

# GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: PERSPECTIVAS INTERNACIONAIS

**Coordenadoras**

**MARIA JOÃO ANTUNES · DULCE LOPES**





I  
•  
J

O presente livro foi realizado no âmbito das actividades da Área de Investigação “Risco, Transparência e Litigiosidade”, integrada no projecto «Desafios Sociais, Incerteza e Direito: Pluralidade | Vulnerabilidade | Indecidibilidade» do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UIDB/04643/2020).

EDIÇÃO  
Instituto Jurídico  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA  
Frases Favoritas

CONTACTOS  
[geral@ij.uc.pt](mailto:geral@ij.uc.pt)  
[www.uc.pt/fduc/ij](http://www.uc.pt/fduc/ij)  
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN  
978-989-8891-95-2

DOI  
[https://doi.org/10.47907/clq2021\\_1](https://doi.org/10.47907/clq2021_1)

© ABRIL 2021

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito | Universidade de Coimbra

# GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: PERSPECTIVAS INTERNACIONAIS

Coordenadoras

MARIA JOÃO ANTUNES · DULCE LOPES



1 2 9 0

INSTITVTO JURIDICO  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE  
**COIMBRA**



## [ÍNDICE]

Nota Introdutória das Coordenadoras <i>Maria João Antunes – Dulce Lopes</i> .....	IX
Gestação de Substituição: Soluções Portuguesas numa Perspectiva Transnacional ( <a href="https://doi.org/10.47907/clq2021_1a1">https://doi.org/10.47907/clq2021_1a1</a> ) <i>Rafael Vale e Reis</i> .....	1
Surrogacy: Italian Controversial Issues ( <a href="https://doi.org/10.47907/clq2021_1a2">https://doi.org/10.47907/clq2021_1a2</a> ) <i>Alfio Guido Grasso</i> .....	17
La Gestación por Sustitución en España. Aspectos Sustantivos e Internacionales ( <a href="https://doi.org/10.47907/clq2021_1a3">https://doi.org/10.47907/clq2021_1a3</a> ) <i>Carmen Azcárraga Monzonís</i> .....	43
Gestação de Substituição: Por uma Teoria a Favor do Reconhecimento da Maternidade na Defesa dos Direitos Fundamentais ( <a href="https://doi.org/10.47907/clq2021_1a4">https://doi.org/10.47907/clq2021_1a4</a> ) <i>Geraldo Rocha Ribeiro</i> .....	73



## [NOTA INTRODUTÓRIA DAS COORDENADORAS]

A presente obra coletiva desponta, na sua origem, do II Colóquio sobre Gestação de Substituição, que teve lugar em 9 de abril de 2019 e a Coordenação Científica de Rui Moura Ramos, Afonso Patrão e Dulce Lopes. No entanto, até ao momento da presente publicação observou-se uma evolução assinalável em matéria de consideração e tratamento internacional do fenómeno da gestação de substituição, o que motivou a presente obra coletiva e a recolha de artigos que refletissem, de forma profunda, o desenvolvimento da legislação, doutrina e, sobretudo, jurisprudência sobre gestação de substituição.

Esta é uma área em que se mostra a clara intersecção entre direito internacional público, direito internacional privado e direito constitucional, bem como as tensões entre a fragmentação dos estatutos nacionais e a desejada continuidade e estabilidade das situações jurídicas internacionais, sobretudo em nome da protecção dos direitos fundamentais das crianças.

É por isso um desafio aos limites do direito que se integra inequivocamente no projeto estratégico do Instituto Jurídico e para cujo debate esperamos que a presente Obra Coletiva possa contribuir.

*Maria João Antunes  
Dulce Lopes*



# LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA. ASPECTOS SUSTANTIVOS E INTERNACIONALES

([https://doi.org/10.47907/clq2021\\_1a3](https://doi.org/10.47907/clq2021_1a3))

CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión. II. El tratamiento legal de la gestación por sustitución en España: del artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida a la práctica administrativa y judicial relativa a los asuntos internacionales. III. Reflexiones finales.

## I. Planteamiento de la cuestión.

La gestación por sustitución es una materia controvertida y compleja, presente en el debate social y jurídico desde hace unos años en España, cuya sociedad está polarizada en dos tendencias encontradas: por un lado, quienes desean que se regule esta práctica y se pueda convenir libremente mediante contrato y, por otro lado, los que consideran que no debe permitirse por vulnerar derechos fundamentales de las mujeres y convertir a los bebés en mercancías<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Marrades Puig, A.: “La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos”, *Estudios de Deusto*, vol. 65, nº 1, 2017, p. 1. Recientemente se ha pronunciado también el Comité de Bioética de España, que se posiciona a favor de la prohibición universal al asociar esta práctica con la explotación de las mujeres y las dificultades que entrañaría controlar este aspecto. Informe de mayo de 2017 disponible en (consultado el 30 de octubre de 2019): [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.002.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf)

Los modelos de familia han evolucionado fuertemente en pocos años y la legislación ha de adaptarse ineludiblemente a nuevas realidades que afectan a adultos y niños con legítimos intereses. A pesar de ello, esta necesaria adaptación, que sí se produjo anteriormente en otras materias como el divorcio, el matrimonio entre personas del mismo sexo o la reproducción asistida, no parece que vaya a llegar a corto plazo en el caso de la gestación por sustitución, una realidad cuyas consecuencias afectan tanto al ámbito privado como al público. La certeza que antaño se asociaba a la maternidad ha dado paso a nuevas situaciones que ponen en cuestión la máxima “*mater semper certa est*”, procurando un nuevo principio de base contraria (“*mater non semper certa est*”), “el cual plantea grandes retos, tanto de cara al legislador, como para los intérpretes del Derecho”<sup>2</sup>.

Como estudiaremos en este trabajo, el Derecho español considera nulos los contratos por los que se convenga la gestación de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de un tercero, tal y como dispone el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA en adelante)<sup>3</sup>. Pero esta previsión tan contundente no ha evitado ni que las personas se trasladen al extranjero y emprendan relaciones jurídicas válidas solicitando a continuación que produzcan efectos en España, ni la organización en nuestro país de ferias para promocionar esta opción, las cuales han generado mucha polémica<sup>4</sup>. Para muchos, esta regulación conlleva la expresa prohibición de esta figura en España. Sin embargo, para otros, lo anterior no implica su interdicción<sup>5</sup>, debido fundamentalmente a que, como veremos más adelante, la propia

<sup>2</sup> Vilar González, S.: “La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, p. 817.

<sup>3</sup> BOE núm. 126, de 2 de mayo de 2006. La anterior Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 1988 ya prohibía esta práctica. La estudia SALVADOR IDRACH, V.: “Gestación por sustitución: Inadmisión en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre”, *Revista General de Derecho*, 1997, pp. 5189 y ss.

<sup>4</sup> Surrofair 2016 y 2017 (consultado el 30 de octubre de 2019): <https://www.surrofair.com/>.

<sup>5</sup> Heredia Cervantes, I.: “La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2179, 2015, pp. 339 a 396; Sales Pallarés, L.: “La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, p. 330.

legislación española permite cauces que conducen a la inscripción de los nacidos por medio de esta técnica de reproducción asistida<sup>6</sup>. Pero ya nos acojamos a una interpretación o a otra, lo cierto es que esta regulación no disuade a los ciudadanos que viajan a otros países con el fin de acceder a legislaciones más permisivas, dando lugar al fenómeno del “*Fertility Tourism*” o “*Cross-border reproductive care*”<sup>7</sup>.

No existen estadísticas oficiales sobre el recurso a esta técnica por ciudadanos españoles. En noviembre de 2017 el Gobierno español respondió a una pregunta parlamentaria sobre esta cuestión formulada en septiembre de 2016 (más de un año antes), donde aseguró que había tenido conocimiento entre 2010 y 2016 de novecientas setenta y nueve inscripciones de hijos por gestación subrogada en oficinas consulares y misiones diplomáticas españolas de doce países (Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, India, Nepal, México, Tailandia, Ucrania, Rusia, Grecia, Portugal y Sudáfrica). La cifra, no obstante, se alejaba sensiblemente de las estimaciones de asociaciones de familias y de las agencias partidarias de esta práctica, que calculan que cada año nacen entre ochocientos y mil niños de padres españoles con este método<sup>8</sup>.

En cualquier caso, este fenómeno con elementos transnacionales es imparable y, considerando que afecta a derechos fundamentales de las personas involucradas en el mismo – principalmente de los menores y de las madres gestantes –, resulta necesario que el legislador español

<sup>6</sup> No se descarta por ningún sector doctrinal ni jurisprudencial que a pesar del contrato nulo se pueda llegar a fijar la filiación de estos niños respecto a los padres intencionales por otras vías, lo que se concluía ya incluso con la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Salvador Idrach, V.: “Gestación por sustitución: Inadmisión en la Ley 35/1988...”, *cit.*, p. 5200. Según señala este autor, “La nulidad de pleno derecho decretada por el legislador en la ley 35/1988, de 22 de noviembre, respecto a la gestación por sustitución, no es absolutamente equivalente a la carencia total de efectos jurídicos, por ello ante el nacimiento de un niño/a por este procedimiento, deberá determinarse las cuestiones de filiación derivada de ello, y preguntarnos por la maternidad y la paternidad, así como por la posibilidad, en su caso, de la adopción”.

<sup>7</sup> Calvo Caravaca, A.L. 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, nº 2, 2015, pp. 46 y 49.

<sup>8</sup> El País, “El Gobierno cifra en 979 los hijos inscritos desde 2010 por gestación subrogada” disponible en (consultado el 30 de octubre de 2019): [https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780\\_776827.html](https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780_776827.html).

tome las riendas ya que hasta la fecha han sido los órganos administrativos y judiciales españoles los encargados de proporcionar respuestas a estos asuntos, adoptando un papel que no les corresponde. Además, el tratamiento proporcionado está siendo dispar y errático, lo que en nada favorece a la seguridad jurídica en una materia tan necesitada de lo contrario. La muestra más mediática de esta inseguridad jurídica fue protagonizada en 2018 por un grupo de familias españolas en Ucrania, que vivieron meses de incertidumbre en Kiev hasta que finalmente se les permitió viajar a España junto con los treinta y nueve menores nacidos en este país, a los que se concedió los salvoconductos correspondientes para ello<sup>9</sup>.

Esta vía se encuentra ahora mismo cerrada en este país debido a las irregularidades detectadas, con lo que el devenir de los menores nacidos con posterioridad ha quedado en un limbo jurídico. Pero tampoco el de los menores nacidos en otros países que permiten esta técnica queda realmente claro en nuestro sistema. El lector entenderá por qué cuando estudiemos a continuación el tratamiento legal en España de la gestación por sustitución con elementos de extranjería.

## **II. El tratamiento legal de la gestación por sustitución en España: del artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida a la práctica administrativa y judicial relativa a los asuntos internacionales.**

El artículo 10 LTRHA, único precepto de nuestro ordenamiento jurídico sobre la materia, preceptúa lo siguiente: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a

---

<sup>9</sup> El País, “El Gobierno cierra la vía a registrar bebés de vientres de alquiler en Kiev”, disponible en (consultado el 30 de octubre de 2019): [https://elpais.com/sociedad/2019/02/19/actualidad/1550570978\\_831692.html](https://elpais.com/sociedad/2019/02/19/actualidad/1550570978_831692.html). Explica con mayor detallamiento esta crisis Jiménez Blanco, P.: “La “crisis” de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (comentario a las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 37, 2019, pp. 24 y ss de la Crónica de Derecho internacional privado. Reproducen el Comunicado del Consulado español en Kiev sobre este asunto Ortega Giménez, A., Cobas Cobiella, M.E. y Heredia Sánchez, L.S.: “A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev”, *Diario La Ley*, nº 9281, 2018, p. 1.

*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”.*

Son diversas las reglas que se extraen de este artículo, que suscitan complejos interrogantes cuando se pretende su aplicación al ámbito de las relaciones internacionales. En primer lugar, el apartado primero declara nulos de pleno derecho los contratos, onerosos o gratuitos, que acuerden una gestación subrogada<sup>10</sup> y la consecuente renuncia a la filiación materna a favor de terceros. Pero, ¿a qué contratos se refiere? La disposición no contiene un criterio para delimitar su ámbito de aplicación territorial. ¿Se refiere por tanto solo a los contratos celebrados en España o también a los suscritos en el extranjero? ¿Es esta una norma imperativa o de orden público y, por tanto, aplicable también a la filiación de niños nacidos en el extranjero en países donde se acepta esta práctica? Continúa señalando la norma que la filiación de los hijos nacidos por gestación subrogada será determinada por el parto. ¿También la de aquellos niños nacidos en el extranjero donde se dicte una resolución que indique otra cosa, al amparo de una legislación más permisiva? ¿Y si la madre que da a luz no desea el vínculo de filiación? ¿Se le va a obligar a perpetuarlo? ¿No se da cabida, por tanto, a la filiación intencional? Parece que en cierto modo sí se reconoce al menos para el padre que aporta material genético, según el tenor de la última norma del artículo 10 LTRHA, que deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico de conformidad con las reglas correspondientes del Derecho civil español.

<sup>10</sup> La Audiencia Provincial de Barcelona no parece tener tan clara esta nulidad, como denuncia Gálvez Criado, A.: “Sigue siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable”, *Diario La Ley*, nº 9444, 2019. El artículo analiza la reciente sentencia nº 10/2019, de 15 de enero de la sección 4<sup>a</sup> de la AP de Barcelona, que versa sobre dos “contratos de asesoramiento en gestación subrogada” celebrados en España entre dos parejas de hombres españoles y la empresa SUBRO-GALIA, S.L. con la finalidad de prestar los servicios necesarios para acometer una gestación por sustitución en el Estado mexicano de Tabasco, donde esta práctica era entonces legal. En ningún caso se produce el proyectado nacimiento, por lo que las parejas demandan a la empresa española. La Audiencia, al igual que el Juzgado de primera instancia, calificó los contratos como arrendamiento de obra y no de servicios, sin plantearse en ningún momento la posible nulidad de los mismos.

Ahora bien, ¿no es ésta una manera indirecta de aceptar por tanto esta técnica, si bien por medio de un cauce de mayor duración que la inscripción ante el Registro Civil, lo que puede repercutir negativamente en la continuidad de las relaciones transfronterizas y, en definitiva, en la vida de los niños?

Principalmente en los últimos diez años se ha desarrollado en torno a este precepto una extensa práctica administrativa y judicial sobre la gestión de asuntos internacionales en la que no solo se aprecia el errático tratamiento de esta materia como denunciábamos antes, sino también la diversidad con la que se interpretan conceptos jurídicos indeterminados clave en este contexto (tales como el “orden público internacional” o el “interés superior del menor”<sup>11</sup>), hasta el punto de ser utilizados para argumentar tanto posturas a favor como en contra de la inscripción de menores nacidos en el extranjero por medio de esta técnica de reproducción asistida.

Con base en la mencionada premisa legal, en España se han dictado a lo largo de los últimos años una serie de decisiones administrativas y judiciales que han ido resolviendo con mayor o menor fortuna los casos internacionales que se han planteado en el país. El asunto que más repercusión ha tenido se refiere a dos niños gemelos nacidos en California en 2008, cuya inscripción fue inicialmente denegada en el Registro Civil consular de Los Ángeles (Estados Unidos). Para esta familia empezaba en aquel momento un periplo judicial que ha supuesto un rosario de decisiones favorables y denegatorias según la instancia, dando lugar a un panorama en el que consideramos que no se ha velado lo suficiente por el interés superior de esos niños y la importancia de evitar situaciones claudicantes en las relaciones transfronterizas.

Denegada la inscripción por parte del Cónsul español en Los Ángeles, los interesados interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN en adelante), que dictó Resolución el 18 de febrero de 2009 estimándolo y ordenando que se procediera a la inscripción de los menores tal y como constaba en las certificaciones registrales extranjeras que habían presentado los solicitantes,

---

<sup>11</sup> Véase al respecto el trabajo de la autora Azcárraga Monzonís, C.: “La gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español. Un ejemplo más de la controvertida aplicación de conceptos jurídicos indeterminados”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 17, 2017.

donde ambos aparecían como sus padres. Tal resolución consideró que dicha solución no vulneraba el orden público internacional español, evitaba una discriminación por razón de sexo (dado que ambos padres eran varones) y protegía el interés superior del menor.

Posteriormente, el Ministerio Fiscal, discrepando de la visión anterior, presentó demanda impugnando dicha resolución alegando que era contraria al orden público español y que la solución del Derecho californiano infringía directamente el art. 10 de la LTRHA, por lo que la filiación de los hijos nacidos por medio de la gestación por sustitución debía venir determinada por el parto, quedando a salvo cualquier posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. Tanto los solicitantes de la inscripción como el Abogado del Estado contestaron a la demanda oponiéndose. Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia dictó sentencia<sup>12</sup> estimando la impugnación y acordando dejar sin efecto y cancelar la inscripción de nacimiento acordada por la DGRN.

Los solicitantes recurrieron en apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia<sup>13</sup>, que desestimó el recurso resolviendo el asunto prácticamente como si se tratase de un supuesto puramente interno<sup>14</sup>, alegando que debía aplicarse el artículo 10 de la LTRHA, lo que, consecuentemente, hacía nulo el contrato y otorgaba la filiación a la mujer que dio a luz. Y es contra esta sentencia que se pronunciaría en 2014 por primera y única vez en esta materia la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. El Fallo se adoptó con el Voto particular (discrepante) de cuatro magistrados de un total de nueve, lo que ya da cuenta por sí mismo de lo controvertido del tema.

El recurso de casación que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014<sup>15</sup> se articuló sobre un único motivo: infracción del artículo 14 de la Constitución Española por

<sup>12</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia núm. 193/2010, de 15 septiembre (AC 2010\1707).

<sup>13</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 826/2011, de 23 noviembre (AC 2011\1561).

<sup>14</sup> Álvarez De Toledo Quintana, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, p. 13.

<sup>15</sup> Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 835/213, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014\833).

vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y a su interés superior consagrado en la Convención de los Derechos del Niño de 1989<sup>16</sup>. El razonamiento del Tribunal Supremo partió de una premisa correcta: la técnica jurídica que ha de aplicarse para abordar esta problemática no es la del conflicto de leyes sino la del reconocimiento de decisiones extranjeras. Es decir, la autoridad española no debía plantearse qué legislación resultaba aplicable al supuesto sino que ya existía una decisión adoptada por una autoridad de otro país y lo que había que resolver era si dicha decisión podía ser reconocida y desplegar efectos en el sistema jurídico español.

El Tribunal Supremo asume que es una realidad que las personas circulen de unos países a otros y, con ello, que entren en contacto con diversos ordenamientos jurídicos con la posibilidad de elección de respuestas jurídicas diferentes pero esta posibilidad de elegir, señala, presenta unos límites que vienen constituidos por “el respeto al orden público entendido básicamente 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 encarnan” (FJ 3). De ahí que, como continúa explicando el Tribunal, si bien el control de legalidad no puede entenderse como absoluto porque de lo contrario haría imposible el reconocimiento, sí ha de suponer el respeto a esas normas, principios y valores.

A partir de esta consideración, el Tribunal argumenta en definitiva que la norma del art. 10 de la LTRHA integra el orden público internacional español y que en aras del interés superior del menor no se puede permitir su mercantilización. Además, no es posible inscribir a los menores como una consecuencia “periférica” del contrato nulo (ni siquiera la patria potestad)<sup>17</sup> ya que la pretensión se refiere justamente a la consecuencia directa y principal del contrato, por lo que no podía admitirse la disociación entre el contrato y la filiación, tal y como

<sup>16</sup> BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

<sup>17</sup> Aunque no se inscriban, se ha considerado una consecuencia periférica aceptable que se pudiera otorgar la patria potestad de los niños a los padres comitentes hasta que obtengan una resolución constitutiva de la adopción. Álvarez De Toledo Quintana, L.: “El futuro de la maternidad subrogada...”, *cit.*, p. 21.

sostenían los recurrentes (FJ 3)<sup>18</sup>. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal falla desestimar el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, instando al Ministerio Fiscal a “ejercitar las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto””.

En 2015 el Tribunal Supremo tuvo una nueva oportunidad para posicionarse sobre este mismo asunto por medio del auto de 2 de febrero de 2015<sup>19</sup> con ocasión del incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por los recurrentes. Estos consideraron, entre otras cuestiones, que se habría desviado el debate desde una cuestión registral civil a otra distinta sobre las consecuencias de la ilicitud en España de la gestación por sustitución. Es decir, pareciera como si se hubiera aprovechado la ocasión para dictar una sentencia ejemplarizante. El Alto Tribunal declaró no haber lugar a la nulidad de la sentencia, afirmando, además, que en el marco del derecho a la intimidad familiar no procede extraer la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Comparte este argumento De Verda Beamonte, J.R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, nº 7501, 2010, p. 6.

<sup>19</sup> Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015\141).

<sup>20</sup> Para ahondar en el tratamiento de esta materia por parte del TEDH, incluyendo las sentencias dictadas hasta la fecha y la reciente Opinión Consultiva dictada a requerimiento de la *Cour de Cassation* francesa, véase Carrascosa González, J. y Calvo Caravaca, A.L.: “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, nº 2, 2015; RÍO SANTOS, F.: “La jurisprudencia del TEDH en materia de gestación por sustitución y su influencia en la jurisprudencia española”, *Actualidad Civil*, nº 6, 2017; Godoy Vásquez, M.O.: “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 34, 2018; Quicios Molina S.: “Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar”, *Revista de Derecho Privado*, nº 1, 2019, pp. 16-18; 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 nº 16”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019; Díaz-Fraile, J.M.: “La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, nº 1, 2019, pp. 118 y ss.

(TEDH en adelante) consagrada en los asuntos *Labassee y Mennesson contra Francia* (ambas sentencias de 26 de junio de 2014, posteriores por tanto a la decisión española de febrero de 2014) ya que la legislación de aquel país y la española no son equiparables. Mientras el ordenamiento francés no permite por ningún medio el reconocimiento de esta filiación, el Derecho español sí prevé otras vías para el establecimiento de la filiación en estos casos.

En este asunto persistirá la duda sobre si el resultado hubiera sido diferente en caso de que los recurrentes hubieran aportado la sentencia dictada en virtud del Código de Familia de California<sup>21</sup> (aunque no lo exigiera la normativa registral aplicable), tal y como establece la vigente Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>22</sup>. La misma resulta más permisiva con esta realidad social pero sin dejar de prever garantías aunque su papel de cuasilegislador sea criticable<sup>23</sup>. Fija las directrices para la calificación en el Registro Civil de las solicitudes de menores nacidos en el extranjero por esta vía cuando al menos uno de los progenitores ostente la nacionalidad española y, a tal fin, establece como requisito previo para la inscripción “la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente”.

<sup>21</sup> Señala el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho primero de la sentencia de 2014 que se ha hecho referencia a la existencia de dicha sentencia a lo largo del litigio pero que no ha sido aportada al proceso. De hecho, el Código de Familia de California exige una decisión judicial en la que se declaren extintos los derechos de la madre gestante y los de su eventual pareja, y que atribuya el vínculo de filiación a los padres intencionales. Quiñones Escámez, A.: “El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a la ley”, *InDret. El orden público interno, europeo e internacional civil. Homenaje a la Dra. Nuria Bouza*, nº 2, 2017, nota al pie nº 3, p. 205.

<sup>22</sup> BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010. Instrucción vigente en virtud de la Circular de 11 de julio de 2014 de la DGRN a pesar de la analizada sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2014. De hecho, la DGRN ha dictado resoluciones posteriores a dicha sentencia que aplican esta Instrucción. Díaz-Fraile, J.M.: “La gestación por sustitución ante el Registro Civil español...”, cit., p. 109.

<sup>23</sup> Durán Ayago, A.: “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *Bitácora Millenium DIPr: Derecho internacional privado*, nº 2, 2015, p. 62.

Esta exigencia, que da lugar a una “posición ecléctica” por parte de la DGRN ante este fenómeno<sup>24</sup> y que encuentra su base en la previsión contenida en el art. 10.3 LTRAH<sup>25</sup>, tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato requeridos en la ley del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, como explica la propia Instrucción, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores. Por el contrario, la Instrucción no admite como título apto para inscribir el nacimiento y la filiación una certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de certificación médica del nacimiento en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Una vez dictada la resolución extranjera y solicitado su reconocimiento ante las autoridades españolas, si la misma deriva de un procedimiento contencioso, la vía para lograr el reconocimiento será el *exequatur* y si es equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, su inscripción quedará sometida al reconocimiento incidental por parte del Encargado del Registro Civil como requisito previo a su inscripción. La Instrucción exige que dicho control incidental constate los siguientes aspectos: la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes

<sup>24</sup> Al realizar una “clasificación esencial de los supuestos de hecho” en función de que en el país de origen haya intervenido una autoridad judicial (California) o no (Ucrania, India) para homologar el contrato y establecer legalmente la filiación a favor de los padres comitentes. Díaz-Fraile, J.M.: “La gestación por sustitución ante el Registro Civil español..”, *cit.*, p. 90.

<sup>25</sup> Artículo 10.3 LTRAH: “(...) 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”..

a los contemplados en la legislación española<sup>26</sup>; que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; 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); que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación la hubiera ejercitado.

Junto con la Instrucción de la DGRN de 2010 – que ha dado lugar a unas veinte resoluciones<sup>27</sup> – y continuando con esta visión favorable al reconocimiento de efectos de la gestación por sustitución con elementos de extranjería, resulta necesario mencionar también el tratamiento otorgado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ya que, a diferencia de la postura mantenida en la Sala de lo Civil<sup>28</sup>, esta instancia y otras inferiores han admitido en reiteradas ocasiones otra consecuencia de esta figura (diferente a la filiación) con base en la necesaria atención a los menores: la prestación por paternidad o maternidad.

En aplicación de una suerte de orden público atenuado, la Sala de lo Social reconoció por primera vez esta realidad como situación protegida por la prestación por maternidad a finales de 2016 en dos asuntos en los que los hijos fueron concebidos en Estados Unidos y la India<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> El “sistema de los contactos razonables” debería prevalecer aquí sobre el “sistema bilateralista” según Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado...”, *cit.*, p. 65.

<sup>27</sup> Díaz-Fraile, J.M.: “La gestación por sustitución ante el Registro Civil español...”, *cit.*, p. 96.

<sup>28</sup> Se ha debatido profusamente sobre la posible incoherencia entre las posturas de las dos Salas del Tribunal Supremo. El objeto y la finalidad de los asuntos conocidos por éstas es diferente y, por ende, no tienen por qué ser resueltos del mismo modo, pero ello no impide defender que sería deseable un tratamiento unívoco de esta realidad en nuestro sistema.

<sup>29</sup> Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 881/2016, de 25 de octubre de 2016 (RJ 2016\6167; la sentencia cuenta con tres Votos Particulares, dos de los cuales no cuestionan el sentido del fallo y, por ende, la conveniencia de otorgar la prestación al padre biológico mientras el tercero sí considera que se tendría que haber desestimado el recurso por haber incurrido en fraude de ley) y Sentencia

En el primer caso se trataba de una trabajadora con un hijo inscrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles, figurando la actora como madre y su pareja varón como padre. En el segundo, un español que contrató una reproducción asistida en la India, utilizándose su material genético. La madre gestante alumbró dos niñas y aceptó ante notario en Nueva Delhi que el hombre asumiera en exclusiva la patria potestad, siendo las menores inscritas en el Registro Consular de dicha ciudad como hijas de los padres biológicos (la madre gestante y el varón español) y posteriormente trasladadas a España por su progenitor.

Si bien en un inicio la Seguridad Social española denegó las prestaciones solicitadas, el Tribunal Supremo dio la razón a los solicitantes al estimar que ha de hacerse una interpretación integradora de las normas aplicadas, contempladas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>30</sup> y de diversos preceptos internacionales, constitucionales, legales y reglamentarios. En el caso del varón, además, se recuerda que las prestaciones por maternidad también cubren supuestos de adopción o acogimiento, que la madre puede transferir al padre una parte de ellas y que, en ciertos casos, cuando la madre biológica no puede disfrutarlas (muerte, ausencia de protección) se transfieren al padre, como debe hacerse en esta ocasión.

---

de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 953/2016, de 16 de noviembre de 2016 (RJ\2016\6152; incluye dos Votos Particulares que apoyan que se tendría que haber desestimado el recurso).

<sup>30</sup> El TJUE dictó dos sentencias el 18 de marzo de 2014 (asuntos C-167/12 y C-363/2012) que resuelven sendas cuestiones prejudiciales planteadas por Reino Unido e Irlanda donde se aborda esta materia. La pretensión de acceder a las prestaciones de maternidad en estos casos no puede ampararse en el Derecho de la Unión Europea porque éste no brinda una respuesta positiva al problema en cuestión en diversas Directivas, pero el Tribunal Supremo ha advertido que tampoco la excluye, constatando, además, que los Estados miembros pueden adoptar o mantener disposiciones más favorables que las albergadas por las Directivas examinadas (STS núm. 881/2016, Sala de lo Social, de 25 de octubre de 2016, FJ 4). Explican con detalle estas sentencias Gorelli Hernández, J.: “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2017; Moreno Pueyo, M.J.: “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 116, 2015, pp. 35 y ss; Hernández Rodríguez, A.: “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 165 y ss.

La Sala de lo Social considera que de acuerdo con la jurisprudencia nacional e internacional precitada, si el núcleo familiar existe actualmente, es decir, si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los recurrentes, la solución alcanzada tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, siendo un medio idóneo la concesión de la prestación por maternidad. De no otorgarse la protección por maternidad al menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se produciría una discriminación por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los arts. 14 y 39.2 de la Constitución Española, disponiendo este último precepto que los poderes públicos asegurarán la protección integral de los hijos, iguales ante la ley, con independencia de su filiación<sup>31</sup>.

Además, en la aplicación de las normas de Seguridad Social lo decisivo a la hora de otorgar las prestaciones por maternidad es la concurrencia de un doble requisito, el primero regulado por normas civiles (el acontecimiento familiar) y el segundo por leyes sobre prestación de actividad productiva asalariada (derecho laboral reflejo). Aunque la gestación por sustitución no aparece expresamente contemplada en la Ley General de la Seguridad Social, cuando ésta identifica las situaciones protegidas por las prestaciones de maternidad, diversas hipótesis interpretativas permiten incluir estos supuestos. Por ejemplo, considerando que es una variante de la maternidad genérica (por lo que ha de subsumirse en ella) o que la analogía aconseja asimilarlos al acogimiento<sup>32</sup>.

Por lo tanto, se esgrime que no se está creando una prestación nueva, sino solo interpretando las exigencias de las actuales de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico, aunque en supuestos donde concurre la paternidad biológica de quien demanda las prestaciones ese recurso interpretativo debería ser solo adicional ya que, según se afirma, carece de sentido admitir la protección cuando nace un hijo fuera del matrimonio, o como consecuencia de una relación sexual esporádica, pero rechazarla en estos supuestos. La Sala asegura que su postura interpreta las normas sobre prestaciones de maternidad “no solo a la luz de la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad

<sup>31</sup> STS núm. 953/2016, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2016 (FJ 9).

<sup>32</sup> STS núm. 881/2016, Sala de lo Social, de 25 de octubre de 2016 (FJ 6 y 9).

de aquella” (art. 3.1 CC) sino, muy especialmente, a la vista del tenor de otros preceptos. No se trata de violentar lo preceptuado por el legislador sino de aquilatar el alcance de sus previsiones, armonizando los diversos mandatos confluientes”<sup>33</sup>.

En definitiva, el Tribunal Supremo ha considerado en este orden que no se aprecia conducta fraudulenta o, directamente, delictiva, más allá de la ilicitud que comporta la propia maternidad por encargo<sup>34</sup> y que la atención a los menores debe ser el punto de vista predominante cuando se trata de prestaciones de Seguridad Social. Se considera que en este ámbito no se debe entrar en las prohibiciones sobre inscripción registral o sobre el propio contrato de maternidad por sustitución y que hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados: el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación del menor. Según se aduce, la nulidad del contrato no puede perjudicar al menor, entre otros motivos, porque nuestro ordenamiento laboral ya reconoce ciertos efectos en casos de negocios jurídicos afectados de nulidad<sup>35</sup>, además está abierto a instituciones extranjeras declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo<sup>36</sup> y, por encima de todo, porque el interés superior del menor ha de guiar cualquier decisión que les afecte.

Ahora bien, esta doctrina, que consideramos plenamente acertada, puede verse afectada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la

<sup>33</sup> *Idem*.

<sup>34</sup> STS núm. 881/2016, Sala de lo Social, de 25 de octubre de 2016 (FJ 9): en este asunto no se aprecia conducta fraudulenta alguna, abuso de derecho u obtención ilícita de prestaciones que pudieran alterar el resultado, como hubiera ocurrido si se pretende una duplicidad de prestaciones o en casos en los que exista un conflicto entre progenitores biológicos y subrogados.

<sup>35</sup> STS núm. 953/2016, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2016 (FJ 9): cuando se reconoce el derecho al salario por el tiempo ya trabajado al amparo de un contrato que resultase nulo, en el supuesto en el que se establece pensión de viudedad en determinados casos de nulidad matrimonial o cuando se acotan los efectos de la ausencia de permiso de trabajo.

<sup>36</sup> Art. 2.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2009.

ocupación<sup>37</sup>, que ha abierto un periodo de incertidumbre sobre su eventual impacto en esta clase de relaciones familiares. Así, con esta nueva norma se ha unido en una única prestación “por nacimiento y cuidado del menor” la antigua prestación de maternidad y paternidad, además de haberse ampliado los tiempos de disfrute al progenitor distinto a la madre biológica y los requisitos de acceso a la prestación<sup>38</sup>. En principio se desprende que todo nacimiento se encuentra amparado en esta prestación pero la clave parece encontrarse en qué debe entenderse por los términos “madre biológica”, si aquella que lo ha sido a través de parto biológico o bien, en un sentido más amplio, aquella que presenta un vínculo genético con el menor, independientemente del método utilizado<sup>39</sup>. En todo caso, la constante referencia a esta persona no parece que vaya a permitir la inclusión de los supuestos de gestación por sustitución<sup>40</sup>, por lo que, en definitiva, tendremos que esperar, de nuevo, una interpretación jurisprudencial.

Para terminar con la práctica española, explicaremos al lector el insólito episodio protagonizado por la DGRN en febrero de 2019, cuando adoptó una Instrucción aún más favorable al reconocimiento de efectos que la vigente de 2010, que fue anulada unos días más tarde por una segunda Instrucción de mismo nombre, en virtud de la cual se retornó a las directrices de 2010. La primera Instrucción, de 14 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>41</sup>, que no llegó a publicarse en el Boletín Oficial del Estado y que derivó probablemente de la presión mediática ejercida en el caso ucraniano anteriormente mencionado, establece unas directrices de actuación para las inscripciones consulares atendiendo a la diversidad de situaciones posibles en origen<sup>42</sup>. Tras quince páginas de consideraciones previas, comienza

<sup>37</sup> BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019.

<sup>38</sup> Tomás Mataix, D.: “La problemática derivada del reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada desde la perspectiva del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, p. 357.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> Sales Pallarés, L.: “La pérdida del interés...”, *cit.*, p. 340.

<sup>41</sup> Disponible en (consultado el 30 de octubre de 2019): [https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instrucion\\_gestacion.pdf](https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instrucion_gestacion.pdf).

<sup>42</sup> Jiménez Blanco, P.: “La “crisis” de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia...”, *cit.*, p. 25 de la Crónica de Derecho internacional privado.

por confirmar la vía de inscripción de la filiación previamente acuñada por la Instrucción de 2010 (esto es, presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido), cuyo criterio se consideraba válido en líneas generales aunque, como veremos, se introducían algunas novedades.

En suma, salvo que resultara aplicable un convenio internacional, la Instrucción de 14 de febrero de 2019 señalaba que la resolución judicial extranjera debía ser objeto de *exequatur* según el procedimiento contemplado en la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil de 2015<sup>43</sup> para posteriormente proceder a la solicitud de la inscripción de nacimiento ante el Registro Civil español acompañada del auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de *exequátor*. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, no se consideraba precisa la previa obtención del *exequátor*, pudiendo practicarse la inscripción previo reconocimiento incidental por parte del encargado del Registro Civil, siempre que éste pudiera verificar positivamente en su calificación registral si tal resolución podía ser reconocida en España. En dicho control incidental debía constatar:

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado, traducidos en su caso al castellano o a una de las lenguas oficiales españolas en el territorio del Registro en que se presenten (salvo que al Encargado del Registro le constare el contenido del documento, en cuyo caso podía prescindir de la traducción).
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en una conexión razonable, entendiendo por tal una conexión que responda a 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. En ningún caso se aceptaría que la resolución se hubiera dictado en rebeldía de la madre gestante.

---

<sup>43</sup> BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

- d) Que no se hubiera producido una vulneración del orden público, en particular del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. Este control requería que se verificaran especialmente varios aspectos, algunos de los cuales suponían destacadas novedades respecto de la Instrucción de 2010<sup>44</sup>:
  - en primer lugar, que el consentimiento de la madre gestante se había obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia, con suficiente información y conciencia del alcance de su declaración de voluntad, y con la capacidad natural suficiente; y, como novedad, que dicho consentimiento se confirmara en un momento posterior al nacimiento del niño,
  - en segundo lugar, otra novedad: que se garantizaba el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos, y
  - en tercer lugar e igualmente novedoso, en línea con lo exigido en el ámbito de la adopción, que no concurrián motivos graves de falta de idoneidad respecto de los padres comitentes para asumir las funciones tuitivas y protectoras del nacido propias de la patria potestad, por razón de edad, estado de salud u otras.
- e) Que la resolución judicial era firme y que los consentimientos prestados eran irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tuviera reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Al igual que recoge la Instrucción de 2010, seguía señalando la de 14 de febrero de 2019 en su directriz segunda que en ningún caso se admitiría como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una mera certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no constara la identidad de la madre gestante. Por el contrario –y en este punto se establecía una de las principales novedades introducidas por esta Instrucción–, en caso de que en la certificación registral extranjera o en la declaración y certificación médica

---

<sup>44</sup> Durán Ayago, A.: “Gestación por sustitución en España: *a hard case needs law*. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, p. 579.

del nacimiento del menor, sí constara la identidad de la madre gestante (siendo ésta extranjera y habiendo ocurrido el nacimiento en el extranjero), la competencia del Registro Civil español para practicar la inscripción de dicho nacimiento requería que se acreditara la filiación del menor respecto de un progenitor español, conforme al artículo 15 de la vigente Ley, de 8 de junio de 1957, del Registro Civil<sup>45</sup>, así como, a partir de su entrada en vigor, al artículo 9 de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil<sup>46</sup> (LRC 2011 en adelante).

La Instrucción permitía que dicha acreditación tuviera lugar bien mediante sentencia firme recaída en un procedimiento de filiación (conforme a los artículos 764 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil<sup>47</sup> y 10.3 LTRHA) o bien mediante el reconocimiento del padre en cualquiera de las formas establecidas en el Código civil (CC en adelante), cumpliendo los requisitos previstos en cada caso para la plena validez y eficacia de dicho reconocimiento. En especial si el reconocimiento tenía lugar mediante declaración del padre ante el Encargado del Registro Civil, se requería el consentimiento expreso de la madre o del representante legal del menor, conforme al artículo 44.7 LRC 2011). Para que fuera posible la inscripción debían concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la Ley civil aplicable. Si la madre gestante hubiera estado casada y fuera aplicable la presunción de paternidad matrimonial, se exigía asimismo igualmente el consentimiento del marido o cualesquiera otros requisitos impuestos, en su caso, por la legislación civil aplicable. Junto con lo anterior, la directriz segunda exigía también en todos los supuestos de reconocimiento de la filiación paterna que el mismo se completara mediante otros medios de prueba suficientes, a juicio del encargado del Registro Civil, para acreditar de forma indubitable la realidad de esa filiación paterna. Para ello, se mencionaba como medio preferente (no exclusivo) la prueba de ADN.

Una vez acreditada la filiación paterna en la forma indicada, se ordenaba practicar de forma inmediata la inscripción del nacimiento, haciendo constar la filiación materna resultante del parto y la filiación paterna resultante de la sentencia o del reconocimiento. En el caso de

---

<sup>45</sup> BOE núm. 151, de 10 de junio de 1957.

<sup>46</sup> BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

<sup>47</sup> BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

que se pretendiera también la determinación de la filiación materna respecto de la mujer comitente que fuera cónyuge o pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal del varón comitente (o bien respecto del marido o pareja masculina unido con el padre cuya filiación ha quedado inscrita), se conminaba a acudir a un procedimiento de adopción del menor, tramitado en España, con todos los requisitos que para ello exige el artículo 177 CC, a cuyo efecto resultaba obligatorio que el encargado del Registro Civil consular informara a los comitentes sobre los requisitos para la constitución de dicha adopción; en particular sobre la necesidad de asentimiento de la madre gestante (que debía otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias de forma clara y suficiente para que el mismo pueda considerarse un asentimiento válido, y una vez hubieran transcurrido seis semanas desde el parto).

La directriz tercera de la Instrucción de 14 de febrero de 2019 se refería a los casos en que la ley extranjera aplicable, conforme al artículo 9.4 CC<sup>48</sup>, determinara la maternidad 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, no resultando aplicable la solución anterior. En tal supuesto se recogía una solución novedosa en el Derecho español que parecía incluso dejar sin efecto el “intocable principio” por el cual la maternidad viene determinada por el parto<sup>49</sup>. Se justificaba ante la eventualidad de que el menor quedara desprotegido al

<sup>48</sup> Artículo 9.4 CC: “*La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5.*

*La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”.*

<sup>49</sup> Andreu Martínez, Mª.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*, nº 10 bis, 2019, p. 76.

no hacerse cargo del mismo la madre gestante, una circunstancia que debía constatarse mediante la correspondiente declaración de ésta, si bien se permitía también que este extremo se dedujera de los términos del contrato de gestación subrogada. De este modo, acreditado todo lo anterior (tanto la negativa de la madre gestante a hacerse cargo del menor como la inscripción de la filiación en el Registro respecto de la madre comitente), si ésta presentaba algún vínculo genético con el nacido por haber aportado su óvulo para la fecundación, sería aplicable analógicamente lo previsto en el artículo 10.3 LTRHA en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna, a efectos de poder reconocer e inscribir en el Registro Civil español la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético hubiere sido empleado en la formación del preembrión transferido a la madre gestante.

En definitiva, además del cauce previsto en la Instrucción de 2010, se constata cómo la DGRN tuvo intención de facilitar la determinación de la filiación de niños nacidos en países donde no existe la posibilidad de obtener una resolución judicial, a través de mecanismos extrajudiciales no previstos en el artículo 10.3 LTRHA<sup>50</sup>, una vía que, como anunciábamos con anterioridad, fue anulada solo unos días después por medio de la Instrucción de 18 de febrero de 2019 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>51</sup>. La escueta Instrucción considera que se trata de un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes y que resulta necesario un tratamiento que permita valorar todas las circunstancias que se presenten en cada supuesto, especialmente a la vista de los claros abusos contra las mujeres gestantes que se han dado en ocasiones y de la ilicitud de la lucrativa actividad de las agencias mediadoras que operan en este terreno<sup>52</sup>.

Por ello, se deja sin efecto la Instrucción de 14 de febrero de 2019 en relación con los niños que hayan nacido mediante este procedimiento

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>51</sup> BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019.

<sup>52</sup> En contra, Vela Sánchez, A.J.: “Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 9453, 2019, p. 5. El autor considera que la crítica vertida contra las agencias mediadoras es injusta y desproporcionada.

con posterioridad a la fecha de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de esta Instrucción (esto es, con posterioridad al 21 de febrero de 2019), volviendo a estar vigente la Instrucción de 5 de octubre de 2010, lo que *de facto* excluye cualquier procedimiento registral que vaya a iniciarse en Ucrania<sup>53</sup> y demás países en los que no se dictan resoluciones judiciales para atribuir la filiación. Como opción alternativa ante la ausencia de sentencia extranjera, se indica que el solicitante podrá obtener, *si procede*, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España, lo que transforma el problema de la determinación de la filiación en un problema de extranjería<sup>54</sup> (pudiendo dar lugar incluso a casos de apatridia<sup>55</sup>), por lo que no va a ser siempre fácil de articular según el país de nacimiento del niño aunque resulte conforme con la jurisprudencia del TEDH en la materia<sup>56</sup>. Una vez en España, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación.

<sup>53</sup> Flores Rodríguez, J.: “Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania: ¿Bioética o biopoder?”, *Diario La Ley*, nº 9388, 2019, p. 2.

<sup>54</sup> Jiménez Blanco, P.: “La “crisis” de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia…”, *cit.*, p. 28 de la Crónica de Derecho internacional privado.

<sup>55</sup> En efecto, el solicitante obtendrá esos documentos “si procede”, ya que dependerá de la legislación del país del nacimiento del niño, el cual otorgará el pasaporte al menor si ostenta su nacionalidad en virtud de su legislación nacional. Si la misma estableciera que ostenta directamente la nacionalidad de los comitentes, por ejemplo, ya no podría aplicarse esta disposición. Ya advirtieron sobre este problema en 2011 Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 1, 2011, p. 248. En esta misma contribución se advierte que el artículo 17.1 CC atribuye la nacionalidad española a “los nacidos de padre o madre españoles” y no a los “hijos de españoles”, por lo que no exige que la filiación haya quedado determinada legalmente, siendo incluso suficiente para estos autores que existan “indicios racionales de su generación física por progenitor español” (p. 257) o, para otros, que se demuestre por cualquier medio de prueba admisible en nuestro ordenamiento (mediante una prueba de ADN como permitía la Instrucción de 14 de febrero de 2019, por ejemplo). Vela Sánchez, A.J.: “Análisis estupefacto …”, *cit.*, p. 13.

<sup>56</sup> Jiménez Blanco, P.: “La “crisis” de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia…”, *cit.*, p. 29. La autora considera que aun contando con los inconvenientes que puede causar a las familias, la vía procedural abierta en esta nueva Instrucción resulta compatible con las pautas hasta ahora sostenidas por el TEDH dado que deja abierta la posibilidad de la determinación de la filiación.

Se ha considerado que lo anterior supondrá una “desincentivación del recurso a la gestación por sustitución en el extranjero por parte de ciudadanos españoles” (al menos en países donde no conste la intervención de una autoridad judicial), y al mismo tiempo una desprotección de los menores, que deberán viajar a España con documentación obtenida en el país de su nacimiento sin tener vínculo jurídico con los comitentes españoles. De ahí que se aconseje la aplicación de esta Instrucción con “especial cautela” para “evitar que en la práctica se alargue innecesariamente la incertidumbre del menor en cuanto a la determinación de su filiación”<sup>57</sup>.

### **III. Reflexiones finales.**

El estudio que terminamos con estas reflexiones finales evidencia que el tratamiento actual de la gestación por sustitución en España es insatisfactorio. En España parece estar prohibida (¿o no?) pero las personas interesadas viajan al extranjero a celebrar esta clase de contratos y el propio ordenamiento español, así como los órganos administrativos y judiciales del país, permiten sortear en determinadas circunstancias la nulidad de los contratos (y, para algunos, la prohibición proclamada en España), “blanqueando” de este modo lo que algunos consideran un fraude de ley<sup>58</sup>.

Una corriente doctrinal asegura que existe “un verdadero derecho a la reproducción o a la procreación con fundamento constitucional”<sup>59</sup>. No estamos de acuerdo con esta postura, ya que el “deseo” de ser padres no es equivalente a un eventual “derecho” a serlo<sup>60</sup>. Sin duda la

<sup>57</sup> Andreu Martínez, M.A.B.: “Una nueva vuelta de tuerca …”, *cit.*, p. 83.

<sup>58</sup> Sales Pallarés, L.: “La pérdida del interés…”, *cit.*, p. 332.

<sup>59</sup> Recoge esta idea y se adhiere a la misma Vela Sánchez, A.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*, nº 8927, 2017, pp. 3-4: este derecho “estaría basado en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y en la dignidad de la persona (de los progenitores comitentes) como expresión del reconocimiento de sus derechos y del libre desarrollo de su personalidad (*ex art. 10.1. CE*)”.

<sup>60</sup> Tampoco considera que exista un derecho a ser padres Aguilar Griede, H.: “Derechos humanos fundamentales y gestación por subrogación en el marco de los nuevos modelos familiares”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, p. 40.

expectativa es legítima, pero no a cualquier precio, por lo que aunque se pudiera argumentar la consagración de tal derecho, éste no puede configurarse como absoluto. La explotación de mujeres sin recursos es inaceptable<sup>61</sup>. Como también lo es el desamparo legal que sufren directamente los menores nacidos no inscritos, por lo que parece necesario encontrar un marco jurídico que asegure que se han cumplido unas mínimas exigencias legales, así como los derechos, por encima de todo, de los niños y de las mujeres gestantes.

Ante el panorama descrito, sería deseable regular la gestación por sustitución contratada en el extranjero<sup>62</sup> teniendo en cuenta las circunstancias en que se ha tenido acceso a la misma antes de que nazca el niño, esto es, condicionando el reconocimiento de decisiones públicas extranjeras que fijen la filiación a determinadas restricciones que garanticen los derechos y la dignidad de las partes involucradas, principalmente los niños y las madres gestantes. Si se continúa valorando *ex post* los casos que lleguen a las autoridades españolas, las decisiones tendrán que tener en cuenta necesariamente el bienestar del menor y su interés superior, lo que a nuestro juicio pasa por reconocer la filiación y las prestaciones derivadas de la misma teniendo que obviar las circunstancias en que se pactó su nacimiento y, por ende, sin la posibilidad de proteger ya en ese momento a la madre gestante.

<sup>61</sup> Los Estados que admiten esta técnica suelen ser bien países basados en un modelo económico muy liberal, bien países pobres en los que impera la necesidad económica sobre los Derechos Humanos. *Ibidem*, p. 43. En el caso de las mujeres pobres, además, no se puede hablar de un verdadero consentimiento libre según Nuño Gómez, L.: “Gestación comercial: deseos y derechos”, *Notario del siglo XXI*, Marzo-Abril 2017, p. 18. Considera la autora que “El ejercicio de dicha libertad requiere de un yo autónomo no mediado por la supervivencia o la subordinación. En un contexto globalizado de feminización de la pobreza y rearme del neoliberalismo patriarcal, el consentimiento está viciado porque no se dan los requisitos exigibles a un contrato libre entre iguales”.

<sup>62</sup> No nos referimos en este trabajo, por tanto, a una eventual regulación sustitutiva que permita esta práctica en España. Sí lo hace Durán Ayago, A.: “Gestación por sustitución en España: *a hard case needs law...*” cit., p. 581. La Profesora Durán opina que “Si sentamos los parámetros dentro de España, luego será más fácil y coherente fijar los casos que estarían fuera de la esfera del Derecho, puesto que habríamos construido nuestro orden público internacional sobre la base de una realidad admitida en nuestro ordenamiento jurídico y respaldada constitucionalmente por varios artículos...” (p. 582).

Queda evidenciado pues que el régimen establecido por el artículo 10 LTRHA es insuficiente y no resuelve los problemas surgidos con esta problemática. Incluso obviando que “la aplicación directa a los casos internacionales de la legislación civil española sobre gestación por sustitución resulta completamente improcedente y constituye un error metodológico de envergadura”<sup>63</sup>, determinar la filiación de estos niños por el parto (art. 10.2 LTRHA) en los casos con elementos de extranjería donde la mujer que gesta renuncia a la filiación carece de sentido y dejarlo a la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico (art. 10.3 LTRHA) no cubre todos los supuestos, por no hablar de la indefensión que se generaría en aquellas situaciones en que el progenitor biológico se negara a entablar dicha acción judicial.

El elemento biológico hace tiempo que dejó de ser el único criterio generador de la filiación jurídica en parte para hacer frente al problema de la infertilidad humana, por lo que la importancia del elemento volitivo ha ido creciendo con los años en la legislación española en este sector<sup>64</sup>. Lo que aún no sabemos es si la irrupción de la intencionalidad en la filiación incluirá en algún momento también esta práctica, pero de no ser así, si la decisión pasa por prohibirla, será necesario referirse tanto a la nacional como a la internacional porque de lo contrario se deberían regular las situaciones nacidas en el extranjero. En todo caso, en un sentido u otro, no se debe dejar en manos de los jueces lo que corresponde al legislador<sup>65</sup>. Apelando pues a la necesaria reacción del legislador, consideramos razonable la doctrina de la Instrucción de la DGRN de 2010 aunque imponga un requisito extraordinario para el acceso al Registro<sup>66</sup> y siempre y cuando se plasme en una norma de

<sup>63</sup> Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado...”, *cit.*, p. 49.

<sup>64</sup> Vela Sánchez, A.J.: “La gestación por sustitución...”, *cit.*, p. 4.

<sup>65</sup> Uno de los Votos Particulares de la sentencia de la Sala de lo Social de Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016 considera que la situación actual “aumenta el margen de discrecionalidad judicial a través del uso extensivo de la ponderación y con ello socava el imperio de la ley y el equilibrio del sistema”. Se posiciona a favor de la “radical prohibición” pero en todo caso opina que ésta es una cuestión que ha de ser abordada exclusivamente por el legislador, pero nunca “mediante ocurrencias coyunturales e irreflexivas de incierto futuro” (refiriéndose a la doctrina de la DGRN) o “a través de interpretaciones judiciales que desbordan la ponderada y discrecional aplicación de la ley”.

<sup>66</sup> Esta exigencia añadida por la DGRN es contraria a la Ley según Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado...”, *cit.*, p. 63.

rango jerárquicamente superior<sup>67</sup>, ya que el necesario control de legalidad puede realizarse por medio de la intervención de un juez extranjero (o, se podría valorar, de otra autoridad pública según la teoría de la equivalencia de funciones), un control judicial que se plasmará en una resolución, que será reconocida (o no) posteriormente en España.

Si en el supuesto particular no se ha aportado tal decisión o, aun habiéndose aportado, el Encargado del Registro Civil no obtiene la certeza de que dichos aspectos sean veraces y que han sido probados en la resolución extranjera (doble control por tanto, primero de la autoridad extranjera y después de la española), el acceso al Registro español deberá ser denegado y el salvoconducto del bebé de salida del país rechazado por los Consulados españoles<sup>68</sup>. Pero, si no es el caso y existe una resolución dictada por una autoridad pública extranjera de la que se infiera que la filiación se ha determinado legalmente, aunque se apreciara la existencia de una norma imperativa en el artículo 10 LTRHA, esta afectaría al contrato pero no necesariamente a un posible reconocimiento de la decisión extranjera<sup>69</sup>. Es cierto que la corrupción existente en algunos países puede poner en peligro este control, al igual que exigir una decisión judicial en aquellos otros donde no existen cauces legales para que se puedan dictar esta clase de resoluciones en la materia, pero precisamente por ello no deberían registrarse menores nacidos en países donde no existan garantías jurídicas. Con el tiempo, este tipo de exigencias podría reconducir esta práctica solo a aquellos países que instituyan y protejan dichas garantías, eliminando la

<sup>67</sup> Muñoz Rodrigo, G.: “La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 10 bis, 2019, p. 731 opina que “la coexistencia del artículo 10.1 LTRHA y la Instrucción de 2010 encierra una profunda hipocresía por parte de la DGRN”, así como “una absoluta omisión del sistema de fuentes y jerarquía normativa”.

<sup>68</sup> En esta línea, la reciente sentencia del TSJ de Madrid de 13 de marzo de 2017 (JUR 2017/79536) desestimó acertadamente la pretensión de un matrimonio español ante el Consulado General de España en Moscú porque no se presentó resolución judicial con las exigencias requeridas en la Instrucción de la DGRN de 2010 y se consideró que el consentimiento de la madre gestante había sido anticipado y desprovisto de garantías. Noticia disponible en (consultado el 30 de octubre de 2019): [http://www.eldiario.es/sociedad/decision-Consulado-Moscu-gestacion-subrogada\\_0\\_629937373.html](http://www.eldiario.es/sociedad/decision-Consulado-Moscu-gestacion-subrogada_0_629937373.html)

<sup>69</sup> Compartimos la opinión de Quiñones Escámez, A.: “El contrato de gestación...”, *cit.*, p. 206.

explotación de las mujeres extranjeras y otros efectos indeseables asociados actualmente a esta realidad.

En conclusión, a nuestro entender, la opción legislativa más adecuada en la materia pasaría por continuar exigiendo resolución judicial (o pública en todo caso) del país de origen, a pesar de que la próxima aplicación<sup>70</sup> de la nueva Ley del Registro Civil 20/2011<sup>71</sup> (LRC 2011 en adelante) admitirá supuestos en que no se va a exigir necesariamente resolución judicial para el acceso al Registro. Se ha considerado que la nueva Ley generará en esta materia una situación de “esquizofrenia jurídica”<sup>72</sup>, aunque como se ha podido observar a lo largo del trabajo, tal situación ya existe ante el mantenimiento de la nulidad de los contratos en la LTRHA, por un lado, mientras que, por otro, se permite que acceda al Registro Civil la filiación derivada de parte de estos contratos (resolución judicial extranjera mediante, en virtud de la Instrucción de la DGRN de 2010), por lo que más bien se va a perpetuar o incluso agravar la esquizofrenia jurídica existente.

Veremos en qué quedará en la práctica la aplicación conjunta de estas normas y directrices administrativas, al igual que resultará muy interesante seguir a nivel global la actividad de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en esta materia, que se encuentra estudiando una iniciativa en el ámbito de la filiación que ha sido apoyada por la Unión Europea<sup>73</sup>. Como muestran los trabajos de esta organización disponibles en línea<sup>74</sup>, la idea de trabajar sobre esta materia surgió en 2001 y comenzó a impulsarse con mayor seriedad

<sup>70</sup> Tras diversos aplazamientos, entrará en vigor previsiblemente el 30 de junio de 2020. Disposición final primera de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas (BOE núm. 142, de 12 de junio de 2018).

<sup>71</sup> BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

<sup>72</sup> Durán Ayago, A.: “El acceso al Registro Civil...”, *cit.*, p. 266.

<sup>73</sup> European Parliament “Regulating international surrogacy arrangements – State of play”, August 2016: “This work at global level is necessary and relevant, as international surrogacy arrangements may imply relations between EU and third-country citizens, as well as conflicts of laws and jurisdictions with third countries”. Disponible en (consultado el 30 de octubre de 2019): [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/571368/IPOL\\_BRI\(2016\)571368\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/571368/IPOL_BRI(2016)571368_EN.pdf)

<sup>74</sup> Trabajos disponibles en (consultado el 30 de octubre de 2019): <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

en 2010, de modo que en un futuro (a muy largo plazo<sup>75</sup>) tal vez contemos con un convenio internacional que armonice entre los Estados contratantes los aspectos internacionales de la filiación, dotándola de mayor seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones transfronterizas.

El desafío no es menor: regular el reconocimiento de las filiaciones determinadas en el extranjero respetando la legislación en virtud de la cual se han establecido sin que se requiera una nueva determinación de la filiación en el país de la residencia final del menor. Según el último documento disponible de febrero de 2019<sup>76</sup>, relativo a la reunión en La Haya del grupo de expertos sobre filiación (que representaron a veinte países de diferentes regiones del planeta) celebrada del 29 de enero al 1 de febrero de este año, existe un consenso en que la ausencia de normas de Derecho internacional privado sobre filiación producen situaciones indeseadas a nivel internacional, por lo que la adopción de un convenio internacional ayudaría a proporcionar previsibilidad, seguridad jurídica y continuidad de la filiación en las situaciones internacionales. Esta afirmación se hace extensible a la filiación derivada de la gestación por sustitución (que se desarrollaría en un protocolo separado), si bien se afirma que no debe entenderse como un apoyo a esta práctica, sino más bien como un mecanismo para afrontar en la práctica las situaciones claudicantes que resultan de estos contratos internacionales, así como para que los Estados puedan proteger mejor los Derechos Humanos de los implicados.

El informe asegura que la filiación se puede establecer en estos supuestos por distintas vías: a través de una decisión judicial, por mandato legal o por medio de un negocio unilateral o de un contrato. Entre estas opciones, muchos expertos opinan que una decisión judicial proporciona garantías que facilitan el reconocimiento de la filiación. De

---

<sup>75</sup> La diversidad de posturas sobre esta controvertida materia hace prever que se requerirá un largo tiempo hasta que se alcance un consenso internacional suficiente para adoptar este convenio, e incluso que la existencia de regímenes que quedarán fuera del mismo continuarán dando lugar a abusos y, consecuentemente, a los mismos dilemas. C. Fenton-Glynn: "The regulation and recognition of surrogacy under English law: an overview of the case-law", *Child and Family Law Quarterly*, vol. 27, nº 1, 2015, p. 95.

<sup>76</sup> Documento disponible en (consultado el 30 de octubre de 2019): <https://assets.hcch.net/docs/55032fc1-bec1-476b-8933-865d6cc106c2.pdf>.

hecho, la propuesta, todavía incipiente, propone la adopción de normas sobre reconocimiento internacional de decisiones, bien en forma de condiciones a satisfacer para el reconocimiento (obligatorias) o de motivos de no reconocimiento a discreción del Estado requerido (no obligatorios), incluyendo un sistema de cooperación de autoridades que no necesariamente debería articularse por medio de Autoridades Centrales. También se apunta por algunos especialistas (otros no lo consideran viable) que debería valorarse el establecimiento de un control previo de las salvaguardas acordadas, antes de la concepción del niño, para evitar las situaciones actuales en que los Estados se ven abocados a lidiar con un hecho consumado (*fait accompli*).

Seguiremos atentos a la evolución de esta materia, tanto en el plano sustantivo (ya que existe una propuesta de regulación a iniciativa del Grupo parlamentario Ciudadanos, que parte de un derecho a la gestación por subrogación)<sup>77</sup> como en el internacional.

---

<sup>77</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, nº 145-1, 8 de septiembre de 2017. Analiza esta propuesta Quicios Molina, S.: “Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución...”, *cit.*, pp. 30 y ss.

ISBN 978-989-8891-95-2



9 789898 891952



Fundação para a Ciência e a Tecnologia  
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÉNCIA