



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA.
Su estudio a través de un caso pionero.

SURROGACY IN SPAIN.
His study through a pioneering case.

Autor/es

Marina Montolío Nicolás

Director/es

Carlos Martínez de Aguirre

Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho
Año 2017-2018

INFORMACIÓN

Autora: Marina Montolío Nicolás

Director del TFG: Carlos Martínez de Aguirre

Título del trabajo: La gestación subrogada en España. Su estudio a través de un caso pionero.

Título del trabajo en inglés: Surrogacy in Spain. His study through a pioneering case.

Titulación: Derecho – Administración y Dirección de Empresas (DADE)

Universidad: Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. UN CASO PIONERO EN ESPAÑA: SU HISTORIA PROCESAL .	5
2.1. Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.	6
2.2. Sentencia JPI de Valencia de 15 de septiembre de 2010.....	8
2.3. Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.....	9
2.4. Sentencia de la AP de Valencia de 23 de noviembre de 2011.	11
2.5. Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 y Auto del TS desestimando la nulidad de las actuaciones de 2 de febrero de 2015.	11
· Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.....	11
· Voto particular.	12
· Auto desestimando la nulidad de las actuaciones de 2 de febrero de 2015.	13
2.6. TEDH casos Labassée y Mennesson vs Francia y caso Paradiso vs Italia.....	14
· Labassée y Mennesson contra Francia.....	14
· Caso Paradiso contra Italia.....	15
· ¿Por qué son importantes las sentencias del TEDH?.....	16
3. CONCEPTOS CLAVE	17
3.1. Orden público internacional español	18
3.2. Interés superior del menor	22
· ¿Interés INFERIOR del menor?.....	23
· ¿Interés SUPERIOR del menor?.....	25
3.3. Fraude de ley o fórum shopping fraudulento.....	25
3.4. Vulneración del principio de igualdad y discriminación por razón de sexo u orientación sexual	27
4. VÍAS ALTERNATIVAS ANTE LA POSIBLE ILEGALIDAD.....	29
5. CONCLUSIONES.....	33
6. BIBLIOGRAFIA.....	35

1. INTRODUCCIÓN

El tema escogido para hacer el Trabajo Fin de Grado es la gestación subrogada. Una definición, a mi entender acertada, de este concepto aparece recogida en el FD 1 de la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 que señala que la gestación subrogada o también llamada 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 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.

Otras denominaciones utilizadas por la doctrina y en el lenguaje de la calle han sido vientre o madre de alquiler, alquiler de útero, gestación por encargo, etc. No obstante la Asociación Son Nuestros Hijos considera estos términos despectivos¹.

La gestación subrogada está prohibida en España a tenor del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, mas está permitida en otros países a los cuales acuden los futuros progenitores españoles para cumplir su deseo de ser padres, tras lo cual tienen que inscribir a los menores fruto de dicha gestación en el Registro Civil español como hijos suyos y aquí es donde surge el problema, al determinar la legislación española la maternidad a favor de la mujer que alumbró al niño.

A pesar de estar prohibida en nuestro país, el motivo principal que ha llevado a numerosos progenitores a recurrir a esta técnica de reproducción ha sido el deseo de procrear, de tener descendencia o el anhelo de formar una familia y que por diversas causas no lo han podido llevar a cabo de la manera tradicional. Por ejemplo por ausencia de útero, por posibles riesgos derivados de un embarazo (lesión cardiaca en una mujer), imposibilidad biológica (un hombre soltero o dos varones), esterilidad, fracaso de otras técnicas de reproducción, querer tener un hijo biológicamente propio (a diferencia de la adopción), por la rapidez del proceso o requisitos más laxos, etc.

Las partes implicadas en el contrato serán la madre gestante que también puede ser la biológica en caso de donar los óvulos, los comitentes o progenitores intencionales que

¹ SON NUESTROS HIJOS, ASOCIACIÓN DE FAMILIAS POR LA GESTACIÓN SUBROGADA. Disponible en: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/p/qu.html> [Consultado 24/04/2018]

aportarán o no los gametos y en su caso un donante que facilitará el material reproductivo no entregado por las otras partes.

A lo largo de este trabajo mi propósito es analizar los argumentos dados por los progenitores, por la DGRN, por la doctrina, por los tribunales españoles y europeos a raíz de un caso pionero en España en el cual un matrimonio español homosexual formado por dos varones, pretendía inscribir a dos niños nacidos en California fruto de un vientre de alquiler como hijos suyos. En sus alegaciones batallaron dos principios muy importantes en el derecho español como son: el interés superior del menor y el orden público internacional español en el cual se integran otros principios constitucionales como la dignidad de la mujer gestante y el niño, la no comercialización de las personas, la integridad moral, etc.

El motivo por el que he escogido profundizar en este tema ha sido principalmente por mi desconocimiento respecto al mismo. Me parecía interesante ampliar mis conocimientos alrededor de una técnica que hoy en día parece estar en auge. Además en el proceso de documentación previa, pude comprobar que había posiciones muy enfrentadas al respecto y me pareció sumamente atractivo conocer los diferentes puntos de vista. Con este trabajo pretendo, en la medida de lo posible, plasmar todas estas ideas y ampliar mis conocimientos sobre la gestación subrogada para tras ello poder dar mi opinión algo más informada al respecto.

2. UN CASO PIONERO EN ESPAÑA: SU HISTORIA PROCESAL

El supuesto que se va a analizar a lo largo de este trabajo, es uno de los que más alcance ha tenido tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, por ser un caso pionero. Se ha escrito mucho sobre él y sobre las cuestiones que en él se trataban. A raíz del mismo, se dictaron una Resolución y una Instrucción por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), sentencias del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, de la Audiencia Provincial de Valencia y del Tribunal Supremo. También numerosa doctrina que expresaba su opinión en relación al caso.

Ante la imposibilidad biológica de concebir un hijo juntos, un matrimonio de nacionalidad española formado por dos varones decidió acudir a California, donde fruto de una gestación subrogada nacieron dos mellizos que con fecha 7 de noviembre de 2008 el matrimonio quiso inscribir en el Registro Civil Consular de España en Los

Ángeles aportando para ello diversos documentos entre ellos una certificación de nacimiento en la que ambos varones constaban como progenitores de los menores.

No obstante, el 10 de noviembre de 2008 el encargado del Registro Civil Consular dictó un auto denegando la inscripción, amparado la negativa en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)². El responsable alegó que los menores eran fruto de una gestación por sustitución, prohibida expresamente por la legislación española.

El matrimonio interpuso un recurso ante la DGRN, que se resolvió con fecha 18 de febrero de 2009.

2.1. Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

El objetivo perseguido por el recurrentes no era determinar la filiación de los menores, sino que se decidiera sobre si una filiación ya decretada en virtud de una certificación registral extranjera podía acceder el Registro Civil español. Dicha inscripción además, según afirma Heredia³, suele perseguir otros fines como la obtención de documentos para el menor (por ejemplo; un pasaporte español para salir del país en el que se ha producido el nacimiento).

En este caso el hecho inscribible se había producido fuera de territorio español. De acuerdo con el artículo 15 LRC/1957⁴, son competentes las autoridades españolas si el suceso afecta a un español. Para que el hijo tenga dicha nacionalidad, el padre o la madre tienen que ser españoles a tenor del artículo 17.1.a) del Código Civil. Éste es un círculo vicioso puesto que para determinar la filiación del menor, es necesario conocer su nacionalidad y para saber ésta es preciso establecer previamente su filiación. La situación queda resuelta al no exigir el precepto que la filiación haya quedado

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

³ HEREDIA CERVANTES, I. «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», en *ADC*, tomo LXVI, 2013, pp. 691-692.

⁴ Artículo 9 de la LRC/2011 que entrará en vigor el 30/06/2018 si no se admite la prórroga de 2 años que está en vías de tramitación tras haber sido presentada una enmienda con este propósito. BERBELL, C (2018). «Luz verde en el Congreso para la “vacatio legis” de 2 años de la Ley del Registro Civil, ahora queda el Senado». *El Confidencial*, 25 abril. Disponible en: <https://confi.legal.com/20180425-luz-verde-en-el-congreso-para-la-vacatio-legis-de-2-anos-de-la-ley-del-registro-civil-ahora-queda-el-senado/> [Consultado 28/05/2018]

legalmente determinada, es suficiente si se acredita el “hecho físico de su generación” o si constan “indicios racionales de su generación física por progenitor español”⁵.

La DGRN estimó el recurso interpuesto por el matrimonio y procedió a la inscripción del certificado de nacimiento utilizando para ello los siguientes argumentos: en primer lugar la DGRN señaló cómo se puede proceder a la inscripción en el Registro Civil español de un nacimiento de un sujeto español en el extranjero. Éste se puede efectuar de dos maneras distintas a saber: a través de la declaración del sujeto (artículo 168 RRC) o por la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido (artículo 81 RRC). Esta segunda vía fue la empleada en el caso que nos ocupa.

La aplicación del artículo 81 RRC⁶ excluye tanto la utilización de normas españolas de conflicto de leyes como las normas sustantivas a las que éstas puedan conducir, es decir en este caso el artículo 10 de la LTRHA. Dictaminó la DGRN que una certificación registral era una decisión extranjera, por tanto el acceso de la misma al registro constituía no una cuestión de Derecho aplicable sino de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”. Recordaba además que la certificación registral no es una sentencia judicial que cause efecto de cosa juzgada y que por tanto desemboque en una situación inalterable y oponible *erga omnes*.

Los artículos 81 y 85 RRC⁷ no exigen que la solución dada por las autoridades extranjeras y las españolas sean idénticas⁸, pero sí un control de legalidad para comprobar que el documento sea “público”, que haya sido autorizado por una autoridad extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las desarrolladas por las españolas y que éste no produzca efectos contrarios al orden público internacional español (OPIE).

Como después se desarrollará a lo largo del apartado 3 de este trabajo, la DGRN no consideró vulnerado el OPIE al entender que la certificación no lesionaba los principios

⁵ FD 6 de la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notario.

⁶ Artículo 81 RRC. *El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales.*

⁷ Artículo 85 RRC. *Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española // Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. // La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente.*

⁸ FD 2 de Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notario.

jurídicos básicos del Derecho español, además a su parecer la solución a la que se llegase debía respetar y proteger en todo momento el interés superior del menor tipificado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Así mismo, la Dirección entendió que los interesados no habían cometido fraude de ley y tampoco habían incurrido en *forum shopping* fraudulento.

La DGRN estimó el recurso interpuesto por los comitentes, y tras los argumentos señalados, acordó la inscripción de la certificación registral norteamericana en el Registro Civil Consular de la que resultó que los menores eran legalmente hijos del matrimonio recurrente.

Esta Resolución fue criticada por parte de la doctrina⁹. Uno de los aspectos reprochados fue que de acuerdo con el derecho californiano, para obtener la filiación de un niño nacido a través de gestación subrogada, se necesita la obtención de una decisión judicial previa al alumbramiento en la que se homologa dicho contrato y se declaran extintos los derechos de la madre gestante. La inscripción de la certificación registral extranjera lo que hace es reflejar los efectos de esta decisión judicial previa, por tanto de acuerdo con Heredia¹⁰ el artículo que debía ser aplicado era el 83 RRC¹¹ y no el 81 RRC.

2.2. Sentencia JPI de Valencia de 15 de septiembre de 2010.

La Resolución de la DGRN fue recurrida en sede judicial por el Ministerio Fiscal, dando lugar a la Sentencia del JPI de Valencia de 15 de septiembre de 2010. Uno de los primeros argumentos dado por la DGRN que examinó el JPI (FD 3) fue comprobar si el artículo 10 de la LTRHA era aplicable o no al caso concreto para ello el Juez estimó que la certificación debía cumplir los requisitos formales que exige el artículo 85 RRC. Tanto el Juez como la DGRN estaban de acuerdo en que estos se cumplían, pero la discrepancia se centraba en al alcance del examen de fondo de la Resolución.

La DGRN afirmó que el precepto aplicable era el 81 RRC, a diferencia del JPI que entendió que era el 23 LRC¹², de acuerdo con el cual, el encargado del registro tiene que comprobar la realidad del hecho inscrito y examinar si la inscripción que se pretende es

⁹ HEREDIA CERVANTES, I. «La Dirección... » cit., p. 699.

¹⁰ HEREDIA CERVANTES, I. «La Dirección... » cit., p. 699.

¹¹ Artículo 83 RRC: 1. No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla requiere *exequatur*, deberá ser previamente obtenido.

¹² Artículo 23 LRC. Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. // También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.

conforme con la ley española. Con el primer control se persigue comprobar si realmente ambos solicitantes son padres de los menores, cuestión que si bien formalmente es cierta, biológicamente resulta del todo imposible al tratarse ambos de dos varones. El segundo control pasa por determinar si de haberse producido el hecho en España, éste hubiera resultado legal.

Otra de las cuestiones objeto de discusión, fue al alcance de la salvaguarda del interés superior del menor. Ambos convenían que éste era un principio supracomunitario que debía que ser respetado y protegido, empero el JPI entendía que dicha protección no legitimaba las actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico español, o dicho de otra manera, que el fin no justificaba los medios y que este interés podía ser protegido con los mecanismos señalados en el artículo 10.3 LTRHA. Así mismo, el tribunal, en contraposición a lo afirmado por la DGRN, consideró que sí se había dado una situación de *fórum shopping* fraudulento.

Finalmente el Juzgado estimó la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal y en consecuencia dejó sin efecto la inscripción realizada. Este fallo fue recurrido en apelación ante la Audiencia Provincial por el matrimonio, mas antes de dictar sentencia, el 23 de noviembre de 2011, la DGRN publicó la Instrucción de 5 de octubre de 2010 por la cual alteraba el criterio defendido en la Resolución de 18 de febrero de 2009.

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

Con esta Instrucción la DGRN perseguía dos objetivos claros, por un lado dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor y por otro salvaguardar los derechos de las mujeres gestantes. Para ello la DGRN estableció las directrices para dar uniformidad y seguridad jurídica al sistema.

Los dos requisitos que se establecieron para poder inscribir una relación de filiación derivada de una gestación por sustitución previamente establecida por una autoridad extranjera y que son los que se exigen en la actualidad son: la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada en el país de origen por el tribunal competente y que ésta sea reconocida en España.

Con la primera condición se busca controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, permitiendo constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento por no haber incurrido en error, engaño,

violencia o coacción, así como otros requisitos establecidos en la ley de origen para entre otras cosas, verificar que no existe simulación en el contrato.

La segunda formalidad consiste en reconocer en España la resolución dictada por el tribunal competente, lo cual se puede hacer de dos maneras: instando el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, o bien en aquellos casos en los que la resolución derive de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, bastará el mero control incidental de la misma. En ausencia de legislación que dictamine los requisitos de dicho control, la DGRN estableció las cinco condiciones a cumplir: a) regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial y los documentos presentados; b) competencia del tribunal de origen basada en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; c) haber garantizado los derechos procesales; d) no haber vulnerado el interés superior del menor ni los derechos de la madre gestante, prestando especial atención al consentimiento otorgado; e) firmeza de la resolución judicial y consentimientos irrevocables.

Por tanto, a tenor de este nuevo criterio dictaminado por la DGRN, no podrá inscribirse una relación de filiación derivada de gestación por sustitución presentando ante Encargado del Registro una certificación registral extranjera, sino que será necesaria una sentencia judicial.

El contenido de esta Instrucción, según Heredia¹³, ha recibido numerosas críticas por parte de la doctrina que afirma que la misma vulnera las normas de rango superior como son los artículos 23 LRC, 81 y 85 RRC que sí que permiten la inscripción a través de la presentación de una certificación extranjera, por tanto la DGRN estaría aboliendo dichos preceptos sin tener competencia para ello. Así mismo se critica la discriminación que sufrirían los padres comitentes que acuden a países donde no se reconoce la filiación a través de un procedimiento judicial (por ejemplo Rusia o India).

Heredia¹⁴, discrepa de esta visión doctrinal y afirma que de acuerdo con los artículos 9 LRC y 41 RRC, la DGRN tiene competencias de ordenación y dirección y gracias a ello está legitimada, como superior jerárquico, para interpretar los requisitos exigidos a través de una instrucción, estableciendo las pautas de actuación para los encargados del registro.

¹³ HEREDIA CERVANTES, I. «La Dirección... » cit., p. 703.

¹⁴ HEREDIA CERVANTES, I. «La Dirección... » cit., p. 705.

De esta Instrucción se deben destacar algunos aspectos como que en ningún momento se mencionase la aplicación o no del artículo 10 LTRHA, ni tampoco la vulneración o no del orden público internacional o la existencia o no de fraude de ley. Hay que señalar además que con esta Instrucción, la DGRN está amparando una práctica prohibida por la legislación española (artículo 10 LTRHA), dando una solución a las gestaciones producidas en el extranjero y no a aquellas que se producen dentro de las fronteras nacionales, por lo que con ello se estaría discriminado aquellas que tienen lugar en nuestro país.

2.4. Sentencia de la AP de Valencia de 23 de noviembre de 2011.

Ante el fallo dictado por el JPI en contra de lo establecido en la Resolución de la DGRN, los comitentes recurrieron la sentencia ante la Audiencia Provincial, la cual se pronunció fundamentalmente sobre cuatro cuestiones: el principio de jerarquía normativa que a su entender obligaba a aplicar el artículo 23 LRC, la vulneración del orden público internacional, la salvaguarda del interés superior del menor pero no a cualquier precio y la no concurrencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual que alegan los recurrentes. En el apartado 3 del presente trabajo se desarrollarán más en profundidad los argumentos dados por la Audiencia que confirmó la sentencia dictada por el JIP, cancelando la inscripción de la filiación a favor de los padres intencionales.

Ésta fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, cuya interposición se basó en un único motivo: «la infracción del artículo 14 CE por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única y el interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño (CDN)».

2.5. Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 y Auto del TS desestimando la nulidad de las actuaciones de 2 de febrero de 2015.

- ***Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.***

Los argumentos esgrimidos por el matrimonio y que fundamentaron el recurso fueron tres. En el primero alegaban que habían sido objeto de una discriminación por razón de sexo por no permitir inscribir la filiación a favor de dos varones, que fue rechazada por

el Tribunal al considerar que la denegación traía causa de la prohibición del contrato de gestación por sustitución y no por su orientación sexual¹⁵ (FD 4.2).

El segundo argumento fue la vulneración del interés superior de los menores así como su derecho a tener una identidad única que no se viera alterada al cruzar las fronteras. El Tribunal juzgó que si bien este interés merecía una especial protección, ello no podía hacerse a costa de vulnerar otros principios constitucionales como el respeto a la dignidad de la mujer y el niño, el respeto a la integridad moral, la protección de la infancia, etc. (FD 3.6, 3.10 y 3.11).

En tercer lugar, los recurrentes afirmaron que si bien la legislación española considera nulo y no permite ejecutar en España un contrato de gestación subrogada, ello no impedía el acceso al Registro Civil español de una filiación resultante de dicho contrato al ser ésta una consecuencia periférica del mismo, cuestión de la que discrepaba el TS.

Además el Tribunal estimó oportuno aclarar que a su entender la técnica jurídica aplicada no debía ser la del conflicto de leyes sino la del reconocimiento de las decisiones extranjeras, aplicando para ello los artículos 23 LRC, 81 y 85 RRC que exigen un control de fondo y forma, comprobando la realidad del hecho inscrito y la legalidad conforme a la ley española.

El TS señaló en el FD 3.4 que la pluralidad de ordenamientos jurídicos y la libre circulación de las personas hacen que cada vez sean más frecuentes las relaciones jurídicas proyectadas sobre diversos ordenamientos y que como consecuencia de ello, las mismas tengan que ser reconocidas en otros estados. Aplicando las normas de reconocimiento, según afirman Calvo Caravaca y Carrascosa González¹⁶, se conseguiría que los derechos de los particulares se volvieran más estables al permitir que las decisiones tuvieran efectos transfronterizos y que las soluciones fueran más eficientes al no ser preciso volver a litigar en el país de destino.

- ***Voto particular.***

Los magistrados disidentes estaban de acuerdo en que la técnica jurídica aplicable era la de reconocimiento y no la del conflicto de leyes. Mas discreparon de la mayoría que

¹⁵ Desarrollado con más detalle en el apartado 3.4 del presente trabajo.

¹⁶ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derecho Humanos», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.7, Nº2, 2015, pp. 70.

afirmaba que no se había respetado el OPIE, así mismo entendieron que el interés superior del menor había quedado gravemente afectado a consecuencia del fallo de la mayoría al dejarlos en un limbo jurídico incierto, pues consideraba que este interés era superior y que el mismo formaba parte del OPIE, por tanto su protección era prioritaria y preferente ante los demás principios implicados.

- ***Auto desestimando la nulidad de las actuaciones de 2 de febrero de 2015.***

Tras las sentencias emitidas por el TEDH en los casos Labassée y Mennesson, el matrimonio promovió el incidente de nulidad de las actuaciones frente a la sentencia dictada por el TS. Los promotores del incidente afirmaron que durante el proceso se habían quebrantado tres derechos fundamentales a saber: el derecho a la tutela judicial efectiva, discriminación por razón de sexo y vulneración de la intimidad familiar.

Alegaban la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) porque, a su entender, habían sido infringidas las normas sobre la prueba y carga de la prueba, así como por la alteración del debate procesal al pasar desde una cuestión registral civil a otra diferente sobre las consecuencias de la ilicitud en España de la gestación por sustitución. Para fundamentar su pretensión, los recurrentes alegaron que la sentencia se había basado en hechos no probados como la existencia de un contrato de gestación por sustitución o una sentencia de un tribunal californiano. A lo que el TS replicó que si bien estos hechos no habían sido probados, los recurrentes los habían ido admitiendo a lo largo de todo el proceso y consideraba que éstos no actuaban de buena fe al cuestionar sus propias alegaciones ya que además eran ellos los que ostentaban la disponibilidad sobre la prueba y que por tanto eran los responsables de la falta de acreditación de determinadas cuestiones.

En segundo lugar nuevamente alegaron la violación del derecho a la igualdad por discriminación por razón de nacimiento en el caso de los menores y con motivo de su orientación sexual en el de los progenitores, argumento rechazado por el TS¹⁷.

Por último, invocaron la trasgresión del derecho a la intimidad familiar materializada en el derecho a la procreación médicamente asistida, que el Tribunal no consideró vulnerado al estimar que el derecho a crear una familia no es un derecho ilimitado que pueda suponer crear lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico.

¹⁷ Desarrollado con más detalle en el apartado 3.4 del presente trabajo.

Tras clarificar estas cuestiones, el TS analizó las sentencias de los casos Labassée y Mennesson dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2.6. TEDH casos Labassée y Mennesson contra Francia y caso Paradiso contra Italia.

- ***Labassée y Mennesson contra Francia***

Cada sentencia trata de dar respuesta a dos casos presentados por unos matrimonios heterosexuales franceses que habían acudido a EE.UU. donde habían contratado con una mujer la gestación subrogada de sus bebés, fruto del cual nacieron dos gemelas en el primer caso y una niña en el segundo. En ambos supuestos había relación biológica al menos entre uno de los progenitores intencionales y las menores.

En California y Minnesota, Estados donde había tenido lugar el alumbramiento, los tribunales dictaron sendas sentencias que dieron lugar a las correspondientes actas de nacimiento en los Registros Civiles de los citados Estados. De este modo quedó establecida la relación de filiación de las menores con sus padres intencionales.

Sin embargo, las autoridades judiciales francesas se negaron a inscribir en el Registro Civil francés las actas de nacimiento al ser consideradas contrarias al orden público francés que prohíbe la gestación subrogada.

Los recurrentes interpusieron, tras un largo proceso, recursos de casación invocando el artículo 8 del Convenido Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH)¹⁸ que establece el derecho de toda persona a que se le respete su vida privada y familiar.

El TEDH consideró una injerencia la negativa por parte de las autoridades judiciales francesas a reconocer la relación de filiación, pero entendió que la misma se encontraba prevista por ley y perseguía la salvaguarda de dos fines legítimos como son la protección de la salud y la preservación de los derechos y libertades de los demás al intentar defender con ésta intromisión el interés del menor y de la madre gestante. Sin embargo, estimó que la misma no era necesaria en una sociedad democrática al

¹⁸ Artículo 8 CEDH. 1.Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia. 2.No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia este prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

perjudicar en exceso al menor creando una situación de incertidumbre respecto a su identidad, nacionalidad y posibilidad de heredar como hijo. Tal injerencia provocaba una situación de desequilibrio entre los legítimos objetivos perseguidos por el Estado al prohibir la gestación subrogada y el interés superior del menor.

En lo relativo al derecho al respeto de la vida familiar, el TEDH consideró que si bien ésta se había visto afectada, los obstáculos acaecidos no eran insuperables y éstos no habían impedido disfrutar a las dos familias de una convivencia pacífica. De hecho la familia Mennesson llevaba conviviendo más de 10 años. Por lo que este derecho sí había sido respetado.

No así el derecho a la vida privada de las niñas del que se derivan el derecho a ostentar una identidad única cada vez que crucen la frontera, la nacionalidad francesa, el derecho a poder heredar como hijas y no como legatarias, etc. Ello provocaba un quebranto en el interés superior de las menores.

La piedra angular que hizo que el TEDH estimase vulnerado el artículo 8 del CEDH fue el hecho de que el Estado francés no permitiera el reconocimiento de la filiación entre el matrimonio y las menores por ningún cauce. Ni por transcripción de actas de nacimiento, ni por actas de notoriedad, ni por filiación biológica paterna, tampoco por adopción ni posesión de estado. Sobre todo reprochaba el Tribunal de Estrasburgo no poder reconocer la filiación respecto al padre biológico, como sí lo permite la legislación española (artículo 10.3 LTRHA).

- ***Caso Paradiso contra Italia***

En el presente supuesto un matrimonio italiano heterosexual acudió a Rusia donde contrataron con una mujer la gestación de su hijo. Tras el alumbramiento, se expidió el certificado de nacimiento por las autoridades rusas, mas las italianas denegaron la inscripción del citado documento.

El progenitor había aportado su material reproductor, no obstante cuando se llevaron a cabo las pruebas de paternidad en Italia, éstas determinaron que no existía vínculo genético entre el padre intencional y el menor.

Ante estos hechos se ordenó la retirada del menor de los progenitores intencionales, siendo atendido por los servicios sociales tras lo cual se abrió el proceso de adopción durante el cual no se permitió que los comitentes mantuvieran el contacto con el bebé y

tampoco optasen a ser padres adoptantes, por lo que el menor fue adoptado por otra familia, recibiendo una nueva identidad.

En este asunto fueron de vital importancia las fechas. El menor nació en febrero de 2011, fue retirado de los padres en octubre de 2011 y el TEDH emitió su primera decisión en enero de 2015, considerado violado el artículo 8 del Convenio anteriormente citado empero cambio su opinión en la sentencia de la Gran Sala emitida en enero de 2017, al ser recurrida la primera por el Gobierno italiano.

Las tres principales razones que llevaron al Tribunal a dar la vuelta a su decisión inicial fueron¹⁹ por un lado el hecho de no existir lazo biológico entre los comitentes y el menor, por otro que el recién nacido hubiera estado menos de 6 meses conviviendo con los progenitores intencionales, por lo que no se había generado una relación afectiva que pudiera suponer una vida familiar, y además que la injerencia de las autoridades italianas fuera conforme con las exigencias del artículo 8 del CEDH.

- ***¿Por qué son importantes las sentencias del TEDH?***

A tenor de lo expuesto por Calvo Caravaca y Carrascosa González²⁰, «las sentencias del Tribunal de Estrasburgo hay que leerlas con cuidado puesto que una cosa es lo el Tribunal dice y otra lo que hace». “Lo que dice” es que la admisión en un país de una filiación constituida en otra nación no es obligatoria, con ello el TEDH se cuida de imponer de modo expreso a los Estados el CEDH, mas es una frase vacía de contenido puesto que “lo que hace” es establecer que todo Estado Parte del citado Convenio deba admitir la filiación legalmente acreditada en el extranjero ya que de otro modo el TEDH consideraría vulnerado el artículo 8 del CEDH. Sin embargo, hay que tener cuidado con esta afirmación pues es anterior al caso Paradiso donde en la sentencia emitida en enero de 2017 el TEDH consideró NO vulnerado el artículo 8 CEDH aunque la filiación había sido determinada en Rusia a favor de los padres intencionales.

Calvo Caravaca y Carrascosa González²¹, antes de la sentencia Paradiso de enero de 2017, afirmaban que en los casos internacionales, los Estados que prohíben la gestación subrogada, buscan legislar de tal modo que con ello desincentiven la práctica de acudir a otros Estados donde sí está permitida, por ejemplo impidiendo la inscripción de la

¹⁹ ORGANIZACIÓN PROFESIONALES POR LA ÉTICA (2017). “Tribunal de Estrasburgo en el caso Paradiso y Campenelli vs Italia: hacia la abolición internacional de los vientres de alquiler”.

²⁰ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Gestación por ...s», *cit.*, pp. 96-112.

²¹ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Gestación por... », *cit.*, p.97.

filiación. Éstos se suelen amparar en la vulneración del orden público internacional, mas el Tribunal estima que esta excepción no puede operar de manera abstracta²², sino que debe ser proporcionada, razonada y justificada, respetando los derechos recogidos en el artículo 8 CEDH. Debiéndose fundar la negativa en alguno de los motivos tipificados en el artículo 8.2 CEDH, en concreto la protección de la salud o de la moral y/o la protección de los derechos y libertades de los demás, siempre y cuando resulten necesarias en una sociedad democrática. Con ello, el TEDH, pretende llegar a un equilibrio entre la defensa de los derechos individuales y los intereses generales, teniendo en cuenta que el interés superior del menor siempre debe prevalecer sobre los demás intereses en juego.

En los casos estrictamente nacionales la situación es diferente. Los Estados Parte del CEDH son libres para regular la gestación subrogada y el reconociendo o no de la filiación como estimen oportuno. Según Calvo Caravaca y Carrascosa González²³ ello es así al no haber sido resuelto el problema de manera expresa en el CEDH, al no haberse podido llegar a un consenso entre los diversos Estados con puntos de vista diferentes sobre un tema del que derivan importantes cuestiones éticas.

3. CONCEPTOS CLAVE

Esta técnica de reproducción humana asistida ha suscitado numerosos debates éticos, morales, médicos, filosóficos, económicos, judiciales, etc. no habiéndose llegado a un consenso respecto al tema ya que, como se ha podido ver a lo largo del caso estudiado, las soluciones dictadas por la DGRN han sido diferentes a la dadas por los tribunales.

Esta falta de entendimiento no se ha materializado únicamente en el hecho de permitir o no la inscripción de la filiación de un menor nacido mediante esta técnica, sino que el debate también ha afectado a la forma de entender los conceptos, derechos, principios y valores de vital importancia para decantar la balanza en uno u otro sentido, tales como el interés superior del menor, el orden público internacional, el fraude de ley o *forum shopping* fraudulento, la discriminación por orientación sexual, la dignidad, la comercialización de la persona, el respeto a la vida privada y familiar, la identidad única y la nacionalidad. Éstos han sido interpretados de manera diferente por la DGRN, por los tribunales españoles y europeos y por la doctrina.

²² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Paradiso vs Italia. § 197.

²³ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Gestación por...», cit., p.97.

3.1. Orden público internacional español

Éste es uno de los conceptos que más discrepancias ha suscitado, no tanto por su definición a pesar de ser un concepto jurídico indeterminado, como por su vulneración o no a la hora de permitir la inscripción de una filiación determinada en el extranjero.

La Resolución de la DGRN de 18 febrero de 2009 en el FD 5 junto con la sentencia del TS mencionada más arriba en el FD 3, definen el orden público internacional español como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos enmarcan, los cuales garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española.

En este apartado se plasmarán algunos de los argumentos dados a favor y en contra de la vulneración del orden público internacional español (OPIE). Y es que según Calvo Caravaca y Carrascosa González²⁴ se podrían apreciar dos grandes tendencias al respecto (siendo está una clasificación un tanto simplista puesto que dentro de cada una hay numerosas matizaciones). Por un lado se encontraría la postura defendida por el TS que afirma que la certificación extranjera que determina la filiación de un menor nacido mediante gestación por sustitución “vulnera en todo caso” el OPIE y es por la que apuesta la mayoría de la doctrina civilista según Barber Cárcamo²⁵ y en el lado contrario los argumentos otorgados por el TEDH en los casos Labassée y Mennesson, la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN y el voto particular discrepando de la opinión mayoritaria del TS, que afirman que dicha certificación “no lesiona en todo caso” dicho orden, ya que habrá que estar al caso concreto.

Para resolver el caso, el JPI juzgó apropiado aplicar el artículo 23 LRC el cual establece que el encargado del registro deberá comprobar la realidad del hecho inscrito y la conformidad con la ley española. El JPI matiza en el FD 3 que el tenor literal del precepto no menciona en ningún momento el OPIE, ni la legislación, ni el ordenamiento jurídico español. No utiliza conceptos genéricos e indeterminados, sino que menciona expresamente a la ley. Por tanto de ello se podría interpretar que realmente lo que el JPI considera vulnerado no es tanto el orden público internacional, sino el tenor literal de la

²⁴ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Gestación por... », cit., p.67.

²⁵ BARBER CÁRCAMO, R. «La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de un ilegalidad y remedios para combatirla)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 739, 2013, p. 2939.

ley que en el artículo 10 LTRHA prohíbe el contrato de gestación subrogada, que según la DGRN no debía ser aplicado al caso ya que no había que determinar la filiación de los menores, sino que lo que había que resolver era si una filiación ya establecida en el extranjero podía acceder al Registro Civil español.

El TS señaló que cuando el artículo 23 LRC exige que la certificación sea conforme con la ley española, el legislador no pretende una absoluta conformidad en todos y cada uno de los aspectos, sino que lo que persigue es el respeto a las normas, principios y valores que integran el OPIE y en concreto aquellos que tengan que ver con la familia o las relaciones paterno-filiales los cuales son considerados derechos fundamentales que requieren de una especial protección, debiéndose aplicar a su parecer las normas de reconocimiento. Los principios que a su entender conforman el OPIE son principios tales como el libre desarrollo de la personalidad (art 10.1 CE), el derecho a la intimidad familiar (art 18.1 CE), protección de la familia y de los hijos (art 39 CE), protección a la infancia (art 39.4 CE), derecho a la integridad física y moral (art 15 CE) y el respeto a la dignidad de la madre y el hijo. Por tanto en este punto el TS discrepaba de lo sentenciado por el JPI que hacía una interpretación literal del precepto.

Para la AP (FD 2) y para el TS (FD 3.6 y 3.10) se habían vulnerado principios tales como la dignidad humana de la madre y el niño al cosificarlos (art 10 CE), la integridad moral (art 15 CE), el principio de no comercialización de las personas, la prohibición de que los recién nacidos puedan ser objeto de transacción, que a su vez guarda relación con el artículo 1.271 del CC que establece que podrán ser objeto de contrato cosas que no estén fuera del comercio de los hombres vinculado a su vez con el artículo 1.275 CC que impide la producción de efectos a los contratos con causa ilícita. En este sentido, el artículo 39.2 CE prescribe que los poderes públicos tendrán que asegurar la protección integral de los hijos y de las madres.

De Verda y Beamonte²⁶ afirma que el contrato infringe el principio de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil al tratarse en el mismo las facultades reproductivas y de gestación que no pueden ser objeto de tráfico jurídico, además señala que con el mismo se busca modificar las normas que determinan la constitución de la relación paterno filial y la atribución de la condición de madre e hijo. El autor critica que a pesar de la importancia de ambos principios, los mismos no fueron debidamente considerados

²⁶ DE VERDA y BEAMONTE, J. DE VERDA y BEAMONTE, J. «Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho Español». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero 2016. P.1.

en la sentencia del TS que nombra de manera marginal la indisponibilidad del cuerpo y no hace ninguna referencia a la indisponibilidad del estado civil.

Esta misma tendencia de pensamiento es la que sigue Barber Cárcamo²⁷ que reflexiona y concluye diciendo que el contrato de gestación por sustitución supone una transacción sobre el cuerpo humano y sobre la vida humana futura, que choca frontalmente con la dignidad de las personas. Afirma que este documento convierte en objeto una facultad humana personalísima como es el hecho de generar una vida humana nueva, así como el resultado de dicha gestación que sería una futura persona la cual sería tratada como objeto y no como sujeto. Así mismo advierte que el contrato convierte en materia disponible la identidad humana y el estado civil de las personas, que normalmente se excluyen de la autonomía de la voluntad por su incidencia en el orden social y en los intereses generales. Todos ellos principios que integran el OPIE que estaría siendo vulnerado.

Tanto la AP como el TS consideraron que lo más probable era que el legislador hubiera motivado su prohibición en los principios citados que de acuerdo con la sentencia del TC n° 54/1989 de 23 de febrero FD 4, actúan como límite para el reconocimiento de las decisiones de autoridades extranjeras y para que los ciudadanos elijan entre las respuestas que los distintos ordenamientos otorgan a una misma cuestión.

Calvo Caravaca y Carrascosa González²⁸, tras haber hecho un análisis exhaustivo de la sentencia, entendieron que el TS había estimado vulnerado el OPIE por tres motivos; 1) el fraude de ley, ya que los recurrentes acudieron al extranjero para burlar la aplicación del derecho español 2) vulneración de la dignidad, ya que el reconocimiento de la filiación supondría considerar a la madre y al recién nacido como mercancías, 3) discriminación económica al posibilitar a gente con dinero salir al extranjero para poder tener un hijo por gestación subrogada en contra de los que no disponen de los medios económicos para ello, discriminación que también se produce según Barber Cárcamo²⁹.

Cuatro magistrados del TS discreparon del criterio mayoritario al no considerar vulnerado el OPIE, y así lo hicieron constar en el voto particular. Lo principal que quisieron plasmar en contra de la decisión mayoritaria, fue que para resolver la cuestión se tenía que estar al caso concreto, y no valorar los datos en abstracto como se había

²⁷ BARBER CÁRCAMO, R. «La legalización...», cit., pp. 2.939- 2.942.

²⁸ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Gestación por... », cit., p. 74.

²⁹ BARBER CÁRCAMO, R. «La legalización...», cit., p. 2.942.

hecho a lo largo de todas las resoluciones, instrucciones y sentencias. Según su opinión, en la sentencia del TS se había tutelado el OPIE de manera preventiva sin ser ello correcto. El mismo parecer tienen Calvo Caravaca y Carrascosa González³⁰ que a su vez basan su argumentación en la sentencia BGH Alemania de 10 diciembre de 2004 caso XIIZB 463/13. Opinión que también compartían los recurrentes y por ello interpusieron un recurso por la nulidad de actuaciones contra la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 alegando el quebranto de las reglas sobre práctica de la prueba. Los recurrentes denunciaron que los hechos en los que se había basado la sentencia no habían resultado probados, sino que se habían dado por entendidos (FD 3), sin embargo el Tribunal discrepó y consideró que el derecho no había resultado dañado.

Afirman Calvo Caravaca y Carrascosa González que en el caso concreto que nos ocupa «debería haber quedado demostrado que los niños fueron objeto de comercio, que la madre gestante fue engañada y prestó su consentimiento no informado o que vendió sus servicios con exclusivo ánimo de lucro, percibió beneficios indebidos o que fue obligada a prestar sus servicios concurriendo intimidación, violencia o por su situación de pobreza (...) que no quiso renunciar en ningún momento a su patria potestad sobre el menor (...) que en este caso concreto se hubiera vulnerado la dignidad de la mujer y el niño y también el orden público internacional (...) y además que darle la filiación a los padres intencionales colocaría a los menores en una situación extrema que les perjudicaría».

En este punto merece la pena traer a colación el final de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN que determina los requisitos que tiene que cumplir una resolución judicial y que tienen que ser controlados por el encargado del Registro Civil. En ellos se exige que para poder acceder al Registro se tienen que haber garantizado los derechos procesales de las partes, que no se haya vulnerado el interés superior del menor y los derechos de la madre, que el consentimiento haya sido prestado de manera libre y voluntaria, sin incurrir error, dolo o violencia y que sea irrevocable. Siendo los tribunales extranjeros los que tienen que verificar que todas estas circunstancias se cumplen en el caso concreto. Lamm³¹ propone que dicho control se haga antes de la gestación para con ello evitar los posibles problemas que pudieran surgir tras el alumbramiento.

³⁰ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Gestación por...», cit., p. 78.

³¹ LAMM, E. «Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos» en *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol.4,2016, pp.94.

Los magistrados disidentes al igual que Calvo Caravaca y Carrascosa González entendieron que la denegación al reconocimiento de la decisión extranjera solo podría hacerse si, en el caso concreto, ésta resultaba contraria al orden público internacional entendido éste desde el interés superior del menor, el cual debía prevalecer sobre los demás principios implicados.

Para conocer el punto de vista de los padres intencionales en relación a este tema, se puede acudir al FD 3.11 de la STS. En él los recurrentes consideraban vulnerado el OPIE, pero afirmaban que la inscripción de la filiación era una consecuencia periférica del contrato por lo que ésta no infringiría el OPIE, sin embargo el Tribunal no aceptó esta argumentación al entender que la filiación era consecuencia directa y principal del contrato.

En el plano europeo se debe destacar la opinión dada por los tribunales franceses en los casos Labassée y Mennesson que también estimaron lesionado el orden público internacional francés en el cual se integran la indisponibilidad del cuerpo humano y el estado de las personas (artículo 16.7 y 16.9 del CC francés). Sin embargo, el TEDH en ambos casos sentenció que si bien ello pudiera ser cierto, el interés superior del menor debía gozar de mayor protección.

3.2. Interés superior del menor

Como concepto jurídico indeterminado y controvertido, el interés superior del menor ha sido objeto de diversas interpretaciones por parte la doctrina, la DGRN y por los tribunales. En ocasiones, tras haber llevado a cabo una ponderación con los restantes intereses o principios en juego se ha considerado que realmente éste no era superior a otros, lo que ha provocado numerosas discrepancias.

Así las cosas, la DGRN consideró al igual que el TEDH en los casos Labassée y Mennesson que el interés del menor debía prevalecer sobre el orden público internacional. Por el contrario el JPI, la AP y el TS entendieron que el fin no justificaba los medios y que si bien el interés del menor debía ser protegido, ello no se podía hacer a costa de vulnerar el OPIE o a costa de dañar el resto de intereses implicados.

En este punto, es importante matizar que dentro del interés superior del menor, salvaguardado en el artículo 3 CDN, se encuentran recogidos otros derechos como el derecho a una identidad o filiación única que no se altere cada vez que el menor cruce una frontera o el respeto a la vida privada y familiar tipificados en el artículo 8 CEDH.

Estos fueron alegados por los recurrentes que además afirmaron que de no salvaguardarse, los gemelos iban a quedar desprotegidos.

A pesar de ser considerado un concepto jurídico indeterminado, en el FD 5.2 de la STS se mencionan numerosos textos legales en los que aparece recogido y protegido como en el ya citado artículo 3 CDN , en el 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el 39 de la CE, dentro de la regulación de las relaciones paterno-filiales del Código Civil, y en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor así como en numerosa jurisprudencia del TC y el TEDH (caso Yousef vs Países Bajos, caso Kearns vs Francia, caso Raw vs Francia).

- *¿Interés “INFERIOR” del menor?*³²

Esta terminología (interés “inferior” del menor) es la empleada por Calvo Caravaca y Carrascosa González para explicar de manera muy simplificada y sin entrar en matizaciones³³, la corriente de pensamiento defendida por el JIP, la AP, el TS y un sector de la doctrina que consideran que salvaguardar el OPIE es lo más relevante y que el interés del menor se debe proteger, pero siempre respetando la legislación española.

Afirmaba el TS en el FD 5.6 «que al ser el interés superior del menor un concepto jurídico indeterminado y controvertido, tiene que ser concretado por el juez, pero no conforme a sus personales puntos de vista, sino teniendo en cuenta los valores asumidos por la sociedad contenidos en reglas legales como los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales». Por tanto este principio debía servir para interpretar la ley y colmar sus lagunas, pero no para llegar a una conclusión contraria a lo establecido por la norma, ya que a más a más, afirma el Tribunal, el cambio normativo no corresponde al juez sino al Parlamento. Criticando este punto de vista, Calvo Caravaca y Carrascosa González³⁴ entendieron que el interés que más perseguía proteger el TS con esta solución era la autoridad de la Ley o imperio de la ley, prevaleciendo así el OPIE sobre el interés superior del menor a pesar de ser considerado un principio supracomunitario al encontrarse regulado en el artículo 3 de la CDN.

El Tribunal señalaba que a pesar de ser este interés un principio que merece especial protección, este no es el único implicado en el caso, ya que hay otros que también deben

³² CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Gestación por... », cit., p. 78.

³³ El TS considera que el interés superior del menor se puede proteger siguiendo las vías establecidas en la ley española y que con más detalle se estudiarán en el apartado 4 del presente trabajo.

³⁴ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Gestación por... », cit., p. 78.

ser ponderados y que de hecho pueden ser importantes para proteger a los niños como la dignidad de las personas, la no comercialización de la filiación, la integridad moral, etc. los cuales podrían verse lesionados tras la inscripción de la filiación a favor de los padres intencionales. Calvo Caravaca y Carrascosa González³⁵ criticaron esta ponderación porque a su entender el interés superior del menor no había sido correctamente valorado al haber entendido el TS que otros principios merecían una mayor protección.

El JIP al igual que la AP consideró que el fin no justificaba los medios sobre todo si además se podía conseguir la protección de este interés por las vías establecidas en el derecho español (SJIP FD 4 y SAP FD5). Idea compartida por Barber Cárcamo^{36, 37}. Los citados tribunales entendieron además que con la prohibición de la gestación subrogada el legislador pretendía proteger el interés del menor, al menos en abstracto³⁸. Por lo que ambos no se encontraban enfrentados ya que aplicando la ley se salvaguardaba el interés del menor y se respetada el orden público internacional.

Relacionado con la protección del interés de los niños y como una forma para lograrlo, los recurrentes alegaron (como también lo hizo la DGRN) que ellos eran los que habían prestado su consentimiento para ser padres y que ellos podrían asegurar a los menores la protección y cuidado necesarios para su bienestar tipificado en el artículo 3 CDN. Este argumento fue rebatido por el TS motivándolo en un posible trato discriminatorio por razones económicas, ya que afirmaba que de acuerdo con esta teoría las familias con recursos económicos conseguirán que a su favor les fueran entregados niños de familias en situación de necesidad amparando el hecho en el interés del menor (FD 5.5).

Otras alegaciones efectuadas por los recurrentes y que el Tribunal tampoco consideró convincentes al entender que la injerencia por parte del Estado cumplía por requisitos del artículo 8 del CEDH fueron; el derecho a tener una identidad única, el respeto a la vida privada y familiar y la posible situación de desprotección de los menores.

³⁵ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Gestación por... », cit., p. 75.

³⁶ BARBER CÁRCAMO, R. «La legalización...», cit., p. 2946.

³⁷ Desarrollado con más detalle en el apartado 4 del presente trabajo.

³⁸ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Paradiso vs Italia. § 197.

- ***¿Interés SUPERIOR del menor?***

La DGRN consideró que el interés del menor era un principio superior que merecía de especial protección porque, entre otras razones, se encontraba recogido en un texto supracomunitario como es la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los magistrados disidentes del TS estimaron que la solución dada por el Tribunal dejaba a los menores en un limbo jurídico incierto, privándoles de su identidad y núcleo familiar protegido por la normativa internacional que exige atender al interés superior del menor (FD 2.5). Los magistrados querían dejar claro que, por un lado consideraban que el interés del menor era superior y por tanto merecía una especial protección y por otro que este principio formaba parte del orden público internacional español.

Por su parte el TEDH entendió que a pesar de haber sido vulnerado el orden público internacional francés en los casos Labassée y Mennesson, el interés superior del menor debía gozar de mayor protección por lo que se permitió la inscripción de la filiación a favor de los padres intencionales, al haber convivido con los menores durante un periodo de tiempo prolongado y al existir vínculo biológico entre el padre y las menores. Circunstancias que no concurrían en el caso Paradiso por lo que el menor fue retirado de los comitentes.

3.3. Fraude de ley o fórum shopping fraudulento

A tenor del artículo 12.4 del CC se considera fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española. El artículo 6.4 del mismo texto legal establece la consecuencia de tal circunstancia, decretando que los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirían la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

En el caso estudiado, la DGRN resolvió en su Resolución de 18 de febrero de 2009 que el matrimonio no había cometido fraude de ley, puesto que según afirmaba la Dirección, no se habían dado los hechos tipificados en el artículo 12.4 CC. A su entender los comitentes no habían alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante por ejemplo un cambio de nacionalidad de los menores para con ello forzar la aplicación de la ley californiana.

Relacionado con ello, hay que señalar que la Dirección no estimó que se hubiera cometido un *forum shopping* fraudulento el cual acontece, según la definición dada por la Comisión Europea³⁹, cuando «la persona que toma la iniciativa de una acción judicial se ve tentada a elegir el tribunal en función de la ley que éste le aplicará (...) elige el foro, no porque sea más adecuado para conocer del litigio, sino porque las normas sobre conflictos de leyes que ese tribunal utilizará, llevarán a la aplicación de la ley que más le convenga».

Opinión en contra le mereció el asunto al JPI que sí que consideró acontecido un supuesto de *forum shopping* fraudulento al entender que el matrimonio de nacionalidad española acudió a EE.UU. donde sabía que estaba permitida la gestación subrogada para concertar con una mujer la gestación de los hijos y la posterior inscripción de la filiación de los menores como hijos naturales de ambos, circunstancia prohibida en España (FD 4). No se pronunció sin embargo sobre si a su juicio se había cometido o no un fraude de ley, cosa que sí hicieron la AP y el TS.

Así las cosas, la AP y el TS entendieron, y así lo expusieron en el FD 3 y FD 3.7 respectivamente, que los demandantes no tenían ninguna conexión previa con el estado californiano al ser nacionales y residentes españoles y que «habían buscado la jurisdicción extranjera mediante la suscripción de un contrato de gestación que posibilitó que las autoridades californianas determinasen la filiación aplicando sus propias normas de conflicto, huyendo de la aplicación de las normas de conflicto españolas». De ello dedujo la AP que los recurrentes no habían cometido un fraude de ley porque no se daban las circunstancias tipificadas en el artículo 12.4 CC, pero sí que entendía que los comitentes habían “huido” de la ley imperativa española que considera nulo el contrato y reconoce la filiación a favor de la mujer que dio a luz. Por ello, la vinculación con el estado californiano resultaba ser artificial y fruto de dicha “huida” según señaló el TS en su FD 3.7.

Sobre este tema también se pronuncian Calvo Caravaca y Carrascosa González⁴⁰ y afirman que para saber si se ha producido o no fraude de ley o *forum shopping* fraudulento hay que estar al caso concreto interpretando de manera restrictiva la existencia o no de dicho fraude. Además sostienen que se debe respetar en todo momento el interés superior del menor, no pudiendo castigar a los hijos por un delito

³⁹ COMISIÓN EUROPEA (2018): «*Red judicial europea en materia civil y mercantil. Glosario*».

⁴⁰ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Gestación por... », cit., p. 73 y 91.

cometido por sus padres, cuestión prohibida en el artículo 2.2 de la Convención de los Derechos del Niño⁴¹. Esto fue lo que llevó a la DGRN a considerar que no se había producido un fraude de ley o *forum shopping* fraudulento (FD 5).

Al respecto también se pronuncia Barber Cárcamo⁴² que sí estima acontecido un fraude de ley al considerar, sin lugar a dudas, que los comitentes al desplazarse a California habían buscado el foro y ley más favorables a sus intereses intentando eludir la aplicación de una norma que prohíbe la gestación subrogada queriendo evitar además la comisión de los delitos tipificados en el artículo 220 y 221 del Código Penal⁴³.

Para resolver el caso, Barber Cárcamo invoca los criterios del Derecho Internacional Privado por lo cuales para que la situación pueda ser considerada legítima, tiene que tener una vinculación razonable con el ordenamiento que crea la situación y que haya expectativas legítimas de ser reconocida en otro ordenamiento. En el caso que nos ocupa Barber Cárcamo considera que no se puede entender que exista un vínculo con California por el hecho de que la madre gestante sea extranjera y el menor haya nacido en dicho estado y tampoco hay expectativas legítimas de ser reconocida. Por tanto a su entender, habría que rechazar los efectos de las decisiones extranjeras.

3.4. Vulneración del principio de igualdad y discriminación por razón de sexo u orientación sexual

Tanto los tribunales, como la DGRN y la doctrina⁴⁴ han considerado que en el presente caso no se estaba dando la discriminación por razón de sexo u orientación sexual que los recurrentes alegaban. Defendían que la negativa a inscribir la filiación a favor de los padres intencionales, no respondía a su condición o orientación sexual, sino a la modalidad utilizada para la procreación mediante una técnica prohibida por el artículo 10 LTRHA (SAP FD 4). Añadían además que la misma solución se hubiera dado si el matrimonio fuera heterosexual, formado por dos mujeres o si se hubiera tratado de un individuo en solitario (STS FD 4.2).

Una de las primeras cuestiones que quiso aclarar la DGRN fue que el hecho de que los progenitores intencionales fueran dos varones no vulneraba el OPIE ya que la

⁴¹ Artículo 2.2 CDN: *los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo causada de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres o sus tutores o de sus familiares.*

⁴² BARBER CÁRCAMO, R. «La legalización...», cit., p.p. 2.942 – 2.944

⁴³ ÁLVAREZ DE TOLEDO, L. «El futuro... » cit., p. 36

⁴⁴ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Gestación por... », cit., p. 90.

legislación española permite la filiación de un menor a favor de personas del mismo sexo en casos de adopción o en el supuesto contemplado en el artículo 7.3 LTRHA que permite que a una mujer le sea reconocida la filiación del hijo de su esposa.

El TS compartió este pensamiento con la DGRN y así mismo también quiso aclarar en el FD 3.6 que el hecho de haber determinado la filiación a favor de los padres intencionales guiándose por otros factores diferentes a los biológicos, no contradecía en sí el OPIE ya que en las regulaciones actuales se permite que ésta quede determinada por ejemplo por vínculos sociales o culturales.

Lo mismo opina Álvarez de Toledo⁴⁵ que a su vez se hace eco de la clasificación utilizadas por Campiglio que distingue tres criterios para determinar la paternidad y maternidad; el genético, el gestativo y el social o intencional. El primero en el caso de la gestación subrogada correspondería al padre que aporta el material biológico, el segundo a la madre gestante que gesta y alumbró al menor y el tercero a los progenitores que están dispuestos a asumir sus obligaciones como tales y que refleja su intención procreadora. Para Lamm⁴⁶ la voluntad procreacional de los comitentes y su deseo de formar una familia, deben ser determinantes a la hora de establecer la filiación con independencia de la aportación o no del material genético. Por tanto de acuerdo con esta teoría ya no se podría considerar vigente hoy en día el tradicional principio romano *mater semper certa est*⁴⁷.

Unos de los derechos que recoge el artículo 10 CE es el derecho al libre desarrollo de la personalidad, lo que según De Verda y Beamonte⁴⁸ se encuentra conectado con el derecho a la procreación. El autor entiende que el libre desarrollo de la personalidad supone «la autonomía de la persona para elegir, libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la más acorde con sus propias preferencias. En este caso concebir un hijo». El autor considera que ésta es una decisión personalísima por lo que el Estado no puede interferir en ella, mas advierte que ello no supone que el mismo deba permitir la gestación subrogada lesionando con ello otros principios o intereses en juego.

⁴⁵ ÁLVAREZ DE TOLEDO, L. «El futuro... » cit., p. 8 y 9.

⁴⁶ LAMM, E. «Una vez más...» cit., p. 100.

⁴⁷ ÁLVAREZ DE TOLEDO, L. «El futuro... » cit., p. 8 y LAMM, E. «Gestación por... » cit., p.5.

⁴⁸ DE VERDA y BEAMONTE, J. «Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho Español» *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4. febrero 2016. p. 2.

En contra de este pensamiento, Barber Cárcamo⁴⁹ invoca el principio de veracidad para motivar la vulneración del OPIE. Y es que éste, según afirma, no permite que la mera voluntad pueda sustituir una relación biológica determinada por parto y elegida por el legislador por encima del origen del gameto femenino, para con ello asegurar un referente seguro que permita establecer la identidad y filiación del recién nacido. A su entender, la exactitud registral rechaza la inscripción de un hecho manifiestamente falso como sería en este caso la doble paternidad, aclarando además que la filiación adoptiva y la natural se equiparan legalmente en cuanto a sus efectos, pero no respecto a los títulos de constitución y determinación que es lo que se está valorando en el caso concreto.

4. VÍAS ALTERNATIVAS ANTE LA POSIBLE ILEGALIDAD.

El JPI y la AP a pesar de sentenciar que la inscripción de la filiación a favor de los padres intencionales debía ser cancelada, no ofrecieron una solución para no dejar desprotegidos y en un limbo jurídico a los menores. Únicamente el TS plasmó en su sentencia distintos cauces para intentar salvaguardar el interés de los niños. El Tribunal estimaba que se puede proteger el interés superior del menor respetando a su vez el ordenamiento jurídico español y con este propósito instó al Ministerio Fiscal a que ejercitase las acciones necesarias para determinar la correcta filiación de los menores siguiendo las vías legales.

La solución que propone Barber Cárcamo⁵⁰, con la que se respetaría la ley española a la vez que se protege el interés de los niños, sería determinar la filiación materna de los gemelos a favor de la mujer que dio a luz (artículo 10.2 LTRHA), la paterna a favor del padre biológico que hubiera aportado el material genético que debería ejercitar la acción de reclamación de paternidad de acuerdo con el artículo 10.3 LTRHA y una vez determinada la filiación conforme al principio de veracidad biológica, el otro miembro del matrimonio podrá solicitar la adopción del menor, previo consentimiento de la madre gestante sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el artículo 176 CC según afirma De Verda y Beamonte⁵¹. En todo caso, tal y como dice el TS en el FD 5.11 tanto la jurisprudencia del TS como la del TEDH señala que en el

⁴⁹ BARBER CÁRCAMO, R. «La legalización...», cit., p. 2.940.

⁵⁰ BARBER CÁRCAMO, R. «La legalización...», cit., p. 2946

⁵¹ DE VERDA y BEAMONTE, J. «Notas sobre...» cit., p. 2.

supuesto de haber un núcleo familiar, es decir si los recurrentes y los menores tienen relaciones familiares de facto, todas las soluciones tendrán que permitir y proteger el desarrollo de dichos vínculos.

De estos remedios discrepan Calvo Caravaca y Carrascosa González pues consideran que no protegen adecuadamente el interés superior del menor, entre otras razones porque la filiación podría ser reconocida a favor de una madre que renunció a la patria potestad y que solo consintió en gestarlos, en contraposición a los comitentes que dieron su consentimiento para ser padres.

Álvarez de Toledo⁵² coincide con los citados autores, señalando que con estas soluciones el TS no está salvaguardando el superior interés del menor, alertando de la situación de inseguridad en que quedarían los gemelos. Afirma Álvarez de Toledo que al nacer el menor en un lugar donde el contrato de gestación subrogada es lícito y ser trasladado a uno en el que no lo es, se deben aplicar las reglas generales de atribución de la paternidad y responsabilidad parental propias del Estado donde el menor vaya a tener su residencia legal habitual⁵³, es este caso España. De acuerdo con ellas, advierte el citado autor, el menor quedaría bajo la custodia o guarda de hecho de los padres intencionales que no tienen ninguna potestad legal sobre ellos, y tampoco responsabilidad parental al no ser considerados padres sino guardadores de hecho, pero tampoco la tendría la madre gestante al no tener potestad legal según la ley californiana, al haber renunciado a ella cuando firmó el contrato de gestación subrogada.

Tras este periodo durante el cual los menores se encontrarían bajo la guarda de hecho de los padres intencionales, se podría constituir la tutela, y posteriormente la adopción por parte de los comitentes que hayan ejercido la guarda legal al menos durante un año, sin mediar la declaración de idoneidad prevista el artículo 176 CC, pero previa renuncia de la madre gestante pasadas seis semanas desde el parto (artículo 177.2.)⁵⁴.

Al proceso de adopción se aplicaría la ley española al tener los menores adoptados su residencia habitual en España en el momento de la adopción (artículo 18 de la ley

⁵² ÁLVAREZ DE TOLEDO, L. «El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional» en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.6, Nº2, 2014, p. 32.

⁵³ Artículos 15 y 16 del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 196 de Competencia, Ley Aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños.

⁵⁴ LAMM, E. «Una vez más... » cit., p. 79 y se hace eco de las palabras de CERDA SUBIRACHS.

54/2007 de Adopción Internacional), quedando excluida toda relación jurídica del adoptado con su familia de origen (artículo 178 CC).

Esta situación de incertidumbre e inseguridad se podría agravar si, durante el proceso, la madre gestante se arrepintiese y quisiera reclamar la maternidad que le correspondería de la aplicación del artículo 10 LTRHA y por tanto podría ejercer la patria potestad sobre el niño.

Hasta que se determinase la filiación a favor de los padres intencionales, los menores podrían sufrir perjuicios que, según Calvo Caravaca y Carrascosa González⁵⁵ pueden ser directos o indirectos. Entre las lesiones directas, se encontraría el derecho a la vida privada vinculado al derecho a tener una identidad única que no cambie al cruzar las fronteras. Los autores afirman que «negar los efectos jurídicos en España a la filiación que consta en la certificación californiana supondría que los menores tendrían padres distintos según el país del que se trate. En California, sus padres serían unos, pero en España serían otros», situación que infringiría el superior interés del menor, concretado en los artículos 3 CDN y 8 CEDH. Lo que también repercutiría en un menoscabo a su derecho a la libre circulación según Álvarez de Toledo⁵⁶ inspirándose en las ideas de Gaudemet-Tallon.

Los perjuicios indirectos serían tres según Calvo Caravaca y Carrascosa González, por un lado los menores perderían un progenitor, ya que la filiación quedaría determinada a favor de la madre que dio a luz a los gemelos, por otro la pérdida de la nacionalidad española que viene determinada por la filiación y por último la privación de los derechos sucesorios, ya que al no ser considerados hijos no podrían heredar como tales sino como legatarios, quedando privados además de la pensión de orfandad que les pudiera corresponder si fueran considerados hijos de los padres intencionales⁵⁷.

Lamm⁵⁸, basándose en las afirmaciones hechas por Vila Coro, advierte que «de no proceder a la inscripción de los menores noventa días después de volver a casa, éstos pasarían a ser inmigrantes sin papeles en su propio país, su exención de visado como ciudadanos americanos expiraría y sus padres no podrían conseguir un permiso de residencia para sus hijos, porque esa figura no existe porque los hijos de españoles son españoles».

⁵⁵ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Gestación por... », cit., p. 87 y 110.

⁵⁶ ÁLVAREZ DE TOLEDO, L. «El futuro... » cit., pp. 22 y 26.

⁵⁷ ÁLVAREZ DE TOLEDO, L. «El futuro... » cit., p. 33.

⁵⁸ LAMM, E. «Una vez más... » cit., p. 75.

A su vez Calvo Caravaca y Carrascosa González⁵⁹ critican las soluciones dadas por el Tribunal Supremo ya que afirman que de cambiar de opinión los padres y no querer reclamar la paternidad o no querer solicitar la adopción de los niños, estos quedarían desprotegidos. Advierten, haciéndose eco de la sentencia BGH Alemania 10 de diciembre de 2014 caso XII ZB 463/13, que en caso de darse la adopción, ésta no sería reconocida en EE.UU pues en dicho país, los padres que en España aparecen como padres adoptantes, en EE.UU son padres legales y el hijo es considerado hijo natural y no hijo adoptivo.

Como bien apunta Lamm⁶⁰, todas estas soluciones se dan únicamente para los supuestos en los que intervienen elementos extranjeros, por el contrario si en el caso no concurren dichos elementos, el contrato sería nulo de acuerdo con el artículo 10 LTRHA y tanto los comitentes como la madre gestante estarían cometiendo los delitos tipificados en el artículo 220 y 221 Código Penal. Esta situación no hace más que fomentar el turismo reproductivo y conlleva una discriminación para quienes no pueden acudir al extranjero donde asumen el riesgo de no poder lograr la inscripción del hijo como propio, rechazo que sería cien por cien seguro en el caso de haberse dado la situación en España según Barber Cárcamo⁶¹.

La LTRHA en el artículo 24.2 establece que las infracciones en materia de reproducción humana asistida serán objeto de sanción de tipo administrativo sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro tipo que puedan concurrir. El Código Penal no castiga la gestación subrogada de manera expresa, mas como señala Lamm⁶², un sector doctrinal atisba la comisión de dos delitos tipificados en el artículo 220 del citado cuerpo legal, al entender que hay una suposición de parto y una ocultación y entrega del hijo a un tercero, ambos castigados con pena de prisión de seis meses a dos años. Así mismo en caso de mediar contraprestación económica, se estaría cometiendo el delito contemplado en el artículo 221 del CP castigado con pena de prisión de uno a cinco años y la inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años.

⁵⁹ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Gestación por...», cit., p. 87 y 110.

⁶⁰ LAMM, E. «Una vez más...» cit., p. 93.

⁶¹ BARBER CÁRCAMO, R. «La legalización...», cit., p. 2.943

⁶² LAMM, E. «Una vez más...» cit., p. 63.

Según Vilar González⁶³ la prohibición y las sanciones son contradictorias con la Ley sobre el Registro Civil de 1957 y con el Reglamento del Registro Civil de 1958 que permiten la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras firmes que establecen la filiación del menor como hijo de los comitentes, por tanto de acuerdo con la autora los contratos en la práctica alcanzarán los efectos jurídicos que en la teoría no están permitidos. Esta contradicción lleva a la total incoherencia del sistema y a una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica, según Barber Cárcamo⁶⁴. Ante tal hecho algunos autores como De Verda y Beamonte cuya opinión recoge Lamm⁶⁵ se preguntan «¿por qué no se admite directamente la gestación por sustitución y se evita un proceso más largo y complejo como es la adopción y que va a llevar al mismo resultado?». Además Álvarez González⁶⁶ reflexiona y se pregunta ¿por qué si se respetan las vías no se vulnera el OPIE y en caso contrario sí si la conclusión a la que se llega por ambas vías es la misma?.

5. CONCLUSIONES

Como se ha podido ver a lo largo del trabajo, la gestación subrogada ha suscitado numerosos debates éticos, morales, médicos, filosóficos, económicos, judiciales, etc. tras los cuales no se ha podido llegar a un consenso respecto al tema.

Esta falta de entendimiento también se ha materializado en el caso español objeto de estudio en el que se han ido dando soluciones contradictorias por las distintas instituciones. Así las cosas, mientras la DGRN permitía la inscripción, el TS en su sentencia de 6 de febrero de 2014 la denegaba, mientras que la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 permitía la inscripción sin necesidad de una sentencia judicial del país de origen, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 consideraba ésta un requisito indispensable, así mismo mientras que el TS estimaba vulnerado el OPIE, la DGRN opinaba lo contrario. Todas estas discrepancias han desembocado en una situación de gran incertidumbre e inseguridad jurídica para los menores y sus padres intencionales que no saben a qué criterio atenerse.

⁶³ VILAR GONZÁLEZ, S «Situación actual de la gestación por sustitución» en *Revista de Derecho UNED*, N° 14, 2014, pp. 930

⁶⁴ BARBER CÁRCAMO, R. «La legalización...», cit., p. 2940.

⁶⁵ LAMM, E. «Una vez más... » cit., p. 80.

⁶⁶ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Gestación por sustitución y orden público», en *InDret revista para el análisis del derecho*, 2017, pp. 185 n° 40.

Con el fin de salvaguardar el interés superior del menor, el TS expuso en su sentencia las distintas vías establecidas en la legislación española para poder determinar la filiación de los menores a favor de los padres intencionales respetando el orden público internacional español a la vez que se protegía a los menores.

Por consiguiente, por una parte el contrato de gestación subrogada está prohibido en España a tenor del artículo 10 de la LTRHA, ya que según los argumentos del TS vulnera principios constitucionales como la dignidad de la mujer, la no comercialización de las personas, etc. pero por otra se permiten los efectos que del mismo se desprenden. Por tanto, siguiendo las vías legales se llega al mismo resultado que si se permitiera la gestación subrogada, es decir la determinación de la filiación del menor a favor de los padres intencionales.

Y si bien esta solución no me parece desacertada, a pesar de la prolongación del proceso para llegar al mismo resultado, no hay que olvidar que éstos son remedios a posteriori cuando el niño ya ha nacido, quedando el pequeño en un limbo jurídico hasta que se resuelve el caso. Para combatirlo se tendría que buscar una solución a priori para, de este modo, respetar el interés superior del menor que nacería en una situación de seguridad jurídica.

Una posible solución que propone Lamm sería que la intervención judicial se produzca antes del embarazo para verificar que se reúnen ciertos requisitos como que la madre ha prestado su consentimiento de manera libre e informada, que éste es irrevocable, que se garantice la filiación de quienes quieren ser padres intencionales lo que evitaría cambios de opinión de la madre gestante y de los padres, etc.

Otra posible solución señalada por el voto particular, pasaría por elaborar un Convenio Internacional donde se regulase la gestación subrogada a nivel internacional, para con ello proteger el conjunto de intereses y principios en juego como la dignidad de la mujer, la no comercialización de la gestación, la filiación y los menores, integridad moral, el interés superior de los menores, etc. Mas los autores que están en contra de ésta forma de reproducción asistida consideran que ésta no es la solución. Comparan la gestación subrogada con la esclavitud y estiman que aunque algunas personas opten por esta forma de procrear, ello no la hace lícita ni moral, debiendo ser abolida por completo.

En cualquier caso, teniendo en cuenta que ésta es una técnica de reproducción que en la actualidad parece estar en auge y ello a pesar de estar prohibida en España a tenor del artículo 10 LTRHA, hay que llegar a una solución con la que se consiga proteger al menor que nace, que ninguna culpa tiene y que es el que más perjudicado se vería. Lo nuevo en numerosas ocasiones genera un rechazo inicial, pero esta postura tiene que ser superada ante la envergadura de las circunstancias y los intereses y principios en juego.

6. BIBLIOGRAFIA

Autores e instituciones

- ⇒ ÁLVAREZ DE TOLEDO, L. «El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional» en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.6, N°2, 2014, pp. 5-49.
- ⇒ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Gestación por sustitución y orden público», en *InDret revista para el análisis del derecho*, 2017, pp. 166-200. Disponible en: http://www.academia.edu/32768784/Gestación_por_sustitución_y_orden_público [Consultado 23/05/2018]
- ⇒ BARBER CÁRCAMO, R. «La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de un ilegalidad y remedios para combatirla)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 739, 2013, pp. 2905- 2950. Disponible en: <https://www.revistacritica.es/estudios/la-legalizacion-administrativa-de-la-gestacion-por-sustitucion-en-espana-cronica-de-una-ilegalidad-y-remedios-para-combatirla/> [Consultado 23/05/2018]
- ⇒ BASTERRA, F. (1987) « El dilema de “Baby M”». *El País*, 19 de enero. Disponible en: https://elpais.com/diario/1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html [Consultado 11/04/2018].
- ⇒ BERBELL,C. (2018). « Luz verde en el Congreso para la “vacatio legis” de 2 años de la IEy del Registro Civil, ahora queda el Senado». *El Confidencial*, 25 abril. Disponible en: <https://confi legal.com/20180425-luz-verde-en-el-congreso-para-la-vacatio-legis-de-2-anos-de-la-ley-del-registro-civil-ahora-queda-el-senado/> [Consultado 28/05/2018]
- ⇒ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derecho Humanos», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.7, N°2, 2015, pp. 45-113. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780/1558> [Consultado 17/04/2018]
- ⇒ COMISIÓN EUROPEA (2018): «Red judicial europea en materia civil y mercantil. Glosario». Disponible en:

- http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary_es.htm#ForumShop [Consultado 27/04/2018].
- ⇒ DE VERDA y BEAMONTE, J. «Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho Español». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4. febrero 2016. Disponible en: http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/17_De_Verda_pp_349-357.pdf [Consultado 17/04/2018]
- ⇒ GESTLIFE. Disponible en: <https://gestlifesurrogacy.com> [Consultado 24/04/2018]
- ⇒ GUERRA-PALMERO, M.J. «Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal» en *Gac Sanit*, 2017, pp. 535-538.
- ⇒ HEREDIA CERVANTES, I. «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», en *ADC*, tomo LXVI, 2013, pp 687- 715. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2013-20068700716_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_Direcci%F3n_General_de_los_Registros_y_del_Notariado_ante_la_gestaci%F3n_por_sustituci%F3n [Consultado 15/05/2018]
- ⇒ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2017) «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre maternidad subrogada» Disponible en: https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/04/Maternidad_subrogada.pdf [Consultado 10/04/2018]
- ⇒ LAMM, E. «Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos» en *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol.4,2016, pp. 61-107. Disponible en: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/130026/1/Una_vez_mas_sobre_gestacion_por_sustituc.pdf [Consultado 15/05/2018]
- ⇒ LAMM, E. «Gestación por sustitución. Realidad y Derecho» en *InDret revista para el análisis del derecho*, 2012, pp. 2-49. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf [Consultado 15/05/2018]
- ⇒ NOTICIAS JURÍDICAS (2014). «El TEDH declara contraria al Convenio Europeo de los Derechos Humanos la negativa a reconocer la filiación a los hijos nacidos de vientre de alquiler». Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3900-el-tedh-declara-contraria-al-convenio-europeo-de-los-derechos-humanos-la-negativa-a-reconocer-la-filiacion-a-los-hijos-nacidos-de-vientre-de-alquiler/> [Consultado 10/04/2018]
- ⇒ NOTICIAS JURÍDICAS (2014) «Los hijos nacidos de vientre de alquiler no pueden ser inscritos en el Registro Civil español». Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3533-los-hijos-nacidos-de-vientre-de-alquiler-no-pueden-ser-inscritos-en-el-registro-civil-espanol/> [Consultado 10/04/2018]
- ⇒ NO SOMOS VASIJAS. Disponible en: <http://nosomosvasijas.eu> [Consultado 24/04/2018]

- ⇒ ORGANIZACIÓN PROFESIONALES POR LA ÉTICA (2017). “Tribunal de Estrasburgo en el caso Paradiso y Campanelli vs Italia: hacia la abolición internacional de los vientres de alquiler”. Disponible en: <http://profesionalesetica.org/tribunal-de-estrasburgo-en-el-caso-paradiso-y-campanelli-v-italia-hacia-la-abolicion-internacional-de-los-vientres-de-alquiler/>. Consultado [17/04/2018].
- ⇒ SON NUESTROS HIJOS, ASOCIACIÓN DE FAMILIAS POR LA GESTACIÓN SUBROGADA. Disponible en: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/p/qu.html> [Consultado 24/04/2018]
- ⇒ VILAR GONZÁLEZ, S «Situación actual de la gestación por sustitución» en *Revista de Derecho UNED*, Nº 14, 2014, pp.897-931.

Jurisprudencia

- ⇒ Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notario, sobre la inscripción de nacimiento acaecido en California por medio de técnicas de gestación por sustitución.
- ⇒ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notario, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf> [Consultado 10/04/2018]
- ⇒ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia, Sentencia de 15 de septiembre de 2010. Disponible en: <https://blogs.ua.es/espanyadoxa/files/2012/05/Sentencia-primera-instancia-inscripción-maternidad-subrogada.pdf> [Consultado 10/04/2018]
- ⇒ Sentencia de la Audiencia Provincial Sección 10, Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Disponible en: <https://blogs.ua.es/espanyadoxa/files/2012/05/Sentencia-audiencia-de-Valencia-inscripción-hijo-maternidad-subrogada.pdf> [Consultado 10/04/2018]
- ⇒ Sentencia del Tribunal Supremo, Sentencia de 6 de febrero de 2014. Disponible en: www.poderjudicial.es/stfls/.../20140206%20TS%20Civil%20REC%20245.2012.pdf [Consultado 10/04/2018]
- ⇒ Auto del Tribunal Supremo, Auto Desestimando Nulidad de Actuaciones de 2 de febrero de 2015. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7288332&links=%22245/2012%22&optimize=20150213&publicinterface=true> [Consultado 10/04/2018]
- ⇒ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Mennesson vs Francia (demanda 65192/11). Disponible en:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["mennesson"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) [Consultado 10/04/2018]

- ⇒ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Labassee vs Francia. (demanda 65941/11). Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["labassee"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) [Consultado 10/04/2018]
- ⇒ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Paradiso vs Italia. (demanda 25358/12). Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["paradiso"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) [Consultado 10/04/2018]

Legislación

- ⇒ Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292> [Consultado 10/04/2018]
- ⇒ Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> [Consultado 25/04/2018]
- ⇒ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/dudh.html [Consultado 25/04/2018]
- ⇒ Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil.(entrada en vigor el 30/06/2018). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12628> [Consultado 16/04/2018]
- ⇒ Ley de 8 de junio de 1957 sobre Registro Civil (vigente en el momento del trabajo). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1957-7537> [Consultado 16/04/2018]
- ⇒ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento del Registro Civil. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1958-18486> [Consultado 16/04/2018]
- ⇒ Código Penal español.
- ⇒ Código Civil español.