del niño, debe volver a dar dicho consentimiento- es problemático y objeto de las propuestas regulatorias.

El MJ -por la fuerte polémica que surgió- decidió, acertadamente, retirar esta nota controvertida que abría las puertas a la "maternidad genética". La determinación de la filiación por el material genético hubiera puesto en juego la "teoría de la preferencia de la gestante" (mater sempre certa est: la madre es siempre conocida), consagrada en el OJ español, a favor de la "teoría de la contribución genética". De este modo, la resolución, en su punto tercero, dispone la aplicación de forma análoga del art. 10.3 de la LTRHA a la madre comitente, siempre que la madre intencional haya aportado un óvulo suyo, recordemos que este artículo está pensado para determinar la filiación paterna del comitente.

Asimismo, el RC del país en el que se ha llevado la gestación por sustitución deberá establecer la filiación a favor de la madre comitente (no la gestante) y se deberá constatar la negativa de la madre gestante de hacerse cargo del/de la menor, con el objetivo de evitar la desprotección del niño/de la niña. La Instrucción Barcelona, 2013, p. 150.



<http://gabilex.castillalamancha.es>

resulta sorprendente al afirmar que la mencionada negativa podría deducirse cuando no exista manifestación expresa de la madre gestante, por el simple hecho de haber formalizado un contrato de gestación por sustitución.

También es de destacar que la resolución está pensando en mujeres solteras u homosexuales, pues afirma "únicamente a favor de una mujer distinta de la que ha gestado, por sí sola o bien estando unida a otra mujer en matrimonio o en pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal".

Una instrucción de la DGRN no debería tener una repercusión tan trascendental en el sistema, por lo que nos parece acertada la rectificación llevada a cabo por el MJ. Aunque lo anhele, la DGRN no se puede apoderar del poder legislativo, sin más (por razones obvias). La principal razón, sin embargo, de esta decisión se encuentra en: "...quedará desprotegido en el país donde se produjo la gestación, estando sin embargo inscrito en él, en el correspondiente Registro Civil, como hijo de la madre comitente...". Es por ello, que la protección del menor, sobre todo, la debería otorgar el país que ha dado cobertura legal a los contratos de maternidad subrogada y ha causado esta desprotección. Para no atentar contra la soberanía de los países que proscriben los vientres de alquiler, los Estados, en los que es legal la maternidad subrogada, deberían permitir esta práctica, exclusivamente, cuando uno de los dos padres comitentes sea un nacional suyo.

Por otra parte, en lo que respecta a la Instrucción de 18 de febrero de 2019 -que no es tan extensa como la anterior de veinte páginas-, se aplica desde el día de su



publicación en el BOE (el veintiuno de febrero de 2019), de acuerdo con lo que dispone en su apartado primero. Por lo que, la Instrucción de 14 de febrero únicamente ha estado vigente desde el 18 de febrero -día de su publicación- hasta el día 21 del mismo mes. En el artículo primero, de la Instrucción de 18 de febrero, se establece: "Queda sin efecto la Instrucción de 14 de febrero de 2019.....en relación con los niños que hayan nacido mediante este procedimiento con posterioridad a la fecha de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la presente Instrucción".

Se aplicaría tanto a los que han nacido en dicho intervalo temporal como a los que han iniciado el procedimiento de inscripción en el RC, si nos atenemos al tenor literal de la Instrucción. Parece que está mal redactada, al poder dar a entender que la Instrucción de 14 de febrero de 2019 se aplica a los niños que han nacido con anterioridad a la fecha de publicación de la segunda Instrucción. Es también reiterativa cuando repite expresiones como "a todos los efectos derogatorios" y también "queda sin efecto".

En esta Instrucción, se recuerdan trascendentes argumentos, en la exposición de motivos, como por qué no se debería legalizar la maternidad subrogada, entre otros: el tratamiento como un objeto o simple mercancía del niño nacido fruto del contrato, al atentar contra la dignidad, establecida en el art. 10.1 de la CE; la situación de vulnerabilidad, de indefensión y de abusos en la que se encuentran las mujeres gestantes.

Vela carga duramente (a nuestro juicio, injustamente y sin una fundamentación sólida) contra los anteriores razonamientos, calificando de "insultante" la exposición de motivos, mientras que considera acertada y alaba la



<http://gabilex.castillalamancha.es>

solución planteada en la primera Instrucción del año 2019, es decir, la del 14 de febrero⁵⁴. El principal razonamiento que esboza es el siguiente: “no es un instrumento para abusar de menores o de las madres gestantes”, sino que se trata de “un mecanismo para solventar los problemas de la infertilidad o esterilidad humana no salvables a través de las técnicas reproductivas permitidas”. Ante la necesidad de solucionar los problemas de fertilidad, se debe recurrir a un contrato de gestación por sustitución como “único medio que queda a muchas parejas” para llegar a ser madres o padres biológicos. Ahora bien, olvida la posible explotación y situación de vulnerabilidad de las madres gestantes. Por lo que, parece acertada la segunda Instrucción, en contra de lo que piensa Vela, pues incorpora la perspectiva de género, con el objetivo de intentar luchar contra los abusos a los que se pueden ver sometidas las madres gestantes⁵⁵.

⁵⁴ Vela Sánchez, A., “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.”, cit. (disponible en: [⁵⁵ Quicios Molina, S., “Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y](https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAE2OwWrDMBBEvyZ7CRQ5bQg56BDHLhhMGmq197W82KKq1EorN_77qnUPXRh2YB7DfCYKi6Iby9Nlk4TQRdt0Tbet6nZbd-rIWj-ezuoJ4uK8W96lComAsY_y_mFz0CKryNoBak5oK69l8ePNTAr7DIEPA4VyKQLYM9pninIPcfJfF5zNiGy8KzGsxWYYZKVEvt1xfzwImCnEDMhXM5JjgsmMU5vFKx8Jg56uOJJsnNHG32H8uIF1b3II9xv-B8vEnMt6dmsG2uzfIdMZLbnhb8Y3BE1HihQBAAA=WKE#tDT0000295970_NOTA12; última consulta: 20/05/2021)</p></div><div data-bbox=)



Los ataques realizados a la segunda Instrucción nos parecen no ajustados a la lógica o susceptibles de matización, por dos motivos, básicamente. En primer lugar, resulta evidente que el propósito principal de los que acuden al convenio de gestación por sustitución no es más que colmar sus deseos de ser padres. Esto no quiere decir que, en ocasiones, el contrato no produzca efectos indeseados, incluso se producirían con la mejor de las regulaciones posibles. No se llegarían a eliminar todos los riesgos que afectan a colectivos especialmente vulnerables, como son los menores y las mujeres, en muchas ocasiones, en situación de pobreza extrema. En una ponderación de los bienes que se encuentran en juego, no deberían prevalecer los problemas de infertilidad y el supuesto "derecho a ser padres". En segundo lugar, resulta correcto que es el único medio para ser padres o madres biológicos/cas, pero no es el único medio para lograr ser padres o madres, puesto que pueden recurrir a la adopción de los menores, como reconoce el autor al calificarla de "muy antigua y loable institución".

Por otra parte, la Instrucción de 18 de febrero de 2019 se refiere, expresamente, en su apartado dos, a la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Así, recupera nuevamente el requisito fundamental para establecer la filiación: una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequátur, u objeto del debido control incidental cuando proceda. Nos remitimos al apartado correspondiente en el que se aborda dicha Instrucción. Además, deja claro -en el mismo apartado, pero en

hasta dónde podemos llegar", *Revista de Derecho Privado*, n. 103, 2019, p. 38.



distinto párrafo- que, en el RC consular, no se puede realizar la inscripción, con fundamento en la ausencia de pruebas susceptibles de apreciación en un procedimiento consular. Por ello, no se puede iniciar un procedimiento consular en el RC, con la salvedad de que se cuente con una resolución judicial. En los casos en los que no exista resolución judicial firme, para velar que se cumplen todas las garantías con rigor probatorio, se deberá proceder, una vez en España, con los correspondientes pasaportes de los menores emitidos por el país en el que nace el niño, al inicio del correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del MF, o la interposición de acción judicial de reclamación de la filiación. Es por ello, que “[e]l cambio fundamental introducido es que la inscripción de la filiación – cuando no existe sentencia judicial como se da en los países antes mencionados – no será estimada ante el Registro Civil consular – tal y como venía realizándose –...”⁵⁶.

En conclusión, al no imponer obstáculos a la inscripción de la filiación que procede de países en los que no se emite una resolución judicial que determine la filiación del bebé fruto de un contrato de gestación por sustitución, se está favoreciendo que los padres comitentes no recurran a los países en los que no se emita una resolución judicial. En otras palabras, las instrucciones de la DGRN lo que hacen es desincentivar

⁵⁶ Lazcoz Moratinos, G. y Gutiérrez-Solana Journoud, A., “La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del protocolo n. 16”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n. 2, 2019, p. 686.



la contratación de estos servicios en los países que no emiten una resolución judicial, como sucede en Ucrania, entre otros países que tampoco emiten una resolución judicial para la determinación de la filiación de los bebés que nacen a través de esta modalidad contractual. Sin embargo, ya se han expuesto los motivos por los que se exige una resolución judicial previa.

1.3. LA JURISPRUDENCIA DESARROLLADA A DIFERENTES NIVELES

1.3.1. LA JURISPRUDENCIA EMANADA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Como se ha comentado en un apartado anterior, el JPI de Valencia anula, el 15 de septiembre de 2010, la RDGRN, de 18 de febrero de 2009, ante la demanda del MF, pues consideraba que la anterior resolución infringía el art. 10 de la LTRHA y, además, se conculcaba el orden público español. Frente a este fallo, los comitentes recurren en apelación la anterior sentencia ante la AP de Valencia. Sin embargo, la AP de Valencia desestima el recurso el 23 de noviembre de 2011⁵⁷. Por ello, los comitentes llegan hasta el TS en casación.

El TS, en la STS de 6 de febrero de 2014⁵⁸ y en el ATS del 2 de febrero de 2015, se opone a la inscripción del

⁵⁷ SAP Sección 10ª de Valencia 826/2011, el 23 de noviembre.

⁵⁸ STS de la Sala de lo Civil 835/2013, de 6 de febrero.



nacimiento, como hijo natural, y a la filiación natural por estimar que el contrato, por el que se acuerda la gestación por sustitución, es contrario al orden público internacional español, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 14/2006.

Ahora bien, el TS desarrolla la "Teoría de los Rodeos", así denominada doctrinalmente, en la que reconoce la nulidad del contrato de gestación por sustitución y deniega la inscripción registral como hijos naturales de los comitentes, puesto que así lo establece el art 10 de la LTRHA. No obstante, reconoce que el padre biológico, en base al artículo citado anteriormente, puede reclamar la paternidad, mientras que el comitente que no ha aportado ningún gameto propio puede recurrir a la figura de la adopción (este punto en concreto ya lo hemos aclarado anteriormente). Frente a esta postura, algunos abogan por el reconocimiento de la filiación acreditada en el extranjero en beneficio del ISM, con la finalidad de evitar doble filiación⁵⁹.

El tribunal reconoce que atribuir la filiación natural a los padres comitentes, como sucede en California, contraría el orden público, dado que atenta contra valores constitucionales, como la protección de la infancia, la dignidad de la persona y la integridad moral de la misma.

De lo anterior se puede extraer lo siguiente: el TS español no deja desprotegidos a los niños, a diferencia

⁵⁹ Calvo Caravaca, A. y 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, n. 2, 2015, pp. 105-111.



de lo que sucede con los tribunales franceses en los que no se da alternativa a los menores, más allá de reconocer la nulidad del contrato realizado entre la madre gestante y los comitentes. Por ello, cuando el TEDH se ha tenido que pronunciar sobre el caso francés, ha compelido al Estado francés a que inscribiera a los menores para que no se encontraran desamparados, legislativamente hablando.

Además, la STS establece que para el reconocimiento de una decisión extranjera es necesario que no sea contraria al orden público internacional español, entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la CE y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan.

No obstante, el magistrado Seijas Quintana formuló un voto particular (al que se adhirieron tres magistrados más: Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol), centrando sus esfuerzos en el concepto de "orden público". Esta definición había que entenderla en un sentido "atenuado". En este voto particular, la vulneración del orden público tendría que comprobarse caso por caso (no puede aceptarse sin más -sostuvieron- que la gestación por sustitución vulnera la dignidad de la madre gestante y del niño), y que, en todo caso, el interés del menor debe ponerse por encima del orden público. No son incompatibles el ISM y el orden público. La discusión surge, según Barber, cuando se identifica erróneamente el ISM con la exigencia de la filiación establecida en el contrato de maternidad subrogada, el derecho del niño a tener una identidad única y que el niño sea cuidado por los padres comitentes o de deseo. De hecho, esta



interpretación atenta contra el ISM, ya que le priva del derecho a su propia identidad, e imposibilita conocer y mantener relaciones maternofiliales con la madre gestante⁶⁰.

De este modo, el TS, en la mencionada sentencia, dicta que el principio del ISM tiene la consideración de primordial por el sistema de fuentes a la hora de colmar lagunas e interpretar la legislación, pero, en ningún caso, un tribunal puede contrariar lo establecido en la legislación al ser esta una función reservada al parlamento o al poder legislativo, que es el organismo en el que reside la soberanía nacional, pues el juez está sometido al imperio de la ley (art. 117.1 de la CE). Incluso cita el art. 3, relativo al ISM, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989⁶¹. En este precepto, el ISM presenta una consideración de primordial, por el que deben velar todos los organismos del Estado, ya sean públicos o privados.

En definitiva, este tribunal realiza una ponderación por la colisión de bienes jurídicos que se encuentra en continuo conflicto en el contrato de maternidad subrogada. Este juicio de proporcionalidad acaba decantándose por el ISM, en detrimento de determinadas vulneraciones de derechos como la

⁶⁰ Barber Cárcamo, R., "La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 89, n. 739, 2013, pp. 2944-2946.

⁶¹ 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 (n. 313 BOE 31/12/1990).



evidente mercantilización de la maternidad y del proceso procreacional, la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, la posible explotación de estas mujeres o la cosificación de las mujeres, entre otras posibles vulneraciones de derechos.

Ahora bien, se ha señalado que, ante la necesidad de protección del menor, no debería producirse la legalización de la práctica, pues toda situación de ilegalidad precisada de protección debería legalizarse bajo este argumento, lo que el derecho no se puede permitir en ningún caso⁶². La STS llega a afirmar: "la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él". Es por ello, que el TS admite la compraventa de niños en contextos socioeconómicos desfavorables a favor de padres con un alto poder adquisitivo, pues afirma "cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido", si se asumen los argumentos alegados por la parte⁶³.

Se puede diferenciar entre el ISM in concreto (la

⁶² Nuño Gómez, L., "Una nueva cláusula del contrato sexual: vientres de alquiler", *Isegoría*, n. 55, 2016, pp. 691 y 692.

⁶³ Crevillén Verdet, P., *La libertad reproductiva en el derecho español y comparado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 452.



estabilidad emocional y la integración social, lo que es mejor para el menor) e in abstracto del mencionado interés⁶⁴. Ahora bien, el ISM es un “Concepto Jurídico Indeterminado” (o CJI), no existiendo unanimidad en determinar todos los extremos que comporta este CJI. Así, no hay consenso que lo ideal para el bebé fruto de un contrato de maternidad subrogada sea el reconocimiento de la filiación respecto de los comitentes, en lugar de la madre gestante. Por ello, el tribunal podría estar creando una regla de determinación de la filiación contraria a lo que establece el OJ español.

En cualquier caso, la aplicación de la cláusula general de la consideración primordial del ISM no permite al juez alcanzar cualquier resultado: la concreción de dicho interés del menor debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no los personales puntos de vista del juez; sirve para interpretar y aplicar la ley, y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma.

El ISM es un concepto jurídico indeterminado que, en casos como este, tiene la consideración, de acuerdo con el TS, de “concepto esencialmente controvertido” al expresar un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social. En cualquier caso, la aplicación de la

⁶⁴ Guilarte Martín-Calero, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2014, pp. 13-18.



cláusula general de la consideración primordial del ISM no permite al juez alcanzar cualquier resultado.

Asimismo, debe ponderarse con los demás bienes jurídicos concurrentes, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en el que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación o cosificación de la mujer gestante y del menor. Así, la protección del interés superior de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales, sino que habrá de partir, de ser ciertos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que le dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores.

Para Balaguer, el contrato de maternidad subrogada no conculca únicamente la dignidad de la mujer, sino que también se estaría vulnerando la dignidad del menor y, en consecuencia, se acabaría atacando al ISM. Llega a esta conclusión en base a sólidos argumentos: en primer lugar, el deseo de ser padres no los hace necesariamente buenos padres ni tampoco menos negligentes que los padres y las madres que no acuden a la gestación por sustitución; en segundo lugar, debido a la pluralidad de padres, en función de los óvulos o espermatozoides utilizados, el menor podría llegar a tener hasta cinco madres y padres distintos; en tercer lugar, se estaría vulnerando el derecho de los niños y las niñas a investigar la paternidad, al privarles de conocer a la madre biológica, como recoge el art. 29 de



la CE en el párrafo 2, según el cual: "La ley posibilitará la investigación de la paternidad" o el art. 180.3 del CC que regula el derecho a que las personas adoptadas puedan conocer sus orígenes biológicos⁶⁵.

Aunque también se conculca el principio constitucional de dignidad de la persona, del artículo 10 de la CE, en lo que respecta a la vulnerabilidad de las madres gestantes, ya que pueden verse abocadas a acudir a esta práctica para hacer frente a situaciones de pobreza o marginación social⁶⁶.

El anterior argumento, habría que partir de la consideración de la noción kantiana de dignidad, concretamente de la segunda formulación del imperativo categórico, que dice así: "obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio"⁶⁷. Para Manuel Atienza, esta prohibición de instrumentalizar al ser humano (al ser racional) se entiende, a veces, equivocadamente, como una prohibición de tratar a otro (o a uno mismo) como un medio, como un instrumento⁶⁸.

⁶⁵ Balaguer Callejón, M. L., *Hij@s del mercado: la maternidad subrogada en el Estado Social*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2017, pp. 119 -120.

⁶⁶ Corral García, E., "El derecho a la reproducción humana", *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, n. 38, 2013, p 69.

⁶⁷ Kant, M., *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, trad. M. García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1973, p. 84.

⁶⁸ Atienza, M., "Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos", cit. (disponible en:



Por último, el TS no discrimina a los padres/madres comitentes por razón de sexo, al denegar la inscripción en el RC, puesto que el resultado es el mismo en los siguientes supuestos: pareja/matrimonio homosexual integrado por mujeres, pareja/matrimonio heterosexual, pareja/matrimonio homosexual integrado por varones e, incluso, una persona sola. Esto es debido a que, en el OJ español, el contrato de gestación por sustitución es nulo.

Más tarde, surge el ATS, de 2 de febrero de 2015 (recurso n. 245/2012)⁶⁹, en el que se desestima un incidente de nulidad de actuaciones, previsto en el art. 241 de la LOPJ y el art. 228 de la LEC, interpuesto por los comitentes de la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, ya que el TEDH se acababa de pronunciar en el caso *Menesson Labassee* contra Francia, que en el siguiente apartado comentaremos. Dicho auto trata sobre la posibilidad de que la solución en la anterior sentencia del TS fuera contraria a la jurisprudencia del TEDH, concretamente con la STEDH, de 26 de junio de 2014, casos *Labassee* y *Menesson* contra Francia. Asimismo, determina que la solución adoptada en la sentencia del TS, de 6 de febrero de 2014, no conculca el derecho a la intimidad familiar ni el derecho a una tutela judicial efectiva ni el derecho a la igualdad.

El ATS llega a la conclusión que la jurisprudencia española emanada del TS en esta materia, no es contraria a la jurisprudencia del TEDH y que, en consecuencia, no había lugar a la declaración de

<http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista63/5373-gestacionpor-sustitucion-y-prejuicios-ideologicos>; última consulta 12/12/2020).

⁶⁹ ATS de la Sala de lo Civil 335/2015, de 2 de febrero.



<http://gabilex.castillalamancha.es>

nulidad de la sentencia del TS, de 6 de febrero de 2014. Esto es así, ya que Francia no reconocía ningún tipo de filiación a favor de los menores concebidos a través de la gestación por sustitución, hecho que no pasa en España, pues el hombre comitente biológico puede solicitar la filiación y reclamar la filiación (recordemos el art. 10 de la LTRHA disponía: "queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales"). Por otra parte, si el otro comitente no ha aportado material genético, puede adoptar al menor, como comentamos.

Para finalizar con este apartado, en el año 2019, la AP de Barcelona, concretamente la Sección Cuarta,⁷⁰ se tuvo que pronunciar ante la resolución de contrato por incumplimiento contractual de un convenio de gestación llevado a cabo en el estado de Tabasco de México, lugar donde era legal esta práctica, a través de los servicios prestados por parte de una empresa española llamada SUBROGALIA, S.L. (agencia intermediadora). Dos parejas homosexuales presentaron una demanda, porque no se produjo ningún nacimiento, habiendo garantizado la mercantil española el nacimiento de un menor (niño o niña)⁷¹.

⁷⁰ SAP Sección 4ª de Barcelona 10/2019, de 15 de enero.

⁷¹ El propio contrato la llama "Garantía de Éxito": "*SÉPTIMO. GARANTÍA DE ÉXITO. LA COMPAÑÍA garantiza el buen fin del contrato, es decir, el nacimiento de al menos un niño/a, comprometiéndose a devolver sus honorarios si no se lograse este fin. Para que la COMPAÑÍA asuma esta garantía es necesario que EL/A/LOS CLIENTE/A/ES hayan seguido en todo momento las instrucciones de LA COMPAÑÍA, y que no se hayan negado a continuar con el proceso. Si EL/A/LOS*



Lo sorprendente y llamativo del pronunciamiento de la AP de Barcelona es que resuelve el litigio, sin haber declarado de oficio la nulidad del convenio de gestación por sustitución, como se tendría que haber hecho, pues así se establece en el art. 10 de la LTRHA. Es más, tampoco declara la nulidad de los contratos de mediación que se establecen con la agencia intermediadora ni nombra, la AP de Barcelona, el art. 10 de la LTRHA en toda la sentencia. Esto mismo sucede en la sentencia del JPI n. 55 de Barcelona.

Frente a esta situación, a Gálvez Criado le surgen dudas acerca de si el contrato de gestación por sustitución es nulo en España, aunque asevera que "la tarea de juzgar no es sencilla, pero un buen punto de partida suele ser aplicar la ley"⁷². Coincidimos

CLIENTE/A/ES se niegan a continuar con el proceso, por cualquier motivo o razón, LA COMPAÑÍA no vendrá obligada a devolver cantidad alguna...."

⁷² Gálvez Criado, A., "¿Sigue siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable", *Diario La Ley*, n.9444, 2019 (disponible en:

https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE2OQU_DMAyFfIE3tBto45NAuCCHBQF3h7qZWGy1LIHKK-u8xIAOWniz7fXr2Z6Y4t3Rh9Vy1983hUVf6-vhWNY8Pla4gzT74-azamAkYu6Q2N1dbU4hK0RrQcEang1HI5mewE7XYCQUh9hTrWRXAgdE1IATZQhrD1wEnOyDb4GuMS7bte6XbQmp9d7srdzBRTAKodzuQZ4LRDuOTiBc-EUYzvuJASo7nszBhhenjAs6fZHP89f-zdWaWvI794oFxoUy7dGR7_8--QbitWVPEQEAAA==WKE#nDT0000295818_NOTA17;

última consulta: 20/05/2021)



plenamente, puesto que el juez o tribunal no puede (o no debería) saltarse la ley a su antojo. Asimismo, este pronunciamiento resulta sorprendente, pues ni el TS ni el TEDH (cuando se ha pronunciado en el caso de Francia, Estado en el que también se establece la nulidad como en España) ni la DGRN y, en general, ningún órgano se había planteado la no nulidad del contrato de gestación por sustitución.

1.3.2.LA JURISPRUDENCIA EMANADA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES CON POSIBLE REPERCUSIÓN EN LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA

El TEDH, en sus Sentencias de 26 de junio de 2014 (casos Labassee⁷³ y Mennesson⁷⁴) ha condenado, por unanimidad, a Francia al no permitir la inscripción de los menores en el RC francés⁷⁵. En ambas sentencias, se trata de hijos nacidos en EE. UU., concretamente en el estado de California y el de Minnesota, mediante gestación por sustitución llevada a cabo con óvulos de una donante y también con gametos del varón integrante de la pareja heterosexual comitente, al ser estéril la mujer, pero fértil el varón. La paternidad legal de los comitentes fue declarada por el TS de California, aunque se les deniega, en Francia, la inscripción de los

⁷³ STEDH 65941/11, de 26 junio de 2014.

⁷⁴ STEDH 65192/11, de 26 junio 2014.

⁷⁵ El 26 de julio del año 2016, el TEDH dictó sentencia conjuntamente en los casos Foulon y Bouvet, por hechos muy similares a las sentencias de los párrafos anteriores. STEDH 9063/14 y 10410/14, de 21 de octubre de 2016, caso Foulon y Bouvet contra Francia.



menores y la transcripción de la respectiva acta de nacimiento por tratarse de un caso de maternidad subrogada prohibido en Francia. Al regresar a Francia, los comitentes inician un procedimiento judicial con el objetivo de conseguir la citada inscripción, pero no lograron sus ansiadas pretensiones, debido a la normativa francesa en la materia.

También el TEDH ha condenado a Francia por la imposibilidad de que se reconozca la filiación biológica paterna, la filiación derivada de la posesión de estado o la filiación por adopción por parte de los comitentes. De acuerdo con el tribunal, esta situación: "...supone una situación de incertidumbre jurídica incompatible con las exigencias del art. 8 del Convenio" de Roma. En este artículo, se establece el derecho al respeto a la vida privada y el derecho al respeto de la vida familiar, del que forma parte el derecho a la identidad, derecho del que deriva la filiación. Este punto no se estipula respecto a los comitentes, sino que se determina respecto de los menores de edad. El TEDH considera que nos encontramos ante una familia de facto, ya que, en ambos casos analizados (Labassee y Mennesson), los padres comitentes desempeñaron de padres desde el mismo nacimiento.

Se ha cuestionado cuando, en el párrafo 100, el Tribunal de Estrasburgo afirma lo siguiente: "Dada la importancia del elemento biológico como componente de la identidad y también "no puede considerarse en interés del menor privarle de una relación legal de esta naturaleza cuando la realidad biológica de la relación ha sido establecida y padre e hijo pretenden su pleno reconocimiento." De este modo, se señala que puede llegar a ser controvertida la vinculación de la



paternidad biológica con la identidad y, por extensión, con la vida privada, en base al vínculo biológico que une a los niños concebidos en el contrato de gestación por sustitución y el padre comitente⁷⁶.

Una vez determinado este extremo, el tribunal procede a determinar si la injerencia en el ejercicio de los derechos que el Estado francés ejecuta es conforme a lo que se establece en el segundo párrafo de este artículo: la persecución de un fin legítimo, la previsión de la injerencia en una determinada ley, la proporcionalidad entre la injerencia y el fin perseguido con la misma. En base a estos parámetros, aplicados a los derechos de los menores gestados mediante un contrato de gestación por sustitución, el TEDH llega a establecer que no existe un amplio margen de apreciación por parte del Estado francés. En contra de este planteamiento, se encuentra Iliadou:⁷⁷ ante la falta de consenso entre los propios países europeos en este asunto, que la propia sentencia reconoce, se debería adoptar un mayor y amplio margen de apreciación.

Asimismo, a los menores se les estaría negando o restringiendo determinadores derechos relativos a la

⁷⁶ Farnós Amorós, E., "La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia", *Revista de Bioética y Derecho*, n. 36, 2016. (disponible en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872016000100008; última consulta: 20/05/2021).

⁷⁷ Iliadou, M., "Surrogacy and positive obligations under the European Convention on Human Rights", *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 62, 2017, p. 10.



identidad filial: se les estaría reduciendo a legatarios, negándoles la figura de herederos o limitando sus derechos sucesorios; lo concerniente a la responsabilidad paterna; y restringiéndoles el reconocimiento de la nacionalidad francesa. A estos argumentos, se suma la situación de desprotección y de inseguridad jurídica en la que quedan los menores de edad, se estaría poniendo en riesgo el ISM, según el TEDH. Es por todo ello, por lo que el tribunal termina condenando al Estado francés a reparar el daño moral originado a cada uno de los menores, cuya cantidad ascendía a cinco mil euros. Hemos de realizar dos precisiones: la primera, esta reparación se realiza en favor de los menores, puesto que, a los comitentes, no se les ha conculcado su derecho a la vida familiar y privada; en segundo lugar, cuando el TEDH dictó sentencia, los menores tenían en torno a 13-14 años de edad, por la excesiva dilación del procedimiento.

En cambio, la respuesta de los tribunales y la regulación española son completamente diferentes al caso francés, dado que, en España, sí que se reconoce y se considera siempre como madre a la gestante, es decir, no se atribuye la maternidad a la genética. Posteriormente, el padre biológico podría ejercitar la acción de reclamación de paternidad y que, tras ello, previo consentimiento de la madre gestante, el hijo fuera adoptado.

Por otra parte, la sentencia "Paradiso e Campanelli"⁷⁸, en la que el TEDH considera contrario al orden público italiano recurrir a esta técnica, otorgando la razón a Italia. En este caso de Campanelli, se deniega la

⁷⁸ STEDH de la "Gran Sala" 25358/2012, de 24 enero 2017.



<http://gabilex.castillalamancha.es>

inscripción de un contrato de gestación por sustitución celebrado en Rusia. De este modo, a la vuelta de los comitentes a Italia, les denegaron la inscripción de la filiación a favor del matrimonio, aunque no les retiraron la custodia de los menores. Cuando, después (trascurridos seis meses de convivencia con el menor de edad), detectaron que el menor no guardaba ningún tipo de vinculación genética con el matrimonio Campanelli, se procedió al traspaso del bebé a otra familia distinta mediante la figura de la adopción.

En un principio, sin embargo, la Sección Segunda del TEDH, del 27 de enero del año 2015, dio la razón al matrimonio Campanelli al entender que se transgredía el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷⁹ (CEDH, en adelante) y al considerar que, tras unos seis meses conviviendo con el matrimonio, ya se habían originado vínculos afectivos merecedores de una tutela por parte del sistema, por lo que no se encontraba justificada la retirada de la custodia de los menores y la entrega a otra familia de adopción. Más aún, según el Tribunal de Estrasburgo, si se tiene en cuenta la declaración de aptitud que los comitentes obtuvieron en el año 2006, aunque ya había transcurrido bastante tiempo desde tal declaración hasta el nacimiento del bebé fruto del contrato de gestación por sustitución.

⁷⁹ Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. (BOE n. 108, de 6 de mayo de 1999).



Posteriormente, el Estado italiano recurre la sentencia, estimando la Gran Sala del TEDH el recurso interpuesto (dos años más tarde, en el año 2017), al fallar, por mayoría (seis votos en contra y once votos a favor), que los vínculos o lazos existentes, que en este caso no se aprecian como suficientes y, en consecuencia, no pueden generar una violación de la ley italiana. De hecho, no considera la existencia de una vida familiar entre los comitentes y el menor por la corta duración de la convivencia entre ellos y la inexistencia de vínculos biológicos. Así, se produce una injerencia estatal en la vida privada de los demandantes, siendo dicha intromisión legítima, ya que responde al ejercicio de la autoridad estatal en la materia, por ser el Estado italiano exclusivamente competente para determinar que la filiación se forma, únicamente, a través del vínculo biológico o la adopción legal. Es por ello, que el TEDH no considera que se ha vulnerado el art. 8 del CEDH, relativo a la vida familiar del niño.

En definitiva, en esta última sentencia, el TEDH considera necesaria la injerencia llevada a cabo por parte de Italia. Asimismo, el tribunal aprecia que el CEDH no recoge un derecho a ser padres o madres. Finalmente, hemos de señalar que el voto concurrente en la sentencia de Paradiso e Campanelli (emitida por los seis jueces discrepantes con la sentencia: De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov, entre otros) apunta a que estamos frente a tráfico de seres humanos, cuando no existe vínculo ni gestacional ni biológico entre la gestante y los comitentes, encuadrándose esta práctica en el Protocolo relativo a



la venta de niños y a la prostitución infantil⁸⁰.

En suma, de las sentencias invocadas se observa que el TEDH ha fallado en la sentencia Paradiso y Campanelli en contra de la maternidad subrogada, aseverando que no existe un derecho a ser padre, mientras que, en otros Estados, como Francia, ha obligado a inscribir a los niños procedentes de un contrato de gestación por sustitución. De acuerdo con lo establecido por Simón Yarza,⁸¹ existe una "falta de coherencia entre las sentencias", pues en una se admite el derecho al hijo, mientras que en otra no. Ahora bien, hemos de señalar que la situación de desprotección que se producía en Francia, no se daba en Italia (por los motivos expuestos anteriormente), siendo las circunstancias de cada caso completamente diferentes.

1.4. DICTAMEN CONSULTIVO DEL TEDH

El dictamen, de 10 de abril de 2019,⁸² se elabora tan

⁸⁰⁸¹ Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (BOE» n. 27, de 31 de enero de 2002).

⁸¹ Simón Yarza, F., "Gestación subrogada o vientres de alquiler: reflexiones a la luz del Derecho comparado y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 25, 2017, pp. 19-20.

⁸² Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother P16- 2018-001, de 10 abril 2019



solo seis meses después de la petición de la Corte de Casación de Francia, de 5 de octubre de 2018, en relación con el caso *Menesson*,⁸³ en el cual el padre comitente había aportado también el material genético, pero la madre comitente no había aportado gametos, y la filiación entre el padre comitente y el bebé se encuentra reconocida en el derecho del país en el que se pretende que produzca efectos la gestación por sustitución, esto es, Francia. Esta es la primera vez - desde sus orígenes- en la que dicta una opinión consultiva el TEDH, en aplicación del Protocolo n. 16⁸⁴.

Concretamente, se formulan al TEDH dos preguntas. En primer lugar, si el respeto al artículo 8 del Convenio exige o no que el derecho interno de cada Estado prevea la posibilidad de reconocer la relación entre un niño nacido en el extranjero mediante un acuerdo de gestación subrogada y la madre comitente, en aquellos casos en que no exista vínculo genético con ella, al no haber aportado los óvulos, pero sí con el padre comitente, puesto que ha aportado gametos masculinos. En segundo lugar, si el reconocimiento de la filiación entre la madre comitente no genética y el

⁸³ Arrêt de la Corte Casación francesa 638, de 5 de octubre de 2018.

⁸⁴ Protocol No. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Strasbourg, 2 de diciembre de 2013 (Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf; última consulta: 04/01/2021)

Este Protocolo todavía no ha sido ni firmado ni ratificado por España, ni tampoco parece que se vaya a producir este hecho por ahora, al igual que más de treinta Estados del CEDH.



menor tendría que adoptar obligatoriamente la forma de inscripción en el registro nacional de los datos del certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero, o si, por el contrario, el uso de otros medios, como la adopción, daría igualmente cumplimiento a las exigencias derivadas del CEDH.

De este modo, el Dictamen Consultivo del TEDH trata el supuesto de determinación de la filiación de la maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero, como consecuencia del fenómeno del turismo reproductivo, que más adelante, en otro apartado, se detallará. En lo relativo a la primera de las cuestiones anteriormente enunciadas, en dicho Dictamen Consultivo se estipula que los países deberían regular en su OJ interno para que la madre comitente, sea o no sea aportadora de gametos, se considere como madre legal a través del certificado extranjero de nacimiento que cumpla todos los requisitos en el ordenamiento jurídico de otro Estado extranjero en el que se desarrolla el contrato de gestación por sustitución. Es más, este tribunal asevera y subraya que “se ejerce con más razón la exigencia de prever la posibilidad de reconocer la relación jurídica entre el niño y la madre comitente” cuando el menor de edad nacido mediante un convenio de gestación subrogada se concibe con los propios gametos femeninos (óvulos) de la madre comitente.

En lo que respecta a la segunda de las cuestiones plantadas, el tribunal determina que el reconocimiento como madre legal no tiene que realizarse exclusivamente a través de la inscripción del certificado de nacimiento extranjero, en el país de residencia de



los comitentes, sino que se puede recurrir a la figura jurídica de la adopción por parte de la madre comitente, siempre y cuando este expediente no conlleve dilación en el tiempo innecesaria (concretamente el dictamen habla de “prontitud y eficacia”), con la finalidad de salvaguardar el ISM. Es por ello, que la opinión no exige que los países reconozcan la filiación a través de la inscripción registral del certificado extranjero, dejando un reducido margen de apreciación a los Estados, es decir, se propone la consecución de un resultado, pero se deja margen de maniobra y libertad para lograrlo. Así las cosas, se tienen dos vías alternativas discrecionales por parte de los Estados para reconocer la filiación a los comitentes. Con ello, según dicho dictamen, quedaría salvaguardado el art. 8 del Convenio de Roma.

Esta opinión del TEDH es criticada por “el riesgo de que, en caso de divorcio de la pareja, no pueda la madre comitente acceder a la adopción (arts. 175.4, 176.2, 178.2 CC). En estos casos, la declaración que realiza el TEDH sobre el reconocimiento del vínculo de filiación con la madre comitente podría verse comprometida en la práctica”⁸⁵. Ahora bien, también ha sido alabada: “visto desde el punto de vista del hijo, responde a su interés superior; visto desde la óptica de los comitentes, les permite lograr el resultado pretendido; y visto desde la perspectiva del Estado, le permite defender su sistema de valores y su ordenamiento jurídico y encauzar legalmente la atribución de esa

⁸⁵ Andreu Martínez, M. B., “Una Nueva Vuelta de Tuerca en la inscripción de Menores Nacidos Mediante Gestación Subrogada en el Extranjero: La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019”, cit., p. 75.



filiación”⁸⁶.

Las repercusiones de este dictamen, no vinculante en el OJ español, son realmente escasas. En nuestra normativa, nada impide que la madre comitente adopte al hijo fruto de un contrato de maternidad subrogada que ha tenido lugar en un país extranjero. Así, cuando el padre comitente sea portador de material genético, según el art. 177.2.3 del CC, pasados treinta días desde el parto, la madre gestante renuncia a la filiación y, entonces, la madre comitente puede adoptar al bebé (en este supuesto no se necesita la declaración de idoneidad del art. 176 del CC)⁸⁷.

De ser una pareja de homosexuales, en vez de la madre comitente, sería el otro padre comitente el que puede adoptar, en las mismas condiciones que la madre comitente. De este modo, se refuerza la solución que adoptó el TS español en la STS de 6 de febrero de 2014 y ATS de 2 de febrero de 2015. La celeridad y rapidez que se sugiere en la opinión del TEDH es un poco más discutida en España por la excesiva burocracia, que puede derivar en una lentitud inapropiada en la tramitación del expediente. Ahora bien, la dilación de los trámites, según Barber, no afecta ni pone en peligro alguno al menor. Es más, sin la celeridad y rapidez en los trámites burocráticos, el

⁸⁶ Nanclares Valle, J., “El interés superior del menor en la gestación por sustitución”, *Revista general de Derecho Constitucional*, n. 31, 2020, p. 30.

⁸⁷ Cerdà 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”, *Diario La Ley*, n. 4893, 2011, p. 3.



niño seguiría dentro de su núcleo familiar, denotaría el respeto a los principios emanados por el OJ y, además, se produciría una disuasión del fenómeno del turismo reproductivo a escala internacional⁸⁸.

Por otra parte, en el apartado 34, el TEDH explica que su función no consiste en fundamentar su respuesta ni tampoco en responder a todos los motivos. El art. 4. 1 del Protocolo n. 16, sin embargo, dispone que las "opiniones consultivas serán motivadas". A pesar de esta desafortunada afirmación, la opinión se encuentra suficientemente motivada y fundada, pues incluso realiza un análisis del estado de la regulación de los 43 Estados que conforman el CEDH, en los apartados del 20 al 24. Desde un punto de vista formal, apuntamos cuatro notas: la insuficiente alusión a las observaciones formuladas por las partes; el insuficiente desarrollo del supuesto de hecho; la escasa justificación de la necesidad de la opinión consultiva (posiblemente, porque es evidente); y en cuarto lugar, la reducida extensión y concisión de la opinión consultiva.

Ahora bien, este instrumento permite una disminución de los casos que llegan hasta el TEDH y, además, revigora el principio de subsidiariedad de los jueces y tribunales de los Estados parte en el convenio. Por último, y al margen de lo dispuesto en la opinión consultiva, la utilización de la adopción mediante los instrumentos anteriormente mencionados, cuando el comitente aporta gametos (con la finalidad de evitar la aplicación de la prohibición legal), supone

⁸⁸ Barber Cárcamo, R., "La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", cit., 2013, p. 2947.



verdaderamente un fraude de ley del art. 6.4 del CC⁸⁹.

Siguiendo el anterior razonamiento, una corriente doctrinal contraria a la permisividad de la gestación por sustitución se ha llegado a preguntar irónicamente por qué no se admite directamente la gestación por sustitución al ser los efectos prácticos idénticos a una admisión en nuestro OJ y, por ello, califican tal utilización práctica como "absurda" y se debería revertir inmediatamente⁹⁰. Consideramos que, de forma indirecta, se está consiguiendo el resultado de la maternidad subrogada, pese a lo que se establece en el art. 10 de la LTRHA, y podría cometerse un claro fraude de ley.

2. SITUACIÓN DE DESBORDAMIENTO DEL LEGISLADOR ESPAÑOL: EL TURISMO REPRODUCTIVO

Por la imposibilidad de realizar este contrato en España, nos parece interesante comentar el fenómeno de la internacionalización, que se ha denominado "turismo reproductivo", aunque, en términos más amplios, el turismo médico o de circunvalación⁹¹ no es exclusivo de

⁸⁹ Vela Sánchez, A. J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012, pp. 4 y ss.

⁹⁰ De Verda y Beamonte, J. R., "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)", *Diario La Ley*, n. 7501, 2010, p. 5.

⁹¹ Cohen, G., "Las fronteras del derecho sanitario: Globalización y Turismo Médico", *Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid*, n. 23, 2014, p. 27.



la maternidad subrogada, sino que también se produce en otros ámbitos como el aborto o el suicidio asistido. Este fenómeno implica que, en los países en los que no se encuentra permitida la maternidad subrogada, los comitentes se dirigen hacia países en los que esta práctica está totalmente legalizada. Ahora bien, este fenómeno, según nuestro criterio, va más allá, puesto que no solamente se produce cuando se da la situación de que en un país es legal, en el que se ejecuta el contrato, y en otro país es ilegal, en el que se pretende que se reconozca la filiación.

Esto también se va a producir, según la lógica del mercado, desde países en que es legal la maternidad subrogada hacia países en los que también es legal la maternidad subrogada, pero que tienen distinto poder adquisitivo y, en consecuencia, resultando más asequible el país de destino. Esto se produce en el campo sanitario de las operaciones estéticas que no cubren los sistemas autonómicos de salud. En España, no se encuentra prohibida la realización de injertos de pelo, de aumentos mamarios o de cualquier operación estética, pero los ciudadanos españoles de clase media recurren a países en los que los costes son menores, como, por ejemplo, Turquía.

En otras palabras, desde países desarrollados (en los que el coste del contrato sería más elevado) hacia países en vía de desarrollo o subdesarrollado en los que sería mucho más barato realizar este tipo de prácticas. Para obtener una definición más precisa que las formuladas: desplazamiento de posibles receptores o usuarios de TRAs desde una institución, jurisdicción o país, donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, es más cara o es ilegal, a otra institución,



jurisdicción o país donde pueden obtenerla, sin inconvenientes.

La diferencia de precios que puede llevar a la internacionalización es evidente cuando este tipo de contratos cuesta en EE. UU. en torno a 100 000 dólares, cuando en países en vía de desarrollo o incluso subdesarrollados este importe se reduce hasta más de la mitad. Así, según los datos que ha proporcionado el medio de comunicación BBC News, en India, cuesta de media 47 350 dólares; en Tailandia, 52 000 dólares; en Ucrania, 950 dólares; en México, 45 000 dólares...⁹²

A la hora de analizar el fenómeno del turismo reproductivo es necesario hacer referencia a los riesgos que surgen tanto en el país de origen de los comitentes como en el país de origen de la madre gestante o el de destino de los comitentes.

Desde el punto de vista jurídico, ya hemos visto que genera una serie de problemas por la recepción, que tiene lugar en nuestro OJ, de la filiación que se ha originado en un tercer país. También podría valorarse el choque con los valores arraigados en la sociedad española y la colisión de valores en la sociedad de destino, puesto que, en países, como India, la homosexualidad está mal vista, normalmente acuden parejas a la maternidad subrogada por su incapacidad biológica. Además, habría que considerar los casos de negligencia en el extranjero que después tienen que ser resueltos en el país de origen, situación que puede

⁹² Cheung, H., "Surrogate babies: where can you have them, and is it legal", *BBC News*, 6 de agosto de 2014 (disponible en: <http://www.bbc.com/news/world-28679020>; última consulta 28/ 01/ 2021).



incomodar a los profesionales sanitarios y llegar a tener consecuencias en la relación de confianza que debe existir en la atención sanitaria.

Siguiendo lo comentado anteriormente, los principales proveedores de la maternidad subrogada son los siguientes países: Tailandia, India, Nepal. En estos países, se permite la maternidad subrogada con fines comerciales, pero no es posible analizar la normativa desarrollada por estos países por el reducido tamaño del trabajo que se presenta. Únicamente, hemos de comentar que, en ocasiones, la información que reciben las mujeres va a ser escasa, oscura y muchas veces contradictoria, acentuándose este problema con el hecho de que en ocasiones se ven obligadas a firmar un papel en un idioma diferente del que entienden, no pudiendo ser capaces de comprender todos los extremos del contrato que van a firmar.

Por otra parte, también sería interesante abordar el fenómeno de internacionalización, con las consiguientes consecuencias negativas. Deonandan sostiene que nos encontramos ante una nueva "neocolonización", en la antigüedad, explotábamos los recursos mineros como el oro o la plata, mientras que, en la actualidad, la explotación es el sometimiento al que se encuentran expuestas las mujeres que aceptan la maternidad subrogada⁹³.

Para finalizar, exponemos algunos argumentos curiosos, como la defensa que realiza Vela al propugnar el "considerable ahorro de costes que para los

⁹³ Deonandan, R., Green, S. y Van Beinum, A., "Ethical concerns for maternal surrogacy and reproductive tourism", *Journal of Medical Ethics*, n. 38, 2012, pp. 741-743.



<http://gabilex.castillalamancha.es>

españoles supondría el no tener que viajar al extranjero para realizar la gestación por sustitución y a los ingresos que para la economía nacional supondría la práctica en España de la maternidad subrogada⁹⁴.

También resulta curioso el comentario realizado respecto a la prohibición en España: es evidente que muchas personas evaden y recurren a esta práctica realizándola en otros países para satisfacer sus deseos de ser padres. Y, en consecuencia, el problema que implica su prohibición es la generación de un mercado clandestino, rentable y atractivo para organizaciones que se aprovechan de las situaciones de vulnerabilidad⁹⁵.

⁹⁴ Vela Sánchez, A.J., "La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho", *Diario La Ley*, n. 8055, 2013, (disponible en: [⁹⁵ Camacho, J.M., "Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores", 2009 \(disponible en: <https://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>; última](https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAC2O3UrEMBCFn6a5CUi73fpzkYutVRAWkbUIXk7TMR3MJjWZ1u3bm24dOMzA-ThzfiYMS4sXVkeQBiODpmzK86_SydEHU5DMF72GHuUaCW41cbCUqQoUXu34WfSK2VlgwH14EVcnHfLWbVhQsHQRVXuszdJxVJOwGaJ7CN16pab5qxhS5BwoceQ72oXLBnsCeM6rYScfC_rzCTASbvaghbMvW9ato8TfFwX1WVmDHEBKgPMugYxUBmOCbxpvgp_GZLGNogEF9Ph1O2W4vr7PLi1JEhKCHNzCoXhxp8jcQx4uw7jt1fb-aW9QG1hNzetex2zyhbdopGx_Bouv_i_4BCFmdtWkBAAA=WKE; última Consulta 13/05/2021).</p>
</div>
<div data-bbox=)



Ahora bien, ambos argumentos terminan desmontándose cuando la evidencia muestra que, aun permitiéndose la maternidad subrogada, los comitentes optan por el extranjero, dado que, en países menos desarrollados que España, los costes son menores. Por ello, los anteriores argumentos quedan desmontados, ya que la legalización no terminaría con el recurso a otros países por lo expuesto.

3. CONCLUSIONES

-PRIMERA: El legislador español ha declarado nulo el contrato de gestación por cuenta ajena, pero no ha legislado nada más en la materia, dejando una inseguridad jurídica en el OJ español. Si realmente lo que pretende el legislador es prohibir esta técnica de manera eficaz y eficiente, debe establecer una legislación que imposibilite a los intermediarios que proveen estos servicios al mercado, a través de multas de una elevada cantidad que les haga poco interesante este tipo de actividad mercantil.

-SEGUNDA: Con la situación legislativa actual de fracaso, pese a parecer que claramente la voluntad del legislador es la de prohibir esta técnica, se está corriendo el riesgo de que la sociedad empiece a aceptar esta práctica por ver su uso normalizado sin ninguna consecuencia jurídica para nadie. Con el paso de los años, estamos casi seguro que el legislador cambiará y se terminará haciendo una regulación permisiva de la gestación por sustitución. A no ser que se adopten las medidas que se señalan en la presente obra académica.

Consulta 13/05/2021).



-TERCERA: El fenómeno de la maternidad subrogada se ha internacionalizado para sortear los obstáculos que se ponen, esto es, lo que se denomina turismo reproductivo. Tratar este problema requiere legislar vía tratado internacional para garantizar todos los intereses que se encuentran en juego. Si no se llega a legislar a través del derecho internacional, se corre el riesgo de permitir la gestación por sustitución, en contra de la legislación de otro Estado. Se puede incluir un artículo en los propios ordenamientos que permiten la maternidad subrogada en el que se exija como requisito que uno de los dos comitentes sea un nacional de ese propio Estado. Esto evitaría el problema de la internacionalización.

4. FUENTES DE INFORMACIÓN

4.1 BIBLIOGRAFÍA

Albert Márquez, M.M., "Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil", *Diario La Ley*, n.7863, 2012.

Álvarez Álvarez, H., "Aspectos civiles más relevantes de la gestación por subrogación: La inscripción en el Registro Civil", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 49, 2019.

Álvarez González, S.: "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero", *Anuario Español De Derecho Internacional*



Privado, n. 10, 2010.

Andreu Martínez, M. B., "Una Nueva Vuelta de Tuerca en la inscripción de Menores Nacidos Mediante Gestación Subrogada en el Extranjero: La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 10, 2019.

Andrews, L.B. y Douglass, L., "Alternative Reproduction", *South California Law Review*, n. 65, 1991.

Aragón Gómez, C., "La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes Arecherra Aranzadi, L. I., No se alquila un vientre, se adquiere un hijo (La llamada gestación por sustitución), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

Atienza, M., "Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos", *El notario del siglo XXI*, n. 63, 2015

Balaguer Callejón, M. L., *Hij@s del mercado: la maternidad subrogada en el Estado Social*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2017.

Barber Cárcamo, R., "La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, vol. 89, n. 739, 2013.

Bowlby, J., *El Apego y la Pérdida*, Editorial Paidós, Barcelona, 1998.



<http://gabilex.castillalamancha.es>

Calvo Caravaca, A. y 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, n. 2, 2015.

Cerdà 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", *Diario La Ley*, n. 4893, 2011.

Cohen, G., "Las fronteras del derecho sanitario: Globalización y Turismo Médico", *Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid*, n. 23, 2014.

Answorth, M. D., "Attachment beyond infancy", *American Psychologist*, n. 44, 1989, pp. 709-716.

Corral García, E., "El derecho a la reproducción humana", *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, n. 38, 2013.

Corredor Agulló, Á., "Matizaciones y controversias respecto a la maternidad subrogada: una mirada crítica de las cuestiones terminológicas, técnicas y jurídicas", en Estellés Peralta, M.P. (dir.), Salar Sotillos, M.J. (coord.), *Maternidad Subrogada: La Nueva Esclavitud del Siglo XXI*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

Crevillén Verdet, P., *La libertad reproductiva en el derecho español y comparado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.



De Verda y Beamonte, J. R., "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)", *Diario La Ley*, n. 7501, 2010.

De Verda y Beamonte, J. R., "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", en Conte G. y Landini S. (coord.), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, Tomo I, Universitas Studiorum, Mantova, 2017.

Deonandan, R., Green, S. y Van Beinum, A., "Ethical concerns for maternal surrogacy and reproductive tourism", *Journal of Medical Ethics*, n. 38, 2012.

Díaz Romero, M.R., "La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico", *Diario La Ley*, n. 7527, 2010.

Fabre, C., *Whose Body is it Anyway? Justice and the Integrity of the Person*, University Press, Oxford - Nueva York, 2006.

Farnós Amorós, E., "La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia", *Revista de Bioética y Derecho*, n. 36, 2016.



Gálvez Criado, A., "¿Sigue siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable", *Diario La Ley*, n. 9444, 2019.

González Carrasco, M.C., "Gestación por sustitución: ¿Regular o Prohibir?", *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, n. 22, 2017.

González Moreno, J. M., "La maternidad subrogada como laboratorio de Biopolítica", *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, vol. 54, 2020.

Guilarte Martín-Calero, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.

Heredia Cervantes, I., "La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVI, fascículo II, 2013.

Iliadou, M., "Surrogacy and positive obligations under the European Convention on Human Rights", *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 62, 2017.

Jiménez Muñoz, F. J., "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución", *Revista Boliviana de Derecho*, n. 18, 2014.

Kant, M., *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, trad. M. García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1973.



Lamm, E., *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Tesis Doctoral, Barcelona, 2008.

Lamm, E., *Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions D.L, Barcelona, 2013.

Lasastere Álvarez, C., "La reproducción asistida", *Diario La Ley*, n. 7777, 2012.

Lazcoz Moratinos, G. y Gutiérrez-Solana Journoud, A., "La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del protocolo n. 16", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n. 2, 2019.

Leonseguí Guillot, R. A., "La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo ", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n. 7, 1994.

López Peláez, P.P., "La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria", *Diario La Ley*, n. 7777, 2012.

Nanclares Valle, J., "El interés superior del menor en la gestación por sustitución", *Revista general de Derecho Constitucional*, n. 31, 2020.

Nuño Gómez, L., "Una nueva cláusula del contrato sexual: vientres de alquiler", *Isegoría*, n. 55, 2016.



Pantaleón Prieto, P., "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la democracia*, n. 5, 1988.

Pantaleón Prieto, P., "Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 15, 1993.

Paternan C., *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995.

Quicios Molina, S., "Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar", *Revista de Derecho Privado*, n. 103, 2019.

Roncesvalles Barber, C., "La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.739, 2013.

Simón Yarza, F., "Gestación subrogada o vientres de alquiler: reflexiones a la luz del Derecho comparado y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 25, 2017.

Trabucchi, A., "Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista", *Rivista di Diritto Civile*, vol. XXXII, n. 5, 1986.

Vela Sánchez A.J., "El interés superior del menor como



fundamento de la incorporación de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, n. 8162, 2013.

Vela Sánchez, A. J., “La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario la Ley*, n. 7608, 2011.

Vela Sánchez, A. J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012.

Vela Sánchez, A., “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*, n. 9453, 2019.

Vela Sánchez, A.J., “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho”, *Diario La Ley*, n. 8055, 2013.

Vela Sánchez, J., “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia: A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional”, *Diario La Ley*, n. 8927, 2017.

4.2 NORMATIVA

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



<http://gabilex.castillalamancha.es>

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 (n. 313 BOE 31/12/1990).

Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. (BOE n. 251, de 20 de octubre de 1999).

Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000. (BOE n. 27, de 31 de enero de 2002).

Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. (BOE n. 108, de 6 de mayo de 1999).

4.3 INFORMES, OPINIONES E INSTRUCCIONES

Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement



abroad and the intended mother P16- 2018-001, de 10 abril 2019.

Camacho, J.M., "Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores", 2009 (disponible en:

<https://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>; última Consulta 13/05/2021).

Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana (disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/BOCG/E/E_166.PDF; última consulta: 12/12/2020)

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

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. (BOE n. 243 07/10/2010).

Instrucción, de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de



reproducción humana asistida (BOE n. 126, de 27/05/2006)

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

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

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE n. 15, de 17/01/1996).

Ley, de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil (BOE n. 151, 10/06/1957).

Protocol No. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Strasbourg, 2 de diciembre de 2013 (Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf; última consulta: 04/01/2021)

4.4 DECISIONES JUDICIALES

Arrêt de la Corte Casación francesa 638, de 5 de octubre de 2018.

ATS de la Sala de lo Civil 335/2015, de 2 de febrero.

Auto de la AP de Barcelona de la Sección 18ª, de 18 de noviembre de 2014.

SAP Sección 10ª de Valencia 826/2011, el 23 de noviembre.

SAP Sección 10ª de Valencia 826/2011, el 23 de



noviembre.

SAP Sección 4ª de Barcelona 10/2019, de 15 de enero.

SAP Sección 4ª de Barcelona 10/2019, de 15 de enero.

STEDH 65192/11, de 26 junio 2014.

STEDH 65941/11, de 26 junio de 2014.

STEDH 9063/14 y 10410/14, de 21 de octubre de 2016, caso Foulon y Bouvet contra Francia.

STEDH de la "Gran Sala" 25358/2012, de 24 enero 2017.

STS de la Sala de lo Civil 835/2013, de 6 de febrero de 2014.

STS de la Sala de lo Civil 835/2013, de 6 de febrero.

4.5 PRENSA

Cheung, H., "Surrogate babies: where can you have them, and is it legal", *BBC News*, 6 de agosto de 2014 (disponible en: <http://www.bbc.com/news/world-28679020>; última consulta 28/ 01/ 2021).

E.B., "El altruismo en la gestación subrogada: los casos de Canadá y Reino Unido", *elBoletín*, 8 de julio de 2017 (disponible en: <https://www.elboletin.com/noticia/151264/nacional/el-altruismo-en-la-gestacion-subrogada:-los-casos-de-canada-y-reino-unido.html>; última consulta 10/02/2021).

5. ABREVIATURAS EMPLEADAS

ADN: ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO.

AP: AUDIENCIA PROVINCIAL.

APs: AUDIENCIAS PROVINCIALES

Art.: ARTÍCULO.



Arts.: ARTÍCULOS.
ATS: AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO.
BOE: BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO.
Cap.: CAPÍTULO.
CC: CÓDIGO CIVIL.
CE: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.
CEDH: CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
CJI: CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO.
CS: CIUDADANOS.
DGRN: DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y
DEL NOTARIADO.
EE. UU.: ESTADOS UNIDOS.
ISM: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.
JPI: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA.
LEC: LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.
LO: LEY ORGÁNICA.
LOPJ: LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL.
LRG: LEY DEL REGISTRO CIVIL.
LTRHA: LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN
HUMANA ASISTIDA.
MF: MINISTERIO FISCAL.
MJ: MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA.
N.: NÚMERO.
OJ: ORDENAMIENTO JURÍDICO.
P.: PÁGINA.
Párr: PÁRRAFO.
PP.: PÁGINAS.
RC: REGISTRO CIVIL.
RCs: REGISTROS CIVILES.
RDGRN: RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE
LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.
RRC: REGLAMENTO DEL REGISTRO CIVIL
S.L.: SOCIEDAD LIMITADA.



SAP: SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
SEF: SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD.
SJPI: SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA
INSTANCIA.
Ss: SIGUIENTES.
STEDH: SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE
DERECHOS HUMANOS.
STS: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.
TEDH: TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
TRA: TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA
(HUMANA).
TS: TRIBUNAL SUPREMO.
UE: UNIÓN EUROPEA.
Vol.: VOLUMEN.